REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CLXXXIX PRIMER SEMESTRE NUMERO 2428



Bogotá, D. E., Colombia - Año 1987

Impreso en Colombia — Printed in Colombia

EDITORIAL PENICENTRAL DE COLOMBIA FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DIGNATARIOS DE LA MISMA
1987

PRIMER SEMESTRE

SALA PLENA

Doctores: *Juan Hernández Sáenz*, Presidente
Jairo Duque Pérez, Vicepresidente
Inés Galvis de Benavides
Alfredo Beltrán Sierra, Secretario

SALA CIVIL

Doctores: *José Alejandro Bonivento Fernández*, Presidente
Inés Galvis de Benavides
Alfredo Beltrán Sierra, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores

José Alejandro Bonivento Fernández
Eduardo García Sarmiento
Héctor Gómez Uribe
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Rafael Romero Sierra

SALA PENAL

Doctores: *Jorge Carreño Luengas*, Presidente
Guillermo Salazar Otero, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores

Jorge Carreño Luengas
Guillermo Dávila Muñoz
Guillermo Duque Ruiz
Jaime Giraldo Angel
Gustavo Gómez Velásquez
Rodolfo Mantilla Jácome
Lisandro Martínez Zúniga
Edgar Saavedra Rojas

SALA LABORAL

Doctores: *Rafael Baquero Herrera*, Presidente
Bertha Salazar Velasco, Secretaria

MAGISTRADOS: Doctores

Rafael Baquero Herrera
Nemesio Camacho Rodríguez
Ramón Zúñiga Valverde
Manuel Enrique Daza Alvarez
Juan Hernández Sáenz
Jorge Iván Palacio Palacio
Jacobo Pérez Escobar

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores: *Fabio Morón Díaz*, Presidente
Betty Cuervo Zárrate
Luz Emilia Jiménez de Molina, Secretaria

MACISTRADOS: Doctores

Jairo Enrique Duque Pérez
Hernando Gómez Otálora
Fabio Morón Díaz
Jesús Vallejo Mejía

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RELATORES:

Doctores: *Carmen Rosa Avella de Cortés*, Sala Civil

Hilda Leonor Cortés Gómez, Sala Penal

Esperanza Inés Márquez Ortiz, Sala Laboral

Miguel Antonio Rox Castelblanco, Sala Constitucional

Tomo CLXXXIX - Bogotá, D. E., - Colombia - Año 1987 - Número 2428

SALA DE CASACION PENAL

AUTO DE PROCEDER. Requisitos

La jurisprudencia ha aceptado que cuando el auto de proceder está afectado de ambigüedad, que no permita comprender con claridad cuál es el cargo formulado, la actuación procesal es nula

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 001.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de *William Redondo Méndez*, contra la sentencia proferida el 2 de noviembre de 1985 por el Trbiunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, en virtud de la cual fue condenado a la pena principal de dos (2) años de prisión como autor responsable del delito de concusión que había motivado su llamamiento a juicio.

Hechos y actuación procesal

Con base en una queja formulada por el señor Manuel Francisco Fernández Fernández el 3 de septiembre de 1983, la Procuraduría Re-

gional de Sincelejo inició investigación disciplinara contra el doctor William Redondo Méndez, médico coordinador de la Caja de Previsión Social en dicha ciudad. Al culminar esta indagación y como el Procurador considerara que existía la posibilidad de que el doctor Redondo hubiera cometido un delito, ordenó que se expidieran copias del proceso disciplinario con destino al Juzgado Penal del Circuito de Sincelejo.

Iniciada la investigación por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la citada localidad, se pudo establecer que el doctor William Redondo Méndez había hecho exigencias económicas a los propietarios de varias farmacias proveedoras de la Caja Nacional de Previsión en Sincelejo, a cambio de dar, en su carácter de médico coordinador de esta entidad, el visto bueno a las cuentas de cobro por ellos formuladas. Llamado a responder en juicio por el delito de concusión, al terminar el trámite de la primera instancia fue absuelto, pero el Tribunal Superior de Sincelejo al revisar, por consulta, esta sentencia, la revocó y en su lugar condenó al procesado a la pena principal de dos (2) años de prisión, en fallo, que en virtud del recurso de casación contra él interpuesto, procede la Sala a estudiar.

La demanda

Dos son los cargos que el casacionista formula a la sentencia:

a) Al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, acusa a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Sincelejo, "por haber sido dictada en un proceso absolutamente viciado de nulidad, de índole constitucional, por quebrantamiento de las formas propias del juicio". Considera el demandante que en el caso a estudio, "al haberse proferido un auto de proceder, tanto en primera como en segunda instancia, sin que se pudiera saber a ciencia cierta por cuál o cuáles de los cargos se profería el encausamiento, se hizo casi imposible la defensa y es el momento en que no sabemos si el doctor Redondo ha sido sometido a legal juicio por todos los cargos, o por parte de ellos, o si existe posibilidad de que se compulsen copias, o si se escogió la favorabilidad para evitar concursos". Agrega, en sustentación de este cargo, que en ninguna de las instancias se observaron las formalidades exigidas al auto de proceder por el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, procediendo a expresar las razones de su aserto, para terminar reiterando su afirmación de que la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad de carácter supralegal, por cuanto no se cumplieron las formas propias del juicio;

b) El otro cargo formulado a la sentencia por el casacionista, se hace consistir en que ésta violó indirectamente "la ley sustancial, por falta de apreciación de pruebas existentes y válidas, las que, de haberse tenido en cuenta, hubieran variado sustancialmente los fallos de primera y de segunda instancia, especialmente el último que fue condenatorio". En sustentación de este cargo, el demandante procede luego a individualizar cada una de las pruebas que en su sentir no fueron apreciadas por el fallador.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, pide en su concepto que ambos cargos se desechen. En relación con la alegada nulidad

constitucional y luego de analizar el contenido del auto de proceder tanto de primera como de segunda instancia, llega a la conclusión de que el enjuiciamiento no fue anfibológico, toda vez que claramente se llamó al procesado a responder en juicio por el delito de concusión, y con base en las pruebas relacionadas en los autos no queda duda alguna de que se dio por comprobada la exigencia de dinero de que fueron víctimas Manuel Francisco Fernández y José Darío Moreno. Agrega además, en respaldo de su conclusión, que es tan cierto que no hubo ambigüedad en la formulación de los cargos, "que en la diligencia de audiencia pública todo el esfuerzo defensivo del apoderado de Redondo Méndez se circunscribió a restarle credibilidad al dicho de Fernández Fernández y Moreno Castellanos".

Sobre la violación indirecta de la ley sustancial de que se acusa a la sentencia, considera el representante del Ministerio Público que para desechar este cargo, bastaría con una simple consideración de carácter técnico: El casacionista no señala, como era su obligación legal de hacerlo (art. 576 del C. de P. P.), las normas sustanciales que estimó infringidas. Pero a pesar de esta cierta y razonable apreciación, el Procurador Delegado analiza las pruebas que según el demandante no fueron tenidas en cuenta por el fallador, para llegar a la conclusión de que en verdad en la sentencia sí se omitió el estudio de algunos documentos o testificaciones, pero en razón de que ninguno de ellos "se refiere en manera alguna a los hechos de que se acusa al doctor Redondo Méndez", motivo por el cual la omisión denunciada no fue determinante de la condena, y por ende el cargo no puede prosperar.

Consideraciones de la Corte:

Primer cargo

Afirma el recurrente, como ya se anotó, que la sentencia condenatoria se profirió en un proceso viciado de nulidad, de índole constitucional, por cuanto no se observaron las formas propias del juicio y el encausamiento fue anfibológico y dificultó las labores de la defensa.

En verdad que la Corte, al lado de las causales de nulidad expresamente previstas en el Código de Procedimiento Penal, ha admitido otras, denominadas supralegales o constitucionales, que surgen de la violación de las garantías previstas especialmente en los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional. Pero no se trata de cualquier irregularidad. El vicio debe ser de una entidad suficiente para desfigurar el esquema del proceso, afectando fundamentalmente su estructura, socavando las bases del juzgamiento o desconociendo garantías esenciales de las partes, tal como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala. No entenderlo así, sería consagrar un indebido culto al simple formalismo.

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia ha aceptado que cuando el auto de proceder está afectado de una ambigüedad tal que no permite comprender con claridad cuál es el cargo formulado, y que por tanto incide directamente en el derecho de defensa, porque mal puede ejercitarse ésta cuando el contenido de la acusación no puede ser cabalmente comprendido, la actuación procesal es nula y por tanto es indispensable retrotraer el procedimiento, para que se repita el auto

de proceder con indicación precisa de los cargos de que debe defenderse el acusado.

En el caso sub exámine, *es claro que el auto de proceder, de primera y segunda instancia, adolecen de deficiencias técnicas y obviamente nunca podrán ser puestos como ejemplo de lo que debe ser un enjuiciamiento. Mas no obstante todos los dejectos que en ellos se advierten, lo cierto es que el cargo —concusión— se concretó y la defensa lo comprendió cabalmente, como puede deducirse de los planteamientos hechos en la audiencia por el representante judicial del procesado.*

En efecto. Cuando el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo define los hechos que originaron la investigación, hace referencia expresa a la queja que ante la Procuraduría formulara Manuel Francisco Fernández Fernández, procediendo luego a transcribir la parte pertinente de su declaración, en la cual bajo juramento sostiene que el procesado le exigió la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.oo), para autorizarle el pago de las cuentas por *él formuladas a la Caja de Previsión Social, en su carácter de proveedor de la misma. Luego el juzgado transcribe el testimonio de Evelia Daza de Moreno, propietaria de la Droguería Venecia y también proveedora de la Caja de Previsión Social, quien expresa que el procesado exigió a su marido, Darío Moreno, el 10% del valor de la cuenta para autorizar el pago, exigencia que después rebajó a la mitad, y de la cual dan cuenta el citado Darío Moreno y los doctores Antonio Yarzagaray y Libardo Muñoz, cuyos testimonios también fueron transcritos en el auto de proceder, al igual que el de Carmen Eucaria Arroyo Sevilla, secretaria de Darío Moreno, y quien sostiene que en verdad entregó al procesado la suma de $ 20.000.oo que su patrono le envió con ella y que correspondían a exigencias hechas por el primero para autorizarle el pago de sus cuentas. Del contenido de todas estas declaraciones parcialmente transcritas en el auto de proceder de la primera instancia, surge claro que todas ellas aluden a las exigencias de dinero que el sindicado hizo a los proveedores Fernández y Botero.*

Ya bajo el epígrafe de "Considerandos" y luego de afirmarse que el delito tipificado con la conducta del sindicado es el de "concusión", vuelve el juzgado a referirse a los testimonios de Francisco Fernández, Evelia Daza de Moreno, Antonio Yarzagaray, Carmen Eucaris Arroyo y Darío Moreno, para llegar a la conclusión de que están probadas las exigencias de dinero hechas por el incriminado al primero y al último de los nombrados.

Desde luego que si no se formularon sendos cargos por las conductas concusionarias imputadas al sindicado, ello se debió a que el juzgado consideró que "la cantidad y la calidad de las dádivas o las promesas es indiferente para que se estructure el delito", es decir, estimó que la conducta delictiva era única, no obstante que los sujetos víctimas de la concusión fueron varios, y en armonía con esta concepción, equivocada desde luego, procedió a formular un único cargo con desconocimiento de las normas que regulan el concurso de delitos: "Por todo lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, encuentra que en este proceso se reúnen los requisitos sustanciales para proferir auto de proceder contra el sindicado William

Redondo Méndez, por el delito de *concusión* que señala el Código Penal en su Título III, Capítulo II, artículo 140 del Código mencionado, de conformidad con el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal...".

Contra esta decisión el defensor interpuso el recurso de apelación, y si se lee el memorial sustentatorio del mismo con toda claridad se advierte que comprendió el cargo formulado a su asistido judicial: Entendió que la acusación era por el delito de concusión que se estructuraba por las exigencias indebidas de dinero hechas a Fernández y a Moreno, razón por la cual enderezó su escrito a criticar la credibilidad otorgada a todos los testificantes que daban cuenta de tales exigencias (fl. 236 del C. 1).

Si se lee el concepto emitido por la Fiscalía Unica del Tribunal Superior de Sincelejo, también se llega a la conclusión de que este funcionario entendió a cabalidad el cargo contenido en el auto de proceder impugnado, hasta el punto de que protestó por la investigación conjunta de los hechos denunciados por Fernández y Moreno, al considerar que eran "completamente independientes" (fls. 6 y 7).

El Tribunal, por su parte, al confirmar la providencia impugnada, desechó las críticas que el defensor formuló a la prueba testimonial que comprometía la responsabilidad del acusado y confirmó en su integridad el auto recurrido, pues "la responsabilidad del doctor William Redondo en el hecho punible averiguado está demostrada en el grado probatorio del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal con las probanzas de cargo relacionadas por el fallador de primera instancia en su providencia...".

Si bien es cierto, como ya lo destacó la Sala, que ni el auto de proceder dictado por el Juzgado ni el del Tribunal que le impartió confirmación son ejemplos de lo que pudiera considerarse como un enjuiciamiento técnicamente elaborado, también lo es que de ellos podía deducirse con claridad el cargo formulado, sin que por tanto pudiera resentirse la defensa, que se ocupó en forma concreta, tanto al sustentar la apelación como al momento de la audiencia, de rebatir la prueba que servía de fundamento a la acusación.

No siendo, pues, anfibológico el auto de proceder, a pesar de sus claras deficiencias técnicas, ni habiéndose, por tanto, dificultado la defensa, que siempre comprendió la naturaleza del cargo formulado y pudo determinar con precisión los medios adecuados tendientes a desvirtuarlo, la alegada nulidad constitucional no está llamada a prosperar.

Segundo cargo

Enumera el demandante una serie de pruebas que obran en el proceso pero no fueron tenidas en cuenta por el fallador; si éste las hubiera apreciado, según opinión del recurrente, la sentencia habría sido absolutoria. Por esto considera que el fallo impugnado violó indirectamente la ley sustancial, aunque se abstuvo de señalar las normas de este carácter que fueron infringidas.

Entre las pruebas desestimadas por el juzgador menciona los documentos que obran a folios 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del proceso, que

contienen una serie de comunicaciones entrecruzadas por el acusado y la Directora Seccional de la Caja Nacional de Previsión de Sincelejo. Mediante las cartas de folios 10 y 15, la Directora reclama al procesado la agilización de unas cuentas enviadas a él por el Revisor Fiscal de la entidad y que corresponden precisamente a la Droguería San Antonio, de propiedad de Fernández Fernández; a folios 11 y 12 responde el doctor Redondo Méndez que varias de ellas están siendo revisadas por presentar presuntas falsificaciones; en el folio 13 obra otra comunicación de la doctora Urueta, en la cual solicita estas cuentas para "tomar las medidas pertinentes a este caso" y a la vez expresa su extrañeza porque "sea usted (el procesado) quien llame a las partes interesadas y ponga los correctivos, pues en el límite de su deber, está informar a esta Dirección para que sea mi persona como Directora la que proceda a buscar los correctivos necesarios". En el documento del folio 14, la doctora Urueta manifiesta al incriminado que no es posible enviarle las copias de los contratos suscritos por algunas farmacias.

Ninguno de estos documentos desvirtúa los cargos hechos al procesado; por el contrario, el que obra a folio 13 pudo haber sido tenido como indicador de su responsabilidad, porque según su texto él no tenía atribuciones para llamar a los proveedores a pedirles explicaciones, y éste fue precisamente el pretexto utilizado para exigir de ellos el dinero, según lo relata Fernández.

El documento de folios 17 que cita el casacionista como prueba no tomada en consideración por el juzgador, antes que favorecer al procesado lo inculpa en alto grado, pues en él se afirma por los propietarios de varias droguerías proveedoras de la Caja, que el acusado les hacía exigencias indebidas para autorizar el pago de sus cuentas. El hecho de que también acusen como copartícipe de esta actividad al Revisor Fiscal, no exonera de culpa al procesado. Tampoco acredita su inocencia la afirmación del doctor Urías Lorenzo Hernández, signatario del anterior documento, en el sentido de que él lo firmó porque se le cancelaría rápidamente su acreencia (fls. 46 y 47), declaración ésta, por lo demás, recibida por el Visitador de la Procuraduría pero que nunca se ratificó ante el funcionario instructor.

En el acta de visita que obra a folios 56 y 57, sólo consta que algunas cuentas habían sido glosadas, pero en ella no se da fe de que éstas presentaran "irregularidades de todo orden" como lo afirma el demandante.

Las circulares dirigidas por el doctor Redondo Méndez (fls. 80 al 90) a pesar de su contenido moralizador, tampoco son suficientes para establecer la no ejecución del delito que motivó la condena. Lo mismo puede afirmarse en relación con la denuncia que por intento de homicidio formuló el acusado en contra de Moreno Castellanos, pues como lo destaca el Procurador Delegado "esta querella es posterior a la fecha en que se ponen al descubierto las maniobras del doctor Redondo Méndez". Las explicaciones que el sindicado brindó ante la Procuraduría son iguales a las que dio en su indagatoria y por tanto no se ve la consecuencia procesal que pudo tener el haberlas considerado en el fallo.

De todo lo anterior puede concluirse que en verdad hubo algunas pruebas que el fallador no consideró en la sentencia, pero este solo hecho no está consagrado como causal de casación, ni tampoco el juzgador tiene la obligación de relacionar y analizar todos los elementos de juicio incorporados al proceso. En el caso *sub examine*, ninguna de las probanzas omitidas ni todas juntas, serían suficientes para convertir en absolución la sentencia de condena, lo cual significa que el error de hecho alegado, no fue determinante de la providencia recurrida, requisito éste indispensable para que se estructure la causal de casación invocada.

En consecuencia, este cargo también será desechado.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.
Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

1º AUTO INTERLOCUTORIO. SENTENCIA

Debe llamarse la atención sobre el obligatorio y necesario cumplimiento de los requisitos procesales establecidos por los artículos 171 y 172 del Código de Procedimiento Penal. La forma material escogida es accidental, siempre y cuando de la lectura de la providencia se tenga una clara idea de cuáles son los hechos que se controvierten o investigan y cuáles los fundamentos jurídicos que llevan a la conclusión fundamental de la misma

2º DETENCION PREVENTIVA. Suspensión

El contenido del artículo 673 del Código de Procedimiento Penal obedece a un sentimiento liberal y profundamente humanitario, pero el legislador no ha consagrado una norma de carácter terminante, según la cual producidos los hechos fácticos en ella previstos, la orden de suspensión necesariamente se tiene que causar

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

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 001.

Vistos:

Por providencia del veintidós (22) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986) la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, sobreseyó definitivamente al doctor *Arnoldo Ayos Guerrero*, sindicado del delito de homicidio y abuso de autoridad, cometido en perjuicio del señor *José Vicente Pinzón Garibello.*

En el grado jurisdiccional de la consulta revisa la Sala de Casación Penal la providencia antes mencionada, luego de escucharse el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal quien solicita la confirmación de la providencia motivo de revisión.

La Sala procede a resolver luego de la relación de los siguientes

Hechos:

José Vicente Pinzón Garibello fue capturado en el interior del Grill Taboga de la ciudad de Pereira, al encontrarse en dicho sitio material estupefaciente, puesto a órdenes del Juez 121 de Instrucción

Penal Militar cuyo titular era el actual sindicado doctor Arnaldo Ayos Guerrero. En el momento de su captura Pinzón Garibello se encontraba en mal estado de salud, situación que motivó que se hicieran diversas solicitudes de libertad y de suspensión de la detención preventiva para que recibiese un adecuado tratamiento médico.

La denunciante considera que fueron negadas injustamente y que tal posición fue la que finalmente produjo el deceso del detenido.

Por inspección judicial practicada al proceso adelantado contra Pinzón Garibello se comprueba que en memorial recibido el veintiuno (21) de mayo la apoderada del sindicado solicita se envíe al sindicado donde los médicos para que certifiquen sobre su estado de salud. El veintitrés (23) el doctor Ayos Guerrero ordena oficiar al médico legista para que dictamine sobre su estado de salud.

El veintiocho (28) de mayo la apoderada solicitó la libertad del sindicado por considerar que no había mérito para que se disponga la detención preventiva.

El médico legista expidió experticia médica el primero (1º) de junio, en el que se dice que su estado es de tal gravedad que le impide continuar en la cárcel. Fue recibido en el juzgado el cinco (5) de junio. Entre el primero (1º) y el cuatro (4) de junio el juez sindicado estuvo de permiso. El cuatro (4) del mismo mes y año, la Dirección de la cárcel informó al Juez 121 que se había enviado a Pinzón Garibello al hospital por los problemas de salud que sufría. El cinco (5) de junio se expide constancia del hospital de Pereira donde se dice que presenta un grave estado de salud que hace necesario su traslado al hospital de Manizales. El ocho (8) de junio la apoderada solicitó libertad provisional para su defendido. El once (11) el Juzgado 121 solicita a medicina legal la ampliación de los dictámenes anteriores, para que se diga si es absolutamente necesario que Pinzón Garibello sea remitido a otra ciudad.

En aplicación del primer dictamen de medicina legal se determinó que era necesario que el paciente fuera trasladado a un centro hospitalario donde existiese unidad renal.

El once (11) de junio se dictó auto negando la libertad provisional y la suspensión de la detención, disponiéndose al mismo tiempo que en caso de facilitarse el traslado al hospital de Manizales se haga bajo la responsabilidad de los directores de las respectivas cárceles.

El trece (13) de julio el Juez 121 ofició a los directores de las cárceles de Manizales y Pereira, para que coordinaran la remisión del detenido.

El diecinueve (19) de julio la apoderada del sindicado informa al juez que no es necesario el traslado.

El veintitrés (23) de julio el director de la cárcel de Manizales informa que es imposible darle custodia al detenido enfermo por carecer de guardia.

El treinta (30) de julio la directora del hospital informa que aún permanece en ese centro hospitalario el señor Pinzón Garibello.

El seis (6) de agosto se envió el proceso al Comando de la Octava Brigada.

El nueve (9) de agosto el director de la cárcel solicita la boleta de libertad de quien en vida respondió al nombre de Pinzón Garibello.

Actuación procesal

Por auto del veinte (20) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), el Magistrado ponente del Tribunal Superior de Pereira abrió proceso penal contra el doctor Ayos Guerrero.

Por auto del Juzgado 34 de Instrucción Militar, del dieciséis de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) se abstuvo de decretar la detención del doctor Ayos Guerrero.

Por auto del catorce (14) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) el Tribunal de Pereira cerró la investigación y por auto del veintidós (22) de agosto se sobreseyó definitivamente al sindicado.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la confirmación del auto revisado por consulta, argumentando que

"La abogada Alba Piedad Montoya Pardo, en kilométrica e inconsecuente denuncia, imputó al mencionado funcionario el concurso delictual de homicidio y abuso de autoridad, por cuanto que éste, para fines de julio de 1984, denegó la suspensión de la detención preventiva que afectaba al señor José Vicente Pinzón Caribello (sic), procesado por tráfico de estupefacientes, y dificultó la atención médica del mismo, quien venía padeciendo de diabetes cardiopática, produciéndose su deceso en los primeros días de agosto del año en cita, en el hospital de la precitada ciudad, por paro cardio respiratorio en momento en que se intentaba la amputación de una de sus gangrenadas piernas, conforme a los conceptos médicos allegados y a su historia clínica.

Con fundamento en la inspección judicial practicada sobre el respectivo proceso por narcotráfico y la exculpativa exposición vertida en indagatoria del inculpado, bajo la alegación de haber procedido conforme a derecho y de buena fe, bien puede predicarse que en efecto el juez Ayos Guerrero denegó la suspensión de la detención preventiva, no obstante el positivo concepto médico legal sobre el grave estado de salud del detenido Pinzón Garibello, pero autorizó su traslado de la cárcel al hospital en el mismo proveído.

Resulta un verdadero exabrupto y contrasentido jurídico imputar al mencionado juez el delito de homicidio, así sea a título de culpa, ante la ausencia absoluta de la relación de causalidad que perentoriamente exige el artículo 21 de nuestro nuevo estatuto punitivo, toda vez que ninguna conducta omisiva o comisiva atribuible al acusado guarda tal relación con el lamentable resultado del fallecimiento del señor Pinzón Caribello (sic), cuya causa última de deceso no pudo haber sido otra que la grave enfermedad

que lo afectaba desde antes de ingresar al penal, amén de que su liberación mal podía convertirse en panacea curativa de tal delicado y hereditario mal y medio eficaz para conjurar el peligro de muerte.

Como bien lo observa el *a quo*, siendo facultativa, mas no imperativa, la concesión del beneficio de la suspensión de la detención preventiva, a términos del artículo 673 del Código de Procedimento Penal, mal puede predicarse la incursión en el delito de prevaricato, como desatinadamente lo pregonó la Fiscal de instancia.

Así, pues, plena configuración obtuvo la causal de sobreseimiento definitivo contemplada en el numeral primero del artículo 491 de nuestro estatuto penal adjetivo".

Consideraciones de la Sala:

Antes de consideraciones relativas al auto que es motivo de revisión *debe llamarse la atención* a la Corporación cuya providencia se revisa, *del obligatorio y necesario cumplimiento de los requisitos procesales establecidos en los artículos 171 y 172 del Código de Procedimiento Penal relacionados con la redacción de los autos interlocutorios y las sentencias, los cuales deben contener unos resultandos y unos considerandos, los primeros que deben ser una suscinta relación de los hechos debatidos en el proceso y los segundos las consideraciones jurídicas sobre los actos que son motivo de juzgamiento que deben fundamentar la decisión final, contenida en la parte resolutiva.*

Las exigencias anteriores podrían ser consideradas como requisitos formales sin ninguna importancia ni finalidad justificada, pero tal pensamiento o pretensión es perfectamente equivocada, porque lo que busca el legislador dentro del concepto de lo que se entiende por el debido proceso, es que en las providencias interlocutorias o en las sentencias, las partes encuentren un resumen exacto de los hechos que motivasen el juzgamiento y los razonamientos jurídicos que fundamentados en los anteriores llevan a una determinada resolución. Lo precedente lleva a concluir que una providencia interlocutoria o una sentencia deben contener los datos necesarios, para que una vez leída tenga un cabal entendimiento de los hechos que se debaten y de las razones que llevan a la conclusión que en ella se toma.

La violación de cualquiera de estas exigencias llevaría a la inexistencia de la providencia o a una irregularidad de la misma, que es lo sucedido en la que es motivo de revisión, porque dentro de una redacción bastante original, que no se critica, puesto que no necesariamente las providencias judiciales tendrían que estar enmarcadas dentro de los sacramentales vistos, resultandos, considerandos y parte resolutiva, si es indispensable que en cualquier concepción que se escoja se delimiten de manera clara y perfecta los hechos que son motivo de juzgamiento y los fundamentos de derecho, relacionados con los anteriores, que llevan al juzgador a una determinada solución. La forma material escogida es accidental y no afecta la forma o sustancia del proceso, siempre y cuando de la lectura de la providencia se tenga una clara idea

de cuáles son los hechos que se controvierten o investigan y cuáles los fundamentos jurídicos que llevan a la conclusión fundamental de la misma.

Lo anterior, como antes se dijo no es exigencia formal, sino que tiene justificada explicación, porque una es la interpretación que el juzgador hace del proceso y otra la que realizan las partes; de allí que sea indispensable que la providencia interlocutoria tenga un contexto lógico, una introducción, un contenido, un fundamento y una conclusión, de tal naturaleza que cualquiera que la estudie o analice pueda tener una idea clara de cuáles son los hechos debatidos, cuáles las razones de derecho que se proponen y cuáles sus lógicas conclusiones que se concretan en una parte resolutiva.

Las anteriores consideraciones, porque de la lectura de la providencia que es motivo de revisión, dentro de sus muy diversos capítulos: Vistos, fundamentos del auto cabeza de proceso, datos biográficos del implicado, actividad procesal probatoria de la imputación, calificación jurídica, peticiones de las partes, concepto fiscal, consideraciones de la Sala; no se tiene una idea clara de cuáles son los hechos que realmente se atribuyen al sindicado como presunto autor de los delitos de abuso de autoridad y homicidio, porque del texto de la providencia que es motivo de revisión se conoce que se adelantaba un proceso contra José Vicente Pinzón Garibello por violación al estatuto de estupefacientes y que estando detenido presentó problemas de salud que motivaron solicitudes de suspensión de la detención preventiva que fueron negadas por el juez ahora denunciado, pero que de todas maneras llevaron a que se tomaran las medidas hospitalarias necesarias para que el recluso fuera atendido, y que lamentablemente no fueron suficientes para evitar su deceso. Pero la anterior relación como antes aparece es un relato vago que contiene las actuaciones judiciales con sus fechas, al igual que de las peticiones. La providencia que es motivo de revisión justifica la conducta del sindicado, pero de su lectura no se conocen los hechos que le sirven de antecedente y se trata de una falta en la que se debe llamar la atención, porque es indispensable que se precise en una providencia de absolución, donde tan graves cargos se hacen, que se delimite de manera exacta las fechas en que se hicieron las peticiones sobre la enfermedad del recluso, las fechas y fundamentaciones del juez, los peritazgos médicos sobre la enfermedad. Lamentablemente la providencia que se revisa no contiene ninguno de los datos que ahora se destacan y por ello es que la Sala complementa el vacío de la providencia de primera instancia, que no llega a constituir inexistencia o nulidad, porque la providencia de segunda instancia la completa y llena sus vacíos.

El debido proceso no es un principio retórico para ser simplemente enunciado, sino que debe concretarse en el proceso penal y esa legalización de la acusación exige una perfecta claridad de la imputación, que supone de manera necesaria una delimitación de los cargos que son motivo de investigación y un preciso análisis probatorio sobre los mismos que han de llevar a la aplicación de determinadas normas jurídicas de derecho material y procesal que deben servir de fundamento a la decisión judicial. La limitación, escamoteo, o exclusión de los anteriores requisitos violan el debido proceso y colocan, de acuerdo al grado

de intensidad de su violación en grave peligro los derechos constitucionales y legales que rigen el proceso.

En definitiva, la providencia judicial debe tener un contenido fáctico, una relación pormenorizada de las peticiones o pretensiones de las partes, una adecuada contestación a las mismas, una debida argumentación probatoria y jurídica que sirva de fundamento a la decisión final. Cualquier limitación a los requisitos anteriormente relacionados constituye grave falta a los deberes del juzgador y de acuerdo a su intensidad podrían llegar a constituir una nulidad o inexistencia de la decisión misma.

En el caso motivo de análisis, las deficiencias no llegarían a producir resultados tan fatales, pero no por ello dejan de constituir irregularidad sobre la que se debe llamar la atención, porque la decisión que se revisa produce perplejidad y da la sensación de trunca o inconclusa, por falta medular de sus requisitos más importantes.

La Sala se abstendrá de hacer cualquier pronunciamiento en relación con el delito de abuso de autoridad puesto que la pena máxima prevista para el mismo inhibe a la segunda instancia para hacer su revisión en el grado jurisdiccional de la consulta.

En el caso *sub júdice* es evidente que el juez militar sindicado y de quien dependió en su momento la privación de la libertad del ciudadano José Vicente Pinzón Garibello nada tuvo que ver con su muerte y su actuación como juez se ajustó completamente a derecho.

Primero que todo *se debe advertir que el contenido del artículo 673 del Código de Procedimiento Penal obedece a un sentimiento liberal y profundamente humanitario, que caracteriza al proceso penal moderno. Con esta institución quiere el legislador evitar tragedias humanas que podían tomar dimensiones inimaginables por la detención de una persona, próxima a dar a luz, en inminencia de muerte, o que estén en peligro de extinguirse sus seres más queridos; pero el legislador no ha consagrado una norma de carácter terminante, según la cual producidos los hechos fácticos en ella previstos, la orden de suspensión necesariamente se tiene que causar; por el contrario el legislador en su sabiduría plantea el problema humanitario, pero deja dentro del arbitrio y potestad del juzgador la facultad de suspender la detención preventiva o el cumplimiento de la pena. La utilización de la inflexión verbal "podrá" lleva necesariamente a la conclusión que dándose los elementos fácticos previstos en la norma, y según su sano criterio, puede perfectamente el juez dentro de los parámetros legales negar la solicitud de libertad, sin perjuicio de la atención médica y hospitalaria a que haya lugar en cada caso; sin que por ello se pueda afirmar que está incurriendo en abuso de autoridad o en decisión prevaricadora.*

Está demostrado, por la propia indagatoria del sindicado, por la diligencia de inspección judicial practicada sobre el expediente y por otros medios probatorios que las solicitudes que se presentaron en relación con la enfermedad de Pinzón Garibello fueron atendidas oportunamente y que por tanto ninguna responsabilidad cabe al funcionario acusado de la muerte del procesado que se encontraba bajo su competencia.

Está demostrado por la diligencia de inspección judicial efectuada al proceso por el cual se encontraba detenido Pinzón Garibello, que la primera solicitud de envio a los medios legistas presentada por la apoderada del sindicado el veintiuno (21) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) obtuvo su inmediata respuesta por el juez sindicado quien ordenó el veintitrés (23) del mismo mes y año que el sindicado fuera enviado donde los legistas, quienes el primero (1º) de junio dieron cuenta del grave estado de salud en que se encontraba el detenido.

El cuatro (4) de ese mes el director de la cárcel de Pereira envió al detenido al hospital teniendo en cuenta la enfermedad que padecía, pero debe advertirse que el primero (1º) de junio el titular del juzgado doctor Ayos Guerrero había salido de permiso y sólo se reintegró el cinco, cuando la decisión de hospitalización ya se había tomado por el funcionario carcelario.

El nueve (9) de junio la apoderada solicitó la libertad provisional del sindicado y por auto del once (11) del mismo mes se dictó auto negando la suspensión de la detención; pero atendiendo solicitud en ese sentido dispuso que en caso de necesitarse el traslado del enfermo al hospital de Manizales, debía hacerse bajo la responsabilidad de los directores de ambas cárceles.

El veintitrés (23) de julio el director de la cárcel de Manizales informa que es imposible darle custodia al enfermo por carecer de guardia, pero previamente el diecinueve (19) de junio, la apoderada del sindicado había informado al juez que el traslado no era necesario.

El seis (6) de agosto se ordenó la remisión del proceso al Comando de la Octava Brigada y el nueve (9) del mismo mes aparece solicitud del director de la cárcel de la boleta de libertad para quien en vida respondió a Pinzón Garibello.

Como se puede observar, las solicitudes formuladas por la apoderada del sindicado fueron oportunamente tramitadas y si fueron negadas las solicitudes de libertad y de suspensión de la detención preventiva, ello obedeció al criterio jurídico del funcionario ahora acusado y estaba precisamente dentro de su autonomía y arbitrio. Debe destacarse, que habiéndose ordenado la remisión del enfermo al hospital cuando el juez estaba ausente de su sede, se garantizaba el tratamiento hospitalario adecuado, que posiblemente llevó al funcionario sindicado a considerar que en tales condiciones no era indispensable la suspensión de la detención preventiva.

Cuando se le hizo la solicitud de traslado del sindicado al hospital de Manizales, procedió en concepto de la Sala, como era lo prudente, esto es solicitar ampliación del dictamen a los legistas para que determinaran si ello era preciso y una vez conocido el dictamen ordenó el traslado del sindicado enfermo bajo la responsabilidad de los directores de las respectivas cárceles.

En las condiciones anteriores no encuentra la Sala que exista relación de ninguna naturaleza entre la actuación del Juez 121 de Instrucción Penal Militar y la muerte de Pinzón Garibello, para que pudiera considerarse la posibilidad de procesarlo por un delito de homicidio,

sino que el sindicado se limitó a cumplir con su deber de manera estricta, dando trámite a las solicitudes que se le hacían y resolviéndolas pero luego de consultar previamente con la opinión de los legistas, puesto que se trataba de temas que escapaban a su versación científica.

La negativa en conceder la libertad provisional o la suspensión de la detención preventiva, quedaba dentro de su criterio y por tal circunstancia mal podría pensarse que haya podido violar la ley penal.

En las condiciones anteroires, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Confirmar el auto revisado por consulta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PREVARICATO

Para que se configure el delito de prevaricato, es indispensable la conciencia del quebrantamiento de la norma por parte del agente

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

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado acta número 001.

Vistos:

Mediante providencia del once de agosto del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, sobreseyó definitivamente a favor del doctor *Ciro Alfonso Tovar Mosquera,* Exjuez Cuarto Civil del Circuito de la citada ciudad, de toda responsabilidad penal, en relación con un presunto delito de prevaricato que le fuera imputado por el denunciante José Miller Ramírez Perdomo.

Contra la anterior decisión, interpuso en su oportunidad el recurso de apelación el señor apoderado de la parte civil.

Con los documentos de rigor, se acreditó a cabalidad la calidad de juez de la República del doctor Tovar Mosquera por la época de los hechos que dieron origen a la investigación y que compendia así el Tribunal en el auto recurrido:

"Ante la Presidencia de este Tribunal Superior el señor José Miller Ramírez Perdomo el 6 de agosto de 1985 formuló denuncia penal contra el doctor Ciro Alfonso Tovar Mosquera, titular en ese entonces del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad, como presunto culpable de un comportamiento configurativo de prevaricato, inculpación que luego ratificó bajo la gravedad del juramento ante la Presidencia de la Sala Penal de esta misma Corporación, la cual hizo consistir en lo siguiente:

"Que en el proceso ejecutivo que se adelantaba en el mencionado juzgado, y en el cual eran partes Agroservicios Ltda. y su esposa Mahelia Puentes de Ramírez se propuso por intermedio del apoderado de la última, un incidente de nulidad de la actuación procesal, el cual fue resuelto negativamente por el señor Juez Cuarto Civil del Circuito mediante providencia de fecha cuatro de marzo de 1985, notificado por estado el 16 del mismo mes, y en donde estima que el funcionario judicial aludido profirió una resolución contraria a la ley, en cuanto sostienen en ésta que la comunicación del edicto de emplazamiento a

su esposa se había cumplido por medio del servicio del correo postal, por haberle constado de manera directa y personal, cuando existía una certificación de la oficina del Correo Postal, en la cual se decía que la copia de dicho emplazamiento no había sido enviada a su residencia, la cual comparte con su familia y esposa. Agrega, que el juez no puede inventarse las pruebas sino que debe remitirse a las que le dé el proceso, por lo que desconoce el interés que le asistió para afirmar lo contrario".

Se acusa en consecuencia al doctor Tovar Mosquera, de haber proferido una resolución judicial manifiestamente injusta, como lo fue el auto mediante el cual se negó la nulidad de lo actuado dentro del proceso ejecutivo seguido contra la señora Mahelia de Ramírez. Se afirma por el denunciante, que el juzgado fundamentó su decisión en la afirmación de que la copia del edicto emplazatorio había sido remitido por correo certificado a la demandada, cuando en los autos existía constancia en sentido contrario.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Delegado en lo Penal después de hacer referencia a los elementos de convicción que ofrece el sumario, considera que los cargos formulados contra el juez carecen de fundamento y que no se configura en consecuencia delito alguno contra la Administración Pública.

Dice así la Procuraduría:

"Aunque en un principio hubiera podido pensarse en una actuación dolosa del funcionario acusado al resolver negativamente la nulidad propuesta por la parte demandada, alegando la existencia del recibo expedido por la Administración Postal Nacional sobre el envío por correo certificado de la copia del edicto emplazatorio, al tenor de lo dispuesto por el artículo 320, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, cuando en el expediente se predicaba lo contrario, los hechos posteriores le dieron la razón.

"En efecto, tanto la prueba documental como la testimonial es contundente. Según el recibo de consignación de certificados, correspondiente al 8371, éste fue recibido por Adpostal el 7 de junio de 1984 (28) y se intentó su entrega a domicilio al día siguiente, acción que fue frustrada por no encontrarse 'quien firmara' (26) lo que sin embargo se logró por ventanilla el 1º de agosto siguiente, según la planilla que obra al folio 27, en la que aparece una firma muy similar a la del denunciante, así como su cédula de ciudadanía.

"Nada distinto certifica el jefe de la oficina seccional de Adpostal con sede en Neiva (109) la que compagina con la declaración que rindiera para este proceso el 3 de septiembre de 1985, en la que destaca la búsqueda personal que hiciera en los documentos de archivo y la constatación de que el certificado sí fue recibido y entregado posteriormente a quien se identificó con la cédula de ciudadanía número 12.093.999 de Neiva (20 vto.).

"Y si lo anterior fuera poco, el cartero Luis Carlos Bahamón Gómez, aunque no recuerda lo referente al certifcado 8371 reconoce que la planilla que aparece a folio 26 fue diligenciada por él y la frase

'no hubo quien firmara' fue hecha con su letra (61 vto.) aclaración que se complementa y enriquece con la versión del también empleado de Adpostal, señor Alcides Sánchez Sánchez, quien aunque no aporta mayores datos sobre la entrega del certificado, debido a los muchos que se diligenciaron a diario, sí nos proporciona los pasos a seguir por el empleado cuando estos se van a reclamar. Entre ellos se encuentra la solicitud de la cédula de ciudadanía a quien lo va a reclamar y en el caso de que no concurra el destinatario se exige también la cédula de éste (63 y 64).

"De todo lo anterior se deduce que la copia del emplazamiento sí se entregó en las oficinas de Adpostal, que fue debidamente diligenciada y que el primero de agosto de 1984 fue entregada a quien se identificó como José Miller Ramírez quien debió exhibir igualmente, la cédula de ciudadanía de doña Mahelia Puentes de Ramírez.

"Ello nos indica que aunque el respectivo recibo no fue agregado al proceso de ejecución, para la fecha en que se desfijó el edicto (junio 15), el certificado ya había sido entregado (junio 7), por lo que nos merece toda credibilidad la afirmación del inculpado quien sostiene que el recibo le fue dado por el abogado de la parte demandante, extraviándose luego, versión que es apoyada por este profesional a folio 113.

"Resulta aventurado suponer que nos encontramos frente a un montaje hecho para salvaguardar al juez acusado ya que no sólo la prueba analizada demuestra lo artificioso del argumento, sino también que esta simple diligencia (el envío del edicto a Adpostal) le interesaba solamente al representante de la parte actora para el triunfo de su pretensión, resultando creíble su entrega al correo y su regreso al juzgado para que se allegara el respectivo recibo.

"El juez acusado, entonces, se ajustó a la verdad al reconocer haber recibido el comprobante en auto de julio diecisiete de 1984 (197), pese a la constancia secretarial que negaba el hecho (195 vto.) y se sostuvo en su dicho cuando Adpostal en un error reconocido por el propio jefe de la oficina seccional, negó que tal certificado se hubiera tramitado (107), promoviendo la investigación respectiva que a la postre le arrojó resultados favorables, por lo que la providencia cuestionada no contrariaba el derecho. Y es que aunque en verdad la prueba echada de menos por el funcionario no se hallaba en aquel momento en el proceso, sí podía suplirla la afirmación del implicado, quien por su investidura gozaba en aquel momento de la presunción de buena fe".

Consideraciones de la Corte:

De las diligencias previas y de los medios de prueba recogidos dentro de la etapa del sumario, se desprende que en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva a cargo por entonces del doctor Tovar Mosquera, se inició por la sociedad Agroquímicos Ltda., un proceso de ejecución en contra de la señora Mahelia Puentes de Ramírez.

Ante la imposibilidad de notificar el mandamiento de pago a la demandada, quien al parecer se ocultaba, la parte actora solicitó su emplazamiento, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil y agotado el trámite que la citada disposición

establece, se le designó un curador *ad litem* con quien se surtió la notificación.

En este estado del proceso, compareció ante el juzgado la demandada Puentes de Ramírez y mediante apoderado solicitó la nulidad de la actuación, argumentando que el emplazamiento no se había surtido en forma legal, porque no se había remitido por correo certificado copia del edicto a la demandada, omisión que ponía en evidencia el secretario del juzgado y la Administración Postal Nacional.

El juez al decidir el incidente de nulidad, afirmó que la copia del edicto sí le había sido remitida a la demandada por correo certificado, que de ello tenía conocimiento personal y resolvió desfavorablemente la petición de nulidad.

En la diligencia de indagatoria, el juez acusado ofrece las siguientes razones para explicar su proceder:

Sostiene que la copia del edicto emplazatorio fue entregado para su envío al doctor Gilberto Cuéllar apoderado de la parte actora, el día primero de junio de 1984 y que días después el abogado se presentó a su despacho y le hizo entrega de un desprendible de la Administración Postal, donde constaba que se había enviado por correo certificado el aviso correspondiente a la demandada.

Agrega que dicho desprendible quedó sobre su escritorio y que luego por descuido se refundió, razón por la cual no fue allegado al proceso, pero que por el conocimiento personal que tenía sobre el cumplimiento de este requisito, no accedió a decretar la nulidad. Y prosigue el funcionario:

"... Una vez entró el proceso al Despacho para decidir el incidente de nulidad, yo en mi calidad de juez, consideré de que no existía la nulidad alegada por el apoderado de la demandada en razón a que el apoderado de la entidad demandante había hecho entrega en mi presencia del aviso postal y también por considerar de lo que ocurre en presencia de un funcionario debe ser tenido como verdadero y por eso sostuve dicha posición en el auto que definió la nulidad, pues debemos tener en cuenta que los jueces no somos convidados de piedra y que por tanto podemos dar fe de lo que ocurre en nuestra presencia".

El doctor Cuéllar Fierro, afirmó bajo la gravedad del juramento que en realidad recibió del juez acusado el oficio con la copia del edicto emplazatorio y que lo puso al correo, constancia de la cual entregó personalmente y en su despacho al señor juez.

El señor Ramiro Cardozo Camacho, Jefe de la Administración Postal en Neiva declaró que en realidad su oficina por ligereza de una de las empleadas certificó en principio que el aviso no se había remitido pero que posteriormente y a solicitud del juez, pudo constatar que el oficio sí había sido remitido y entregado y presentó fotocopia de las planillas correspondientes.

Luis Carlos Bahamón, aceptó ser el empleado que buscó infructuosamente a la demandada para hacerle entrega del certificado y estampó en la planilla la frase "no hubo quien firmara".

Finalmente, Alcides Sánchez empleado de la Administración Postal certificó que entregó el oficio a quien se identificó con la cédula de ciudadanía número 12.093.999 de la ciudad de Neiva, como consta en la planilla visible al folio 27 del sumario y que resultó corresponder al señor José Miller Ramírez esposo de la demandada y denunciante en este proceso.

Es entonces una verdad inconcusa, que el juez acusado tuvo en sus manos el desprendible de la Administración Postal según el cual la copia del edicto emplazatorio había sido remitida oportunamente a la demandante, convencimiento que lo llevó a proferir la providencia que despertó la inconformidad de la parte demandada.

Es verdad que de acuerdo a los principios que rigen la legalidad de la prueba, para que ésta pueda ser apreciada por el juzgador es indispensable no sólo que haya sido decretada por juez competente, sino que es además necesario que haya sido allegada oportunamente al proceso.

En el caso que se examina, si bien el desprendible de la Administración Postal que acreditaba el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, no estaba realmente incorporado al proceso, es lo cierto que existía, había sido presentado oportunamente ante el juez, quien convencido de su existencia, lo valoró para proferir su decisión que no puede por ello ser calificada como manifiestamente injusta.

Lo manifiestamente injusto, es aquello que no tiene apoyo en la ley, que se realiza por capricho del funcionario, que contradice abiertamente el derecho y la razón con desmedro de la equidad.

En el caso *sub exámine, el error del funcionario al dar por incorporada la prueba al proceso y otorgarle plena validez no demuestra por sí solo el propósito de obrar contra derecho. Todo indica, que el juez procedió de buena fe, con el deseo de acertar en su decisión, con la fundada creencia de que el juzgado había dado al emplazamiento de persona que se oculta, el trámite señalado en la ley. En otras palabras, no existió por parte del juez el conocimiento de que el acto oficial fuera contrario a la ley o conllevára una injusticia.*

Afortunada es la cita que hace el Tribunal de jurisprudencia de esta Corte, donde se demanda como elemento indispensable para la configuración del delito de prevaricato, la conciencia del quebrantamiento de la norma por parte del agente y que se obre con desconocimiento del deber del funcionario de administrar recta justicia.

Por otra parte, para que la providencia pueda calificarse de contraria a la ley, y manifiestamente injusta, es necesario que entre lo decidido por el funcionario y lo previsto por la ley haya una oposición evidente e inequívoca. Tal contrariedad manifiesta no puede predicarse de la actuación del juez acusado, donde si bien la providencia en su aspecto formal no se sometió en su integridad a las ritualidades del juicio, ella se ciñó a la realidad de lo ocurrido y no quebrantó la equidad.

Se concluye en consecuencia, que la providencia acusada de ilegal e injusta, no se inspiró en el capricho del funcionario ni es manifiestamente injusta. La buena fe acompañó la actuación del juez y nada en el proceso permite presumir la existencia de una intención dolosa, indispensable para la tipificación del delito de prevaricato.

Siendo esto así, la Sala impartirá la aprobación a la providencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto de la Procuraduría Delegada, *confirma* la providencia mediante la cual se sobreseyó definitivamente al doctor Ciro Alfonso Tovar Mosquera.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR. COMPETENCIA

La expedición de la Ley 30 de 1986 en nada afecta el procedimiento cumplido por la jurisdicción especial, por virtud del Decreto 1042 de 1984

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

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada acta número 001 de enero 14 de 1907.

Vistos:

El Tribunal Superior Militar en sentencia de noviembre 26 del año inmediatamente anterior confirmó la de primera instancia en la cual se condenó a *Jorge Iván Zuluaga Orrego* a la pena principal de seis (6) años de prisión y cien mil pesos ($ 100.000.oo) de multa, más las accesorias de ley, como infractor al Estatuto Nacional de Estupefacientes (Decreto 1188 de 1974). El defensor del procesado interpuso contra el fallo de segunda instancia recurso de casación que fuera concedido por el *ad quem* y declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda que se estimó ajustada a los requerimientos formales establecidos por el legislador y allegada la opinión del Ministerio Público se procede a resolver:

Hechos:

Ocurrieron aproximadamente a las siete de la noche del dieciocho de agosto del año de mil novecientos ochenta y cuatro en las instalaciones del aeropuerto internacional Eldorado de Bogotá, cuando uno de los pasajeros del vuelo de Aerolíneas Centrales de Colombia S. A. "Aces" procedente de Medellín, señor Jorge Iván Zuluaga Orrego, fue revisado en su equipaje, encontrando en el interior del mismo más de cuatro (4) kilos de cocaína de alta pureza (fl. 1, cuaderno del Tribunal).

Actuación procesal

1º La investigación fue iniciada por el Juzgado 106 de Instrucción Penal Militar que practicó las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos, recibió indagatoria al acusado y profirió el correspondiente auto de detención en su contra (fls. 10, 14 y 35).

2º Concluida la investigación y previo el concepto del respectivo Auditor de Guerra, Jorge Iván Zuluaga Orrego fue juzgado mediante el procedimiento del consejo verbal de guerra, en cuyo desarrollo a la única cuestión propuesta, los vocales contestaron por unanimidad en

forma afirmativa acerca de la responsabilidad del procesado (fls. 159, 168, 172 y 179).

3º En agosto 9 de 1985 el juez de primera instancia acogió el mencionado veredicto y condenó al implicado a la pena principal de seis (6) años de prisión y cien mil pesos ($ 100.000.oo) de multa, más las accesorias de ley, como responsable de infringir lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1060 de 1984 (fl. 188).

4º En noviembre 26 del mismo año y al revisar por apelación el aludido fallo, el Tribunal Superior Militar lo confirmó integralmente en lo sustancial, y, dispuso la expedición de copias ante la justicia ordinaria para investigar el posible delito de falsedad que se hubiere cometido con la cédula de ciudadanía número 51.561.740 incorporada al expediente (fl. 228).

La demanda de casación:

Con fundamento en las causales 4ª y 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante formula los siguientes cargos a la sentencia impugnada, para concluir que fue proferida en juicio viciado de nulidad y con violación directa de la ley sustancial.

a) El fallo atacado se encuentra afectado de nulidad por las siguientes razones:

1º *De tipo legal:* Por violación de lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pues la justicia penal militar no es la competente para conocer y fallar este asunto, si se tiene en cuenta que, la actuación refiere la comisión de dos delitos, falsedad e infracción al Decreto 1188 de 1974, los cuales, por la mayor entidad del primero, obligan la remisión del expediente a la justicia ordinaria, y, específicamente al Juzgado Superior del lugar de los hechos.

2º *De tipo constitucional:* Por cuanto con el procedimiento adoptado por el juzgador de primer grado, al no convocar a consejo de guerra verbal a Claudia González Morales como se lo solicitaba la Auditoría de Guerra respectiva, se menoscabó el derecho de defensa de Zuluaga Orrego que, en el acto de juzgamiento de aquella habría podido disipar las dudas existentes acerca de su responsabilidad, para desembocar en la afirmación de su inequívoca inocencia, alegada por el procesado desde un comienzo cuando en sus narraciones en la indagatoria se ajustó en todo momento a la realidad de lo acontecido;

b) Consciente de la imposibilidad de acudir al cuerpo segundo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal en los juicios donde intervienen los jueces populares, afirma que el pronunciamiento del Tribunal Superior Militar quebrantó de manera directa la ley sustancial, por inaplicación de los artículos 6º y 11 del Código Penal, y, por aplicación indebida del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y del 2º del Decreto 1060 de 1984.

Resume el actor sus afirmaciones en este punto diciendo que, el sentenciador pasó por alto los mandatos legales sobre la favorabilidad de la ley y competencia, ya que, al reprimir la conducta de su asistido

con seis (6) años de prisión, aplicó indebidamente las citadas normas, dejando de aplicar al acusado lo dispuesto en la Ley 30 de 1986, reconocida incluso por la Corte en esta investigación dada su favorabilidad, e independientemente de su posterioridad.

Consideraciones de la Corte:

Para la Sala no le asiste razón al demandante cuando invoca la anulación de la sentencia impugnada, por las siguientes razones:

a) *Por virtud del Decreto 1042 de 1984, el conocimiento de los delitos a que se refiere entre otros, el artículo 38 inciso 1º del Estatuto Nacional de Estupefacientes (Decreto 1188 de 1974), y, los conexos con ellos, corresponde a la justicia penal militar, la cual, los juzgará por el procedimiento allí indicado.*

Significa lo anterior, que el delito de falsedad que reclama el denunciante como conexo con el que se le imputó al procesado en la sentencia recurrida, era por disposición expresa de la ley del conocimiento de la justicia castrense, y, si ningún vínculo tenía con la infracción al Decreto 1188 de 1974, como se evidencia del proceso, bien hizo el *ad quem* al ordenar la expedición de copias para que se investigara a través de la justicia ordinaria;

b) De conformidad con lo establecido en el Decreto 1060 del mismo año sobre aumento de penas, la de prisión establecida en el artículo 38 del Estatuto de Estupefacientes se incrementó en el doble, y, la multa se estableció en un mínimo de cien mil pesos y un máximo de diez millones;

c) *Según lo señalado en la Ley 30 de 1986 (sancionada en enero 31 y promulgada en febrero 5 en el Diario Oficial número 37335) a través de la cual se expidió el nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictaron otras disposiciones, conductas como la atribuida a Zuluaga Orrego están reprimidas con pena de prisión de cuatro a doce años y multa de diez a cien salarios mínimos (art. 33, inciso 1º), y, su conocimiento corresponde en primera instancia a los Jueces Penales del Circuito (art. 46).*

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que, los hechos cometidos en agosto de 1984, es decir, con posterioridad a las disposiciones mencionadas en los literales "a" y "b", fueron objeto de decisión en noviembre 26 de 1985 por la justicia penal militar, cuando la competencia aún le estaba atribuida por disposición legal, lo que significa que la sentencia del Tribunal Superior en ese ramo, no puede atacarse como lo hace el censor por la vía del ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

La expedición de la Ley 30 de 1986 en nada afecta entonces al procedimiento cumplido por la jurisdicción especial, y, su aplicación favorable sólo incide en la dosificación de la pena imponible al procesado como lo entendió la Sala en el incidente de libertad a que se refiere el actor, en cuyo texto, para nada se tocó el tema de la competencia para conocer del proceso, y, mucho menos se hicieron afirmaciones que sirvieron luego de apoyo a tesis como las presentadas por el censor, las cuales, revelan un total desconocimiento del fenómeno de la favo-

rabilidad de la ley, de su aplicación en el tiempo y del juez natural para conocer de ciertos delitos atribuidos a Tribunales especiales, así como de las normas reguladoras de estas materias.

d) Finalmente es bueno agregar que, en el juzgamiento de Zuluaga Orrego en ningún momento se quebrantó su derecho de defensa, pues la decisión de juez de primer grado de no convocar a consejo verbal de guerra a Claudia González Morales obedeció a su facultad de interpretar la prueba, era viable dentro del procedimiento penal castrense, y, para nada afectó la situación jurídica del sentenciado, la que, independientemente de la existencia real de aquella persona, se encuentra seriamente comprometida por los diversos elementos de juicio de naturaleza testimonial e indicial aportados al expediente.

Por lo anterior, los cargos no prosperan.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz. Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez. Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PECULADO

Está dentro de la esfera del rudimentario conocimiento de todo juez, la apreciación básica de que los dineros recibidos por disposición de carácter oficial, no pueden ir a cuentas particulares, ni del juez, ni de nadie. Su consignación o entrega por ese mismo carácter, tampoco conforma los elementos propios y esenciales del contrato de depósito

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

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado acta número 03.

Vistos:

Por consulta conoce la Sala el auto de junio 16 del presente año por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, sobresee definitivamente a la doctora *Dinacela Guevara Ocampo*, Exjuez Promiscuo Municipal de Argelia, por el delito de peculado.

Hechos:

En proceso por inasistencia alimentaria de Flor María Henao contra Ramón Isaza, se llegó a un acuerdo mediante el cual éste se comprometió a entregar $ 300.oo mensuales a su esposa y demandante, lo que motivó la libertad provisional de aquél y la suspensión del proceso penal por 2 años, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 40 de la Ley 75 de 1968 y 660 del Código de Procedimiento Penal.

Posteriormente el demandado ofreció un inmueble de la sociedad conyugal para el pago de las cuotas alimentarias y previo avalúo por $ 100.000.oo la juez Guevara Ocampo, en auto de julio 12 de 1979, aceptó el mismo y dispuso que los $ 50.000.oo se tendrían "... para abonárselos a la obligación impuesta por el despacho". En auto de abril 12 de 1980 no aceptó la entrega directa del dinero por parte del demandante a su esposa, y dispuso en cambio su entrega en cuotas periódicas mensuales, habiendo recibido ella directamente dicho dinero, previa entrega de la suma de $ 15.000.oo a la demandante Flor María Henao. Durante varios meses estuvo entregando a ésta las mesadas que le había señalado, hasta cuando fue requerida por la juez que la reemplazó en el juzgado, a quien le entregó el remanente.

Razones del Tribunal

El *a quo*, para fundamentar el sobreseimiento definitivo con el cual ha cobijado las dos presuntas acciones delictuosas de la procesada, destaca que ésta "cuanto hizo, lejos de contrariar la ley —válida en cuanto proteja intereses sustanciáles—, fue buscar la tutela de la mujer desamparada —esposa legítima— y de los hijos abandonados; las formas no fueron las más propias y poco menos que de estúpidas podrían calificarse, pero su afán fue la justicia, no la injusticia que al fin y al cabo es el sustento de la traída infracción (prevaricato)". Y agrega, en relación con la otra conducta y a la cual se contrae, según lo dicho, este proveído, que "como de lo mucho se saca el todo"..., la buena fe que nutrió de manera evidente determinados comportamientos, tuvo que ser la que alimentó en su integridad la actividad que en este aspecto cumplió y en todas las variantes del mismo. En efecto, frente al manejo del dinero que el procesado Isaza había entregado para responder por la obligación frente a su señora y frente a los hijos, la única conclusión es la de que los manejó con entera honradez y cumplió con las consecuencias del depósito.

"En efecto, el indicado dinero que entregaría en mesadas, para dejar constancia de aquello y de cada una de las entregas dentro del expediente; se entiende que lejos estaba de ella la apropiación, pero siquiera el uso, cuando aparecen las nítidas constancias de cada una de dichas entregas y hasta del último centavo que está en poder de la misma. Ninguna de ellas existiría, ni a ningún 'depósito' se referirían a cada paso (fls..41 y ss.) las constancias visibles. Es cierto que la juez debió buscar mejores y más adecuados medios para la tutela de ese 'depósito' que en su entender hacía el señor Isaza, pero su preocupación de todas maneras fue cuidar esos fondos y respondió por ellos. Cáptase, por ejemplo, el significativo hecho de que con todo y haber pasado a Sonsón posteriormente, dejó el indicado depósito en la Caja Agraria de Argelia (fl. 43).

"Por manera que se cumplió religiosamente con el depósito y aún en el supuesto de que hubiera utilizado dinero, el depositario responde simplemente con la devolución del mismo, sobreentendiéndose que está autorizado para usarlo, conforme a las voces del artículo 2246 del Código Civil. Nada menos que por ser el dinero el prototipo de lo genérico y de lo fungible.

"Una actividad así cumplida no puede, entonces, señalarse como dolosa y, por lo mismo, la eventual infracción o posibles delitos caen por su base, salvo que se quiera faltar a las normas rectoras del Código Penal y se pretenda sancionar bajo el criterio de responsabilidad objetiva, con manifiesto olvido o menosprecio del artículo 5º del Código Penal. Que los comportamientos aducidos pudieron ser por negligencia o falta de atención y estudio, pero ni el prevaricato ni el peculado en la forma de apropiación o uso soportan la manifestación culposa de la culpabilidad. Por lo mismo, esos descuidos fueron ya bien sancionados con la sentencia que concluyó el juicio disciplinario contra la indicada exjuez".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador 3º Delegado en lo Penal, por su parte, comenta: "...Las versiones de Olga Cecilia Valencia, secretaria del juzgado e Iván de Jesús Arango Ocampo, empleado del mismo, corroboran las circunstancias que rodearon la materialidad de la conducta de la doctora Guevara, en el asunto que nos ocupa, porque conocen suficentemente a los esposos Isaza-Henao y su decisión de llevar a término la 'separación' de bienes habidos en el matrimonio y la fijación de las cuotas alimentarias en beneficio de los pequeños hijos; saben también que la mencionada funcionaria depositó los dineros en su cuenta personal, razón por la cual mensualmente Flor María se presentaba al Despacho para reclamar las mesadas, o la titular la citaba para hacerle entrega de las mismas, situación que se prolongó, inclusive, hasta cuando la profesional se trasladó al municipio de Sonsón; en consecuencia en nada modifican las razones que se tuvieron para el proferimiento del primer sobreseimiento definitivo, como tampoco tiene ese mérito las diligencias de inspección judicial que se practicaron, porque si bien no es claro específicamente el movimiento de los dineros que pertenecían a Flor María en la cuenta corriente de la doctora Guevara, no podemos deducir con certeza que ellos no hagan parte de las consignaciones de sumas superiores que por la misma época nos presentan los extractos. La verdad es que el examen a los depósitos judiciales del referido juzgado, demuestran inequívocamente que esos dineros que ofreció Isaza como la parte o cuota de Flor María en la sociedad conyugal no fueron consignados en esta cuenta, por el contrario, sobre el particular abunda prueba de que la funcionaria los guardó para entregarlos en forma directa a la destinataria en las circunstancias en que lo efectuó hsta cuando fue requerida por la nueva titular del Despacho. Es inobjetable la inobservancia del artículo 1º del Decreto 1978 de 1963 que reglamentó el artículo 4º de la Ley 2ª del mismo año, que versa sobre la obligación de depositar cualquier efecto económica que provenga de juicios o diligencias de los funcionarios jurisdiccionales o de las autoridades de policía.

"La conducta *sub exámine* resulta inculpable porque el recaudo probatorio indica inequívocamente que el propósito de la doctora Dinacela Guevara fue el de procurar un arreglo entre las partes en conflicto conyugal, las formas de cumplimiento de las cuotas alimentarias para los menores hijos, como su ofrecimiento para garantizarlas durante determinado período, lejos del ánimo deliberado de apropiarse de ellos en las circunstancias como lo requiere el artículo 133 del Código Penal".

Resultandos y considerandos:

Lo demostrado en autos se reduce esquemáticamente a esto:

1º Las conductas por las que fue sobreseída la doctora Dinacela Guevara Ocampo fueron las de prevaricato y peculado. De la primera ya la Corte manifestó en providencia anterior que se abstendrá de conocer de ella por no ser susceptible de consulta, por lo que el presente auto se circunscribe al delito de peculado imputado a la juez Guevara.

2º Las diferencias familiares entre Ramón Isidro Isaza y su esposa legítima Flor María Henao, llevaron a intervenir al Juzgado Promiscuo Municipal de Argelia (Antioquia), a cargo de la doctora Dinacela Guevara Ocampo.

3º Actuación de ésta índole, permitió que el obligado alimentariamente, señor Isaza, entregara la suma de treinta y cinco mil pesos ($ 35.000.oo) para atender dicha reclamación.

4º La juez, lejos de consignar ese dinero a nombre del juzgado, por la razón y con la finalidad indicadas, prefirió ingresar en su cuenta personal, en la Caja Agraria, Industrial y Minera de dicha población, la susodicha suma. Luego, en contados de $ 1.300.oo, $ 1.500.oo, $ 1.800.oo y $ 2.000.oo, hasta quedar un remanente de $ 19.200.oo, fue cancelando a la Henao sus mensualidades, unas veces con orden de pago a terceras personas y otras mediante cheque personal, comportamiento que empezó en el juzgado, para culminarla cuando ya actuaba en el Municipio de Sonsón.

5º Trasladada de Argelia a Sonsón, no hizo entrega de este dinero remanente, ni a su sucesora ni a la citada Henao. Seguía entendiéndose, como se dejó anotado, en una forma muy personal, hasta que las quejas de la Henao, las exigencias de la juez reemplazante, doctora Margarita Lucía Portilla, lograron que se entregara al juzgado la suma de diecinueve mil doscientos pesos ($ 19.200.oo) —noviembre 30 de 1981—.

La Sala no quiere adentrarse en las singulares características del procedimiento adelantado en contra de Isaza y que le llevaron a desprenderse de la suma de cincuenta mil pesos, para cumplir con el pago de mesadas alimentarias. Este actuar está debidamente censurado por el Tribunal, en el proceso disciplinario, y aún por algunas manifestaciones del *a quo*.

Interesa, únicamente, observar el comportamiento de la juez acusada desde el momento en que recibió el dinero de manos de Isaza y empezó a llevarlo a poder de la Henao.

Por los resultados de la averiguación sumarial no es dable estimarlo como producto de la ignorancia, de la buena fe aunque equivocada ni tampoco de peculado por uso indebido. *Está dentro de la esfera del rudimentario conocimiento de todo juez, la apreciación básica de que los dineros recibidos por disposición de carácter oficial, no pueden ir a cuentas particulares, ni del juez ni de nadie, y ni siquiera deben permanecer en el despacho, pues esto último si bien no genera de manera fatal una responsabilidad penal si suele suscitar merecidamente el juicio de reproche disciplinario. Son normas legales demasiado conocidas, de fácil entendimiento y demás expedita aplicación. El juez, cualquiera juez, sabe que los dineros no pueden ingresar sino a entidades expresamente indicadas por la ley y que el esfuerzo por desconocer esta obligación, constantemente infructuoso, resulta todavía más improcedente e inadmisible cuando la pretensión busca conseguir una autorización del ordenamiento jurídico para disponer caprichosamente del dinero recibido a título de gestión oficial.*

Constituye enunciado evidente que exigencias monetarias sólo *pueden hacerse cuando la ley lo manda, en la forma, cuantía y circuns-*

tancias que aquella indique; y, su movimiento, devolución o pérdida, también los condiciona el precepto legal.

De donde cuando el juez resuelve desplazar a cuenta personal esos dineros sin que exista ni se insinúe medio eficaz para entender y asegurar qué parte le pertenece a él y cuál a la administración de justicia o a terceros que han obedecido una orden de ésta, no puede verse en esa conducta lo que es imposible de diferenciar o percibir. Ese dinero tiene que entenderse como propio y exclusivamente propio del cuentacorrentista que así figura en la entidad crediticia y correr las contingencias a que su titular pueda verse enfrentado, dándose su afectación por obra del mismo, sin límites de tiempo, cuantía o destino, o por la acción de terceros como respuesta a compromisos adquiridos. El señorío del mismo lo demuestra la forma como puede ejercer el amplio e integral atributo de ser y de tenérsele por dueño.

Cabe observar, ante la situación de autos, que la juez acusada tuvo la fácil y exigida oportunidad de abrir una cuenta en la Caja Agraria, a nombre del juzgado pero prefirió hacerlo a nombre suyo, a la cual llevó el dinero entregado por Isaza, dinero empleado en forma autónoma, según el dictado de su voluntad y de sus necesidades.

Ese dinero no se mantuvo inmovilizado en la cuantía en que debía estarlo. Las informaciones permiten estimar, por el contrario, que se gastó en afanes distintos a los de atender la obligación alimentaria de la Henao, y esto se cumplió en forma total desde un principio. La satisfacción de las exigencias de la Henao, que provenían de una determinación legal, se pudieron atender pero a expensas de provisiones personales de la propia juez; ni la Henao ni su esposo, conviene advertirlo reportaron para sí utilidad adicional proveniente del reconocimiento de un interés.

Si algo se puede señalar por este modo de obrar, es que la Henao, durante todo ese tiempo de la imposición alimentaria a Isaza (abril 17 de 1980 y noviembre 30 de 1981), nada podía hacer ante la Caja Agraria, ni ante el juzgado, para afectar la exigua cuenta corriente de la doctora Guevara Ocampo; como también, que ésta manejó tal dinero con exclusiva prescindencia del control oficial o del cabal aseguramiento de la obligación para la Henao. Simplemente se apropió de esa suma y la gastó, dándose sí su paulatina cancelación, pero mediante los personales y propios recursos de la sindicada, hasta lograr, por gestión oficial, que restituyera el dinero sobrante y del cual ella también había dispuesto.

Entonces cabe deducir conforme a las exigencias de un auto de llamamiento a juicio, que la exjuez Dinacela Guevara Ocampo, en provecho suyo se apropió de bienes del Estado, cual fue el dinero entregado por Isaza, y en cuantía no superior a treinta y cinco mil pesos, los cuales restituyó antes de iniciarse la investigación (arts. 133 y 139 del C. P.).

Como hay prueba suficiente para residenciarla en juicio criminal así se hará —art. 481, C. de P. P.—.

Se ha querido ver, por el a quo *y para fundamentar en parte su sobreseimiento definitivo, o para advertir que se trata de un peculado*

por uso indebido —salvamento de voto—, que el artículo 2246 del Código Civil, obliga a quien se apropia del dinero depositado, por lo mismo que puede disponer de él, a "restituir otro tanto en la misma moneda". Conviene a este respecto comentar la tesis y fijarla en su exacto alcance. El legislador, en materia civil, ha regulado el depósito (Libro 3º, Título 31, Capítulo 1º) y ciertamente, para señalar prestaciones y contraprestaciones de este rango, establece tal normatividad sobre la base de considerar el dinero como bien fungible. Pero tal disposición presenta una limitante, o sea, que se trate del "depósito". Se parte, entonces, de la posibilidad de un contrato en que las partes tienen libertad para acordar su realización y al cual la ley, para suplir la voluntad silenciada, establece algunas previsiones, entre ellas la que se comenta. Pero la actividad analizada no responde a este marco jurídico, pues bien distinta es la relación que se establece entre un juez que, en ejercicio de una función pública, determina el cumplimiento de una obligación de parte de quien ha sido demandado o se comporta como demandante. En este caso ninguno de los elementos propios y esenciales del contrato de depósito, se da para una situación de esta índole. De ahí que no puedan aplicarse una serie de conceptos, de carácter privado, a una relación eminentemente pública, regida por otras disposiciones de diferente contenido, desarrollo y alcance. El obligado se ve compelido a cumplir con la entrega de un dinero, que no "deposita" aunque verifique una consignación bancaria a órdenes del despacho judicial, o por mandato de éste para un tercero, a fin de que uno y otro, según los términos de la decisión que la causa, lo afecten. El juez, en este caso, nada recibe en depósito ni puede disponer en provecho suyo ese dinero. La ley le veda toda intervención al respecto. De donde mal puede aplicarse un precepto con notoria connotación de relación privada, en la cual el punto de partida lo constituye la posibilidad de "emplearlo" para personal provecho o de un tercero ligado al depositario. Tan cierta resulta esta consideración, que si se llega a admitir la eventualidad de este "empleo", no puede ni siquiera hablarse de uso indebido sino de un obrar conforme a derecho, pues se está haciendo con base en mandatos de la ley, en el campo civil, que auspician esta conducta.

Como se trata de un peculado por apropiación procede la detención preventiva, sin embargo dada la personalidad del agente, la naturaleza y modalidades del hecho punible y por advertirse también el factor objetivo a que alude el artículo 68 del Código Penal es del caso considerar esta circunstancia para conceder el beneficio de libertad (art. 453-3).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

Resuelve:

1º *Revocar* el sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior de Medellín en el presente proceso, y en su lugar llamar a juicio por el delito de peculado a la doctora Dinacela Guevara Ocampo, hija de Delfín Guevara y Esther Julia Ocampo, nacida en Neira (Caldas) el 26 de enero de 1936, soltera y de profesión abogada, infracción de-

finida y sancionada por el Código Penal, en el Libro 2º, Título 3º, Capítulo 1º.

2º *Decretar* la detención preventiva de la doctora Guevara Ocampo.

3º *Concederle* el beneficio de excarcelación, provisional, previa constitución de una caución prendaria por valor de diez mil pesos ($ 10.000.oo) para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se le impongan en la diligencia respectiva, caución que podrá prestar ante el Tribunal Superior de Medellín, debiendo el Magistrado sustanciador extender el compromiso pertinente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Con salvamento de voto; *Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Me permito disentir de la mayoría de la Sala, por las siguientes razones:

1. Es claro que al recibir y consignar la juez Dinacella Guevara Ocampo unas sumas de dinero entregadas por una de las partes en un proceso por inasistencia alimentaria, consignándolas en su cuenta personal, incurrió en un apoderamiento indebido de dineros del Estado.

Es claro también que su comportamiento no puede justificarse con base en la facultad que da el artículo 2246 del Código Civil al depositario para disponer del dinero que se da en depósito, pues un juez en ningún caso puede recibir a este título los dineros que la ley obliga a las partes a consignar por razón de los procesos que se tramiten en su Despacho.

2. Sin embargo, el apoderamiento y disposición de un bien no constituye por sí solo el delito de peculado por apropiación, pues con relación a los bienes fungibles, su uso implica la capacidad del usuario para disponer de los mismos, tal como lo prevén las normas del Código Civil.

Por tanto, para poder definir si en estos casos se trata de un peculado por apropiación o por uso, es necesario tener en cuenta la intención del sujeto activo de la infracción, colegida de su comportamiento concreto.

En el caso en estudio, está plenamente demostrado en el proceso que la doctora Guevara no tuvo nunca la intención de apropiarse de las sumas de dinero recibidas, pues periódicamente entregaba a la demandante las mesadas acordadas, y cuando fue requerida por la funcionaria que la sustituyó en el juzgado, reintegró el remanente que estaba pendiente de entrega, poniendo de manifiesto su ignorancia con relación a la obligación que tenía de consignar a nombre del juzgado la mencionada suma. En mi opinión se configura, por tanto, un peculado por uso y no por apropiación.

Jaime Giraldo Angel.

VIOLACION INDIRECTA. Técnica

Deja colegir la falla de técnica en su formulación el cargo dirigido a predicar un error de derecho en la valoración impartida por el Tribunal a un medio probatorio no sometido a régimen tarifario

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

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado acta número 03.

Vistos:

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *Luis Mariano Caballero Pineda* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil el 7 de febrero de 1986, por medio de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal (Especializado) radicado en la misma ciudad, que condenó como coautores del delito de extorsión consumado al impugnante y a Jorge Iván Bustamante Cano, modificando la pena en el sentido de imponerles 42 meses de prisión a cada uno de los condenados.

El procesado no recurrente, por medio de apoderado, presentó alegato apreciatorio de coadyugancia, el cual ha intitulado como "demanda de casación".

Hechos:

Jorge Iván Bustamante Cano de profesión mecánico acordó con su amigo Luis Mariano Caballero Pineda, la obtención de dos millones de pesos, valiéndose para ello de amenazas y diversas maniobras extorsivas contra el señor Heliodoro Oliveros Castillo, a quien Bustamante Cano mediante llamadas telefónicas aseguró pertenecer a un grupo revolucionario, que estaba en condiciones de eliminar a su familia y hacer volar una estación de gasolina de su propiedad si no accedía a sus exigencias.

Oliveros Castillo dio aviso a las autoridades de policía sobre las amenazas de que era víctima y sobre las instrucciones que le habían impartido para la entrega del dinero, por tal motivo, en coordinación con agentes de la Procuraduría se procedió a montar el correspondiente operativo sin que hubiera sido posible obtener resultados positivos en las dos primeras oportunidades en que le fueron puestas las citadas a la víctima, pues a pesar de concurrir los procesados a los

sitios previamente dispuestos, se abstuvieron de recoger el dinero exigido.

El 17 de marzo de 1985, fecha señalada para la entrega del dinero, se hizo presente por tercera oportunidad Jorge Iván Bustamante Cano en un lugar distinto a los prefijados anteriormente recogiendo el paquete que se encontraba dispuesto por las autoridades, las cuales procedieron a su captura.

La captura de Luis Mariano Caballero Pineda se produjo con posterioridad y como consecuencia de la directa sindicación que le hizo Bustamante Cano en la exposición que rindió ante la policía judicial.

Actuación procesal:

1º Abierta la investigación el 18 de marzo de 1985 por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de San Gil, se escuchó en indagatoria a los capturados, disponiendo por auto de 29 de marzo de 1985 la detención preventiva de los mismos.

2º En ampliación de indagatoria Jorge Iván Bustamante Cano atribuyó la autoría intelectual del delito a Caballero Pineda, procediendo luego a manifestar la inocencia de éste en los hechos investigados.

3º Interpuesto recurso de apelación contra el auto de detención, el Tribunal Superior de San Gil confirmó la decisión impugnada mediante providencia de fecha 11 de mayo de 1985.

4º El 21 de mayo de 1985 se declaró cerrada la investigación y el 17 de junio del mismo año se citó a audiencia pública a los procesados Caballero Pineda y Bustamante Cano.

5º Celebrada la audiencia pública el 10 de octubre de 1985, el 17 se profirió sentencia condenatoria contra los citados a audiencia imponiéndole a Caballero Pineda 28 meses de prisión y a Bustamante Cano 42.

6º Apelada la sentencia, el Tribunal Superior de San Gil la confirmó, modificando la pena al imponer 42 meses de prisión para cada uno de los procesados en calidad de coautores del delito de extorsión consumado.

Demanda de casación:

1º Invoca el casacionista las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

2º En cuanto se refiere a la causal cuarta, afirma el demandante que la sentencia proferida por el Tribunal de San Gil se dictó en un juicio viciado de nulidad siendo aplicable el numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Esta nulidad legal la pretende fundamentar el casacionista en la incompetencia que considera existió en el fallador de segunda instancia al pronunciarse sobre la sentencia de primer grado sin estar debidamente ejecutoriado el auto de proceder proferido contra los sindicados Bustamante Cano y Caballero Pineda, pues no se surtió previamente

la consulta de los sobreseimientos definitivos dictados en favor de Martha Cecilia Vargas Rodríguez y René Alfonso Rey Reina.

Igualmente y en forma concomitante alega el demandante la declaración de nulidad constitucional, la cual también argumenta en la premisa de la incompetencia, pero curiosamente tomando la nulidad legal como medio para colegir el incumplimiento del debido proceso.

3º Respecto a la causal primera, el libelista se fundamenta en el cuerpo segundo de la misma bajo tres cargos, a saber:

a) Haber incurrido el Tribunal en grave error de derecho al darle valor de "presunción legal" a la confesión que —dice— hizo Jorge Iván Bustamante Cano en la exposición que rindió ante la policía judicial.

Explica el demandante que en la indagatoria su representado fue prácticamente inducido a responder y que el juzgador no valoró la ampliación de indagatoria de Bustamante Cano en la cual se retractó de los cargos que le había hecho a Caballero Pineda, pues al haberlo hecho, imperaba un fallo absolutorio en favor de este último.

Como el Tribunal *ad quem* consideró que dicha confesión junto a unos indicios constituían plena prueba de la responsabilidad de Luis Mariano Caballero Pineda, se violaron los artículos 215, 217 y 264 del Código de Procedimiento Penal, violación medio para el quebrantamiento del artículo 355 del Código Penal;

b) Haber dado valor de indicios a los testimonios rendidos por los agentes de la policía nacional completando así la plena prueba para condenar junto con la confesión de Bustamante Cano, sin advertir que estas declaraciones se encontraban viciadas por el deseo de venganza y enemistad de estos testigos respecto a Caballero Pineda, motivo éste que originó el grave error de derecho que afirma incurrió el fallador de segunda instancia;

c) Afirma el censor que al proferirse condena por el delito de extorsión consumado cuando debía haberse hecho por ese delito pero en grado de tentativa, el Tribunal escogió acertadamente la norma incriminadora, pero le dio un alcance equivocado violando en forma indirecta y mediata la ley sustancial por aplicación errónea del artículo 355 del Código Penal, con exclusión evidente del artículo 22 *ibidem*.

A pesar de acusar la sentencia por haber incurrido el fallador en error de derecho en la apreciación de las pruebas, trata el demandante de demostrar la censura por la vía de la violación directa de la ley.

No deja de llamar la atención el hecho de que el casacionista fundamente la aplicación errónea del artículo 355 del Código Penal en dos argumentos contradictorios entre sí: Luego de afirmar que se trata de un delito de extorsión en el grado de tentativa, expresa que existe esa aplicación errónea porque condenaron a Caballero Pineda por un delito que no se probó plenamente.

Alegato apreciatorio:

Mediante apoderado, el procesado no recurrente, en ejercicio del derecho que le concede el artículo 578 del Código de Procedimiento Penal a quienes no sean recurrentes, presentó alegato apreciatorio en el que desconoce las limitaciones que rigen para su intervención.

Este apoderado en forma errónea adopta la doble posición de oponerse y coadyuvar la demanda del recurrente, desconociendo que sólo le es posible elegir una de las dos, pues no se trata de una nueva demanda, sino de un alegato que debe tender a oponerse o coadyuvar la demanda de casación presentada por el recurrente, pero no puede proponer nuevas causales o cargos.

En efecto, mientras coadyuva la demanda del recurrente en cuanto se refiere a la causal cuarta, expresa que en relación con la segunda causal invocada por el demandante, la que él propone es "totalmente diferente" y en consecuencia fundamenta la censura en el cuerpo primero de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Explica el no recurrente que por tratarse de un delito de extorsión en el grado de tentativa y no consumado, el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 355 del Código Penal, habiendo "prescindido o excluido el artículo 22 del Código Penal". Para demostrar su afirmación, se remite a transcribir en lo fundamental la sentencia de casación de 8 de abril de 1986 proferida por esta Sala en el proceso seguido contra Heli Ramírez (Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga).

Concepto de la Procuraduría:

1º El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita de la Sala no casar la sentencia recurrida en casación, pues incluyendo la causal de nulidad, considera que la falta de técnica en la demanda es evidente y por ende, es imposible que prospere la censura.

2º Aún bajo esta consideración, pero teniendo en cuenta la oficiosidad de la nulidad procede a estudiarla para concluir que el proceso fue tramitado legalmente y que en ningún momento puede predicarse incompetencia en el Tribunal Superior de San Gil para proferir la sentencia de segunda instancia, pues no cabe duda sobre la competencia que le asistía para pronunciarse sobre la consulta de los precitados sobreseimientos definitivos; la ley procesal no limita en el tiempo el momento en que debe surtirse dichas consultas; el auto de proceder dictado contra el casacionista cobró debida ejecutoria y no es posible entender una vinculación tal entre estas decisiones hasta el punto de que el llamamiento a juicio pierda independencia frente a los sobreseimientos en referencia, los cuales a la postre sí fueron objeto de consulta.

3º En relación con la causal primera, cuerpo segundo, explica la falta de técnica de la demanda observando el colaborador fiscal, que la exposición rendida por el procesado ante la policía judicial no constituye confesión, pero que aún así dicha prueba no está sometida a tarifa legal al igual que sucede con el testimonio, razón por la cual no es posible invocar error de derecho como lo hace el demandante, pues

de otra parte, si se tiene en cuenta la confesión de Bustamante Cano en su indagatoria, se debe observar que los cargos hechos a Caballero Pineda bajo juramento constituyen otro medio de prueba como es el testimonio. Igual consideración merece para el Procurador Delegado la crítica que hace el censor respecto a la ampliación de indagatoria de Bustamante Cano, toda vez que este medio de prueba tampoco está tarifado legalmente para su valoración.

4º La imposibilidad de recurrir al error de derecho en la situación del primer cargo de la causal segunda también sirve de fundamento para el segundo, pues la situación es igual.

Los testimonios rendidos por los agentes de la policía se encuentran valorados en la sentencia de segunda instancia como tales y no como indicios como lo pretende hacer creer el casacionista y en estas condiciones tienen pleno valor las observaciones hechas en relación con el anterior cargo.

5º El tercer cargo tampoco está llamado a prosperar en concepto del Procurador por cuanto el demandante acusa la sentencia por haber incurrido el fallador en error de derecho en la apreciación de las pruebas; sin embargo, orienta la censura por la vía de la violación directa de la ley, pues se empeña en demostrar que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 355 y excluyó el 22 del Código Penal y en esta forma el casacionista no indica ningún error en la valoración de los elementos de juicio, sino que el ataque lo formula por el error de juicio o *iudicando*.

Consideraciones de la Corte:

1º Si bien al invocar el censor la causal cuarta de casación incurre en deficiencias técnicas al no precisar si a la postre la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad legal o constitucional por cuanto invoca las dos en forma concomitante, impera su consideración por el carácter oficioso que se le viene dando a su pronunciamiento.

2º Bajo esta previa consideración, para la Sala es indudable la legalidad en el trámite de este proceso y por ende, no concurre ninguna de las nulidades propuestas por el casacionista. En efecto:

a) La consulta es un grado de jurisdicción de obligatorio cumplimiento y como tal no está sometida a la voluntad de los sujetos procesales, por tanto, no es fundamental que el *a quo* la ordene, pues esa omisión no inhibe al *ad quem* para que al conocer del respectivo proceso se pronuncie al respecto;

b) La ley procesal penal no limita temporalmente el pronunciamiento sobre la consulta y ninguna norma prohibe que se pueda hacer cuando el juez competente revise en segunda instancia la sentencia de primer grado, por el contrario, le asiste la obligación de hacerlo, pues como lo ha sostenido la Sala "para todos los casos en que la consulta es forzosa se subentiende ella, no obstante que omitan disponerla los falladores de primera instancia" (julio 21 de 1943);

d) Así al haberse pronunciado sobre la referida consulta el Tribunal Superior de San Gil cumplió con la oficiosidad de la misma, pues

era la Corporación competente para tomar esa decisión y si en el mismo auto calificatorio se procedió por parte del juez de primera instancia a llamar a responder en juicio a Caballero Pineda y Bustamante Cano para que comparecieran a audiencia de acuerdo con el procedimiento especial establecido para el delito de extorsión y se profirió sobreseimiento definitivo a favor de otros procesados, esto no está implicando que la consulta sea obligatoria o esté instituida para el auto que cita a audiencia, pues la ley procesal es taxativa respecto a las decisiones que tienen dicho grado de jurisdicción. Aspecto diverso es que al surtirse la consulta el fallador de segunda instancia considere que debe modificarse la situación de los procesados enjuiciados o citados a audiencia, pero en eventos como el presente en el cual el Tribunal confirmó la sentencia condenatoria y los precitados sobreseimientos definitivos claro resulta colegir, que en nada se perjudicó a los procesados al cumplirse a cabalidad las garantías de defensa;

e) Ahora, la tramitación del proceso en ningún momento impidió la interposición de recursos como lo da a entender el demandante y la eventualidad que plantea respecto a la posibilidad de que se hubiera revocado los sobreseimientos definitivos para convertirlos en temporales es una simple expectativa de carácter subjetivo que como lo afirma el Procurador Delegado en nada afecta el pronunciamiento del Tribunal toda vez que la situación de Bustamante Cano y Caballero Pineda se encontraba perfectamente definida por parte del juzgador de instancia;

f) Reiterativa ha sido la Sala en considerar que no cualquier irregularidad puede generar nulidad y si bien los sobreseimientos definitivos han debido ser consultados tan pronto fueron proferidos, la temporal omisión no puede originar la máxima sanción procesal que reclama el casacionista, quien además deja colegir la duda que le asiste al proponer la nulidad cuando no se define entre la legal y la constitucional; en estas condiciones, no es posible decretarla.

3º El grave error de derecho que invoca el casacionista con fundamento en el cuerpo segundo de la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, tampoco está llamada a prosperar en ninguno de los tres *cargos formulados, los cuales por demás se caracterizan por su equivocada presentación adoleciendo de falta de técnica, pero que se procederán a analizar para demostrar su inconsistencia:*

a) De la clara regulación que hace el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal respecto a la confesión, necesario es concluir, que la versión rendida por el procesado ante los funcionarios de la policía judicial no puede tener tal carácter, pues en aquellos aparece otro medio de prueba diverso a la confesión la cual para que tenga ese valor debe ser recepcionada por el juez. Esta sola exigencia legal hace que cualquier otra consideración sea insuficiente para demostrar jurídicamente lo contrario;

b) No teniendo el valor de confesión dicha versión, es obvio que la ley no consagra tarifa legal para su valoración y por tanto, no es acertado reprochar esta clase de prueba como violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho contenido en la sentencia de segundo grado;

c) Pero además, ante el juez de instrucción Bustamante Cano al rendir indagatoria reafirmó lo sostenido ante la Policía Judicial confesando la autoría del delito y atribuyendo bajo juramento igual imputación a su amigo Caballero Pineda y *aquí es donde yerra el demandante, pues cuando el procesado hace cargos a terceros, tales aseveraciones se considerarán un medio probatorio diverso como es el testimonio, lo cual significa que el tratamiento probatorio no puede ser otro que el de la íntima convicción del juzgador habida cuenta de que carece de tarifa legal para su valoración y en consecuencia, no es dable atacarlo por error de derecho que origine violación indirecta de la ley sustancial;*

d) Improcedente también resulta hacer igual censura respecto al desconocimiento del valor legal de las afirmaciones contenidas en la diligencia de ampliación de indagatoria de Bustamante Cano, *por cuanto aquí también se trata de un medio probatorio no sujeto a tarifa legal. En consecuencia, no prospera el cargo;*

e) El segundo cargo formulado para predicar el error de derecho en la valoración impartida por el Tribunal a un medio probatorio no sometido a régimen tarifario deja colegir la falta de técnica en su formulación, pues a pesar de que el casacionista recurre al argumento de darles a los testimonios rendidos por los agentes de la policía el valor de indicios, lo cierto es que este proceder únicamente corresponde a tratar de salvaguardar el obstáculo técnico referido debido a que el fallador de segunda instancia valoró dichas declaraciones como tales, de ahí el porqué en la sentencia impugnada luego del respectivo análisis se concluya que "no admite el menor asomo de duda la veracidad de estos testimonios";

f) Este pretendido error de derecho carece de procedencia conforme con insistencia lo viene considerando la Sala al reiterar que el testimonio no está sometido al sistema tarifario, sino al legal moral en que el juez con fundamento en los factores señalados en el artículo 236 del estatuto procesal penal, otorga o no credibilidad a la declaración rendida bajo juramento, siempre y cuando, desde luego, no falte alguno de los criterios determinantes de la capacidad para rendirlo conforme sucede en este caso; por tanto, este cargo tampoco prospera;

g) Igualmente, en cuanto al tercer cargo, es perfectamente claro que el casacionista procede a demostrar una causal diversa a la invocada haciendo inoperante la censura, pues la confusión en el planteamiento impide a la Corte saber lo que se pretende.

Ataca el demandante la sentencia por violar el artículo 355 del Código Penal al haber incurrido el fallador en error de derecho en la apreciación de las pruebas; sin embargo, enfoca y se adentra en la demostración de la violación directa de la ley para concluir que el Tribunal aplicó indebidamente dicho precepto legal y dejó de aplicar el artículo 22 del Código Penal al condenar por el delito de extorsión consumado cuando debe serlo por tentativa al no haberse obtenido el resultado de alcance patrimonial que exige la norma.

Además, luego de tal análisis jurídico afirma el libelista que no existe prueba de acuerdo con la cual se pueda afirmar que Caballero Pineda haya cometido el delito por el que fue condenado.

Principio basilar del recurso de casación es el de que no es suficiente con invocar la causal sino que debe demostrarse y precisamente esto es lo que no sucede en este caso, motivo por el cual no puede prosperar este cargo.

4º Finalmente y en cuanto se refiere al alegato apreciatorio presentado por el apoderado del procesado no recurrente, si bien podría correr mejor suerte la impugnación con fundamento en el cuerpo primero de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, como lo propone este profesional, lo cierto es que la Corte no puede entrar a su estudio.

Invariable ha sido la Sala cuando se ha pronunciado sobre situaciones similares a la propuesta por el no recurrente en el sentido de invocar una causal distinta a las propuestas por el casacionista y que no existe razón para modificar el criterio, pues el ámbito en que están facultadas para actuar en casación no puede tener la misma amplitud que el de las partes recurrentes. "El de aquellos que tienen interés en que se mantenga la sentencia están limitados por la misma. Es decir, no pueden pedir nada distinto a lo que se les concedió en ésta. Los que, por el contrario, están interesados en que se remueva, ya sea total o parcialmente la providencia recurrida, no pueden alegar causales ni motivos distintos a los de las partes recurrentes" (julio 15 de 1982). Igual posición se adoptó en decisión de la misma fecha con ponencia del doctor Luis Enrique Romero Soto.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

INDULTO

Para efectos de la aplicación de la Ley 49 de 1985, debe establecerse si puede entenderse que el investigado es delito conexo con rebelión, sedición o asonada y si tal circunstancia se encuentra debidamente acreditada

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado acta número 3 de enero 27 de 1987.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá en auto de 11 de octubre de 1985, al resolver la apelación del auto de detención dictado contra varios de los procesados por fuga de presos, decidió también sobre la petición de indulto conforme a la Ley 49 de 1985, presentada por el apoderado del incriminado *Carlos Victor Ortega Chicunque*, negándola por considerarla improcedente, decisión adoptada con salvamento de voto de uno de los Magistrados de la Sala respectiva.

Concedida la apelación, esta Corporación en auto de 4 de junio de 1986 dispuso la invalidación de dicha providencia, únicamente en cuanto a este punto, por haberse adoptado la decisión sin traslado al Ministerio Público de la instancia, como se requería, dado que era aplicable el trámite previsto en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la norma especial no contenía previsión al respecto.

En cumplimiento de lo ordenado, el Tribunal de acuerdo con el concepto de su Fiscal, resolvió la expresada solicitud, en el sentido de negar la cesación de procedimiento impetrada, también con salvamento de uno de los Magistrados de la Sala de Decisión.

Interpuesta apelación y concedida por reunir los requisitos exigidos, procede adoptar la correspondiente decisión una vez cumplido el trámite de segunda instancia y recibido el concepto del Ministerio Público, con solicitud de confirmación de la decisión reclamada.

Hechos y actuación procesal:

Alrededor de las siete de la noche del 13 de mayo de 1985, Orlando de Jesús y Carlos Víctor Ortega Chicunque, procesados por secuestro y Fernando Cerveleón Pinzón y Fernando Alipio Reyes, detenidos por homicidio, se fugaron de la cárcel Nacional Modelo de Bogotá, a través

de perforación ocasionada en el muro del establecimiento por artefacto explosivo. Carlos Víctor Ortega Chicunque fue herido y capturado a poca distancia, encontrándosele un petardo. Se produjo en los momentos de la fuga, abaleo desde el exterior de la cárcel para favorecer la huida de los reclusos.

El apoderado del procesado Carlos Víctor Ortega Chicunque solicitó al Juzgado 19 Penal del Circuito se remitiera el proceso al Tribunal para dar aplicación a la Ley 49 de 1985, sin formular otras alegaciones. Al procesado referido se le había dictado auto de detención (fl. 195, cuaderno 1º).

La providencia apelada:

El Tribunal hace referencia a los argumentos del señor apoderado al sustentar apelación de la decisión anulada en cuanto a si existe la conexidad entre la fuga de presos y los delitos políticos, ya que aquella fue ordenada por la organización subversiva de la cual formaba parte el acusado. Cita el concepto del Ministerio Público en el que se dice que no se dan los requisitos del artículo 3º de la Ley 49 de 1985 puesto que se trata de hechos punibles diferentes a los contemplados en la ley para otorgar el beneficio.

Observa que si bien los hechos ocurrieron antes de la vigencia de la Ley 49 de 1985 (junio 5), con lo cual se cumple este requisito, como también el de que no se hubiera dictado sentencia, el delito de fuga de presos no es de por sí de carácter político.

Anota en cuanto a la rebelión que no puede deducirse del proceso que el peticionario se fugara para participar en alzamiento contra el Gobierno o modificar el orden institucional y que "lo único que se ha pretendido configurar con posterioridad al hecho, es que el sindicado Ortega Ch. pertenece a un grupo subversivo y ello no es suficiente para que cualquiera actividad delictuosa que desarrolle uno de sus integrantes sea cobijada con el indulto", respecto a lo cual se refiere a lo manifestado en indagatoria por el procesado mencionado.

Advierte que las mismas consideraciones proceden en cuanto a los delitos de sedición y asonada y se pregunta qué altruismo puede existir en quien encontrándose detenido por el delito de secuestro y falsedad, sin alegar conexidad con delitos políticos, se fuga. Por lo cual niega la cesación de procedimiento.

Alegato del recurrente:

El señor apoderado manifiesta que el procesado se encuentra enjuiciado por secuestro, habiendo ordenado el Tribunal de Bogotá, en el auto respectivo, se investigara separadamente el delito de rebelión. Y la Corte en auto de 6 de mayo de 1986 negó el indulto solicitado por estar expresamente excluido.

Que además tiene auto de detención en el proceso por secuestro del doctor Jaime Betancur Cuartas, en el cual el Tribunal al decidir colisión de competencias señaló la competencia en el Juzgado Superior,

por tratarse de rebelión en conexidad con el secuestro. En otro proceso tramitado en el Juzgado 22 Superior, por falsedad, el Tribunal dio aplicación a la Ley 49 de 1985. Y finalmente, cursa en su contra este proceso por fuga.

Respecto a la situación de Ortega Chicunque en este proceso, alude en primer término a su indagatoria, en la que afirmó pertenecer a una organización subversiva, respecto a lo cual transcribe apartes de dicha diligencia, en cuanto a que por medio de su hermano se le dijo que la fuga ordenada por aquella; se refiere a sus objetivos políticos y se supone que la misma planeó la fuga.

Menciona el testimonio del doctor Jesús Augusto Motta Vargas, en cuanto a la aprehensión en el momento de los hechos de un recluso herido y que era miembro de la organización subversiva, según uno de los guardianes. Cita un informe de varios agentes, conforme al cual en el exterior del penal se encontraban varias personas, pertenecientes a célula subversiva y que con armas de fuego cubrieron la fuga, sobre lo que menciona artículos de prensa, en los que aparece su patrocinado. Y es hecho notorio la existencia de la organización subversiva referida, con fines políticos.

Considera que la fuga guarda relación con el delito de rebelión e insiste en la revocatoria.

Concepto de la Procuraduría Delegada:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, previa referencia a los preceptos legales respectivos, reitera su criterio de improcedencia de la cesación de procedimiento, ya expresado en anterior concepto. Anota que el procesado por delito común que pretenda esa gracia, debe acreditar que está incurso en delito político y la conexidad debe hallarse establecida, sin que se haya demostrado lo primero. Con relación a lo segundo no basta su confesión de pertenecer al grupo subversivo señalado. Rechaza las alegaciones del apoderado, por cuanto estima que la responsabilidad respecto al delito es personal. Transcribe apartes de las actas de la comisión redactora del Código en relación al delito de rebelión, para reiterar su solicitud de confirmación de la decisión impugnada.

Se considera:

La cesación de procedimiento solicitada con base en la Ley 49 de 1985, cumple —como lo dice el Tribunal en su providencia— *el requisito de referirse a hechos anteriores a dicho estatuto (art. 6º) y además se relaciona con delito que no se encuentra excluido del indulto y consecuentemente, de la cesación de procedimiento, como son el secuestro, la extorsión, los delitos alusivos al narcotráfico y el homicidio fuera de combate en circunstancias de sevicia o indefensión.*

Por otra parte, no se trata de delito político, de acuerdo con los que define nuestra legislación penal, ni corresponde al mismo por su naturaleza. Por manera que para efectos de la aplicación de la Ley 49 de 1985, debe establecerse si puede entenderse que el investigado es delito conexo con rebelión, sedición o asonada y si tal circunstancia se encuentra debidamente acreditada.

El artículo 3º de la Ley 49 expresa: "Dispónese cesación de procedimiento en beneficio de quienes estuvieren siendo procesados por hechos que pueden ser constitutivos de los delitos a que se refiere el artículo 1º de la presente ley con las excepciones allí previstas y respecto de los cuales no existiere aún sentencia condenatoria ejecutoriada...".

Y conforme al artículo 1º citado, el indulto podrá comprender los delitos conexos con los políticos por haberse realizado para facilitarlos, consumarlos u ocultarlos, con las excepciones dichas. Conexidad que podrá comprobarse a través de las pruebas del expediente, constancias de autoridades correspondientes u otras informaciones pertinentes.

La conexidad a la cual se hace referencia, debe establecerse en forma suficiente, para concluir que el delito común se dirigía a una de las finalidades expresadas en cuanto al delito político, para poder originar en esta forma la cesación de procedimiento.

En este caso para tal efecto, el recurrente se refiere a diferentes elementos de prueba, como son el dicho del procesado en su indagatoria, la existencia del grupo subversivo al cual afirma pertenecer como hecho de conocimiento común y su afirmación de que la fuga fue dirigida por tal agrupación.

En su indagatoria el acusado (fls. 52 y 127) expresa que recibió la noticia de la fuga de su hermano y que se trataba de orden de la organización subversiva, y aclara que no sabe qué actividades o planes iba a desarrollar una vez en libertad, aunque se refirió en términos generales a dicha organización.

Con los elementos de juicio existentes en autos, debe aceptarse como demostrado el hecho de que el peticionario se encuentra vinculado a agrupación subversiva que ha cumplido actos ilícitos contra las instituciones vigentes, configurativos de delitos políticos, ya que así se desprende no sólo de sus manifestaciones en indagatoria, no desvirtuadas, sino además por cuanto resultan corroboradas por el hecho de hallarse vinculado a diferentes procesos como el del secuestro del doctor Betancur Cuartas, conexo con infracción de dicho carácter pero respecto al cual se negó la aplicación de la Ley 49 de 1985, por hallarse expresamente excluido. Como también de las circunstancias de su vinculación a otros procesos, habiéndose ordenado adelantar uno de estos por rebelión.

Afirmó además el procesado que la fuga la efectuó junto con su hermano, para cumplir orden o consigna del grupo subversivo al cual pertenecía y como miembro del mismo, para poder proseguir su actividad. Aunque no es concreto y se abstiene precisar este punto o de dar mayores informaciones al respecto, esta afirmación debe aceptarse, no sólo por no estar desvirtuada sino que resulta confirmada por el hecho de haberse apoyado la evasión de éste y otros detenidos desde fuera del penal, por quienes se asegura eran también miembros del grupo subversivo y sobre lo cual existen las declaraciones del doctor Jesús Augusto Motta Vargas y otros funcionarios del establecimiento carcelario mencionados por el señor apoderado.

Vistos estos antecedentes y especialmente los relacionados con la trayectoria delictiva del procesado respecto a actividades subversivas,

debe aceptarse la conexión de este delito común con delitos políticos, objetivo del grupo armado al cual se acredita pertenecer el peticionario. Debiéndose aclarar que si bien dada su inmediata recaptura después de la fuga, no puede establecerse que el procesado pretendía tales finalidades políticas en desarrollo de iniciativas ordenadas por el grupo sedicioso citado, ya que no es posible por la circunstancia expresada cumplir actividad alguna, debe aceptarse como válida su manifestación, teniendo en cuenta sus antecedentes.

Lo anterior en relación con la consideración del Tribunal al respecto, en cuanto a que el delito común de fuga no tenía por objeto el reintegro del procesado a sus actividades como miembro del grupo subversivo dirigidas a desestabilizar el régimen constitucional vigente o contra las autoridades legalmente constituidas.

En anterior providencia de esta Sala se dijo lo siguiente que guarda relación con el punto examinado:

"Debe hacerse referencia en primer término a la posibilidad de aplicar la cesación de procedimiento, vistas las disposiciones de la Ley 49 de 1985, en relación con delitos comunes, cuando como ocurre en este caso, no existe proceso fallado por rebelión, sedición o asonada, ni tampoco se encuentra en trámite. Se considera que examinados en conjunto los preceptos de la ley, se llega a conclusión positiva, ya que se pretende en términos generales aplicar tal medida respecto a delitos comunes que se demuestre se dirigieron a facilitar, procurar, consumar u ocultar delitos políticos, lo cual resulta más claro si se tiene en cuenta que el mismo estatuto prevé que '...cuando estos mismos hechos fueren llevados por primera vez a conocimiento de un juez, éste se abstendrá de iniciar sumario para lo cual dictará el correspondiente auto inhibitorio', lo cual permite deducir en forma clara lo expresado.

"Por manera que al disponer la ley (art. 3º) la cesación de procedimiento en relación con los '... hechos que pueden ser constitutivos de los delitos á que se refiere el artículo primero...', con las excepciones previstas, se comprenden los delitos comunes en los cuales se establezca tuvieron como causa o motivo facilitar o procurar los delitos políticos mencionados, esto es, para modificar, alterar o sustituir el orden institucional vigente (arts. 135 y ss. del C. P.)". (Auto de 2 de julio de 1986).

Conforme a lo anterior, debe admitirse la conexión en este caso del delito de fuga con delito político, lo cual hace viable la cesación de procedimiento impetrada.

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

Resuelve:

Revocar la providencia apelada y en su lugar disponer la *cesación de procedimiento* con base en la Ley 49 de 1985, en relación con el delito de fuga que es materia de este proceso y respecto al peticionario Carlos Víctor Ortega Chicunque.

Se advertirá al procesado que la cesación de procedimiento decretada, quedará sin efecto si fuere condenado por uno de los delitos de rebelión, sedición o asonada, o conexo con los anteriores, secuestro, extorsión cometido dentro de los dos años siguientes a la fecha de esta providencia.

Si bien en virtud de esta providencia queda sin efecto el auto de detención dictado por fuga (fl. 195, C. 1º), se aclara que el procesado permanecerá en privación de libertad en razón de otros procesos en su contra.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CONCUSION

Si se trata de la concusión por abuso del cargo o de la investidura, no se requiere que el hecho sea ejecutado en desarrollo de la competencia funcional del agente del delito

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de febrero de mil novecientos ochenta y siete.
Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*
Aprobado Acta número 005.

Vistos:

Reconstruido en los términos del Decreto 3829 de 1985 este proceso, resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, del 7 de septiembre de 1985, mediante la cual se modificó la de primera instancia y se impuso a *Juan Jacinto Rodríguez Vega* la pena principal de cuarenta meses de prisión más accesorias de rigor, como responsable de los delitos de detención arbitraria y concusión.

Antecedentes y actuación procesal:

El 17 de septiembre de 1983 hacia las cuatro y media de la tarde, cuando se hallaba en franquicia, el subteniente de la Policía Nacional adscrito a la Fuerza Disponible de esa Institución, Juan Jacinto Rodríguez Vega, que supuestamente había recibido informes de que Mario Salazar se dedicaba al tráfico de estupefacientes, acompañado de dos civiles y un agente del mismo cuerpo armado, se presentó en el almacén "Canal Dos" de Medellín, en donde se hallaban el citado Salazar y cinco personas más, a quienes ordenó abordar dos vehículos al mando suyo y condujo a dependencias del F-2. Allí se apearon un momento sin penetrar, y luego en los mismos automotores se dirigieron todos a una heladería, en la que permanecieron un rato, para volver a las puertas del F-2, sitio en el cual dejó libres a los acompañantes de Salazar. Este fue conducido a otra cafetería por el oficial y uno de los referidos civiles, y al tiempo que fingían hacer llamadas telefónicas al Comando para saber cómo iban las pesquisas sobre las actividades de Salazar, le pidió cuatro millones de pesos para dejarlo en libertad y "tranquilo", y seguidamente obtuvo que éste le dejara en su poder el vehículo de su propiedad al que habían ido a buscar sus documentos personales, el que luego de reiterados reclamos del ciudadano fue abandonado en una vía pública y por último recuperado en uno de los patios de la Oficina de Circulación y Tránsito.

La investigación fue iniciada por el Juzgado 54 de Instrucción Penal Militar, Despacho éste que dictó contra el oficial acusado auto de

detención por los delitos de concusión y detención arbitraria, pero al ser remitido el asunto al Juez de Primera Instancia, que lo era el Inspector General de la Policía Nacional, se declaró la incompetencia de la Justicia Penal Militar para continuar la tramitación en razón de que los ilícitos no fueron cometidos por el subteniente Juan Jacinto Rodríguez Vega, con ocasión del servicio, ni por causa del mismo, ni por funciones inherentes a su cargo, pues en la fecha y hora de los hechos se hallaba en franquicia, "no era miembro de organismo secreto del F-2 para hacer seguimientos", y actuó en compañía de particulares, "marginado de las funciones propias que le correspondían" (fls. 67 y ss. y 99 y ss., cuaderno principal).

Avocó la investigación el Juzgado 10 Penal del Circuito de Medellín, el que luego de llamar a juicio al procesado por los mencionados ilícitos, lo condenó a 30 meses de prisión —como pena principal— en sentencia que recurrida en apelación, fue confirmada por el Tribunal con la modificación consistente en aumentar a 40 meses la pena de prisión.

La demanda:

Porque en su criterio el proceso se halla viciado de nulidad legal al tenor del numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pues se atentó contra la garantía del juez competente consagrada en el artículo 26 de la Carta, el apoderado del encausado formula en su demanda un cargo a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fundamento en el numeral 4º del artículo 530 del citado estatuto.

Pese a que la concesión del recurso se hizo en consideración a su procedibilidad respecto del delito de concusión, la sustentación del cargo abarca indistintamente tanto este ilícito como el de detención arbitraria por los cuales se produjo la condena.

Arguye el censor, previa transcripción de las normas que tipifican las conductas penales aludidas, y de los artículos 18 y 37 del Decreto 2137 de 1983, que en su orden establecen las circunstancias ordinarias y especiales en que, incurriendo en delito cualquier miembro uniformado de la Policía Nacional, debe ser juzgado por la Justicia Penal Militar, que los delitos causa de la condena del subteniente Rodríguez Vega en su calidad de funcionario público, sólo pueden ser cometidos con abuso de funciones policiales, y que de no ser así, se torna atípica la conducta, o corresponde a un tipo diferente.

Advierte que el carácter de funcionario público "que tiene en todo momento" y las funciones que desempeña un Oficial de la Policía, le dan la ocasión de cometer los delitos especiales referidos, y en su sentir, "constituyen las condiciones básicas para la estructuración de los mismos"; y que en tratándose de "un empleado público con abuso de sus funciones", el hecho forzosamente se comete "por causa o con ocasión de las funciones inherentes a su cargo", y por tanto, "si no hay vinculación con el servicio o con las funciones que el oficial desempeña, tampoco es posible atribuirle estos delitos". Es entonces un "contrasentido" condenarlo por los mencionados hechos punibles "y afirmar al mismo tiempo que estas infracciones no las cometió con ocasión del servicio, ni por causa del mismo ni de funciones inherentes a su cargo".

Finalmente en respaldo de su tesis, cita jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Disciplinario y del extinguido Consejo Superior de la Judicatura, relacionada con el fuero que asiste a miembros de la Policía Nacional para ser juzgados por la Justicia Penal Militar y las circunstancias que ameritan dicho juzgamiento por esa jurisdicción especial, y solicita la casación del fallo para que se declare la nulidad del proceso desde el auto calificatorio y se ordene su reposición por la Justicia Penal Militar.

El Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se opone a la casación del fallo acusado. Enfatiza sobre los eventos que confieren el fuero a los miembros de la Policía Nacoinal para ser juzgados por la Justicia Penal Militar, y aclara que los delitos realizados por fuera de los supuestos de los artículos 37 y 18 del Decreto 2137 de 1983 son de conocimiento de la justicia ordinaria. Relaciona los factores que determinan la competencia especial para juzgar a tales empleados oficiales de acuerdo al artículo 306 del Código de Justicia Penal Militar y considera que la mención que esta norma hace a la índole de la solicitud, no necesariamente implica "que siempre que se cometa un delito donde exista abuso de la función o del cargo por parte del sujeto activo calificado como miembro de la Policía Nacional se de alguna de las hipótesis regiada por el artículo 18 del Decreto 2137 de 1983".

Para descartar que el comportamiento delictivo del oficial debía ser juzgado por la Justicia Penal Militar destaca que el delito que implica tal fuero, ha de ser cometido: "a) Con ocasión del servicio de policía; b) por causa del mismo servicio; c) por causa de funciones inherentes a ese servicio, y; d) cuando la policía tiene la obligación de intervenir frente a casos de su competencia de que tenga conocimiento", y con fundamento en el criterio que el Tribunal Disciplinario ha expuesto en relación a estas circunstancias (auto de enero 30 de 1984), concluye que "...habrá que admitir entonces que se puede abusar del cargo o de la función tanto dentro de los presupuestos del artículo 18 del Decreto 2137 de 1983, como por fuera de ellos. Porque una cosa es desviarse o excederse en las funciones propias del servicio, o con ocasión del mismo, y otra bien distinta pretextar su existencia para cometer delitos; realizar una conducta por causa de las funciones no es lo mismo que crearlas artificiosamente para fines ilícitos, o invocarlas de manera anormal, así sean ambas formas de abusar de ellas".

Acudiendo a la realidad de los hechos cometidos por el procesado estima que mediante el abuso de su cargo oficial dio lugar "a que se estructurase el delito de concusión", y sobre el particular menciona la diferencia jurisprudencial entre abuso de la función y abuso del cargo conforme a pronunciamiento de esta Sala del 31 de julio de 1984.

Consideraciones de la Sala:

El delito de concusión puede darse porque el empleado oficial abuse ya sea del cargo, o bien de las funciones propias del mismo, y mediante el constreñimiento del sujeto pasivo, o su inducción, a acceder a una prestación no debida, sea para él o para un tercero.

Si se trata de la concusión por abuso del cargo o de la investidura, no se requiere que el hecho sea ejecutado en desarrollo de la competencia funcional del agente del delito.

Lo que es objeto de reproche por la ley en este evento, es la indebida utilización de la preeminencia que conlleva el cargo público y del poder intimidante que de su abusiva manifestación resulta, para demandar de otro una exigencia a que no está obligado.

El abuso del cargo se convierte en el medio eficaz para la coacción a través de la cual el sujeto constreñido, ante el temor del desempeño arbitrario de la autoridad, accede a la prestación indebida. Se deduce entonces una intrínseca relación entre el abuso de la investidura, el constreñimiento, y la exigencia ilícita.

El caso que se estudia es claro exponente del abuso del cargo por parte del Oficial de la Policía Nacional subteniente Juan Jacinto Rodríguez Vega para la comisión del delito de concusión el cual se refiere este recurso de casación.

La evidencia procesal, prolija en detalles, enseña que para las cuatro y treinta de la tarde del 17 de septiembre de 1983 el oficial se hallaba en franquicia, pues había entregado turno en horas de la mañana en el Comando de la Policía Metropolitana de Medellín en donde laboraba, pese a lo cual, ataviado con su uniforme y acompañado de dos civiles y un agente de la Policía, sin estar en cumplimiento de misión oficial, luego de visitar el almacén en donde junto con otras personas se hallaba Mario Salazar y conducirlos a todos a dependencias del F-2 en cuya puerta dejó libres a la mayoría y retuvo —en su poder y fuera de la sede oficial— a Salazar, le exigió una crecida suma de dinero para dejarlo también libre y "tranquilo" e igualmente lo obligó a entregarle al civil de quien se hacía acompañar en esta ilícita tarea, el vehículo de su propiedad.

Descartado que el oficial se hallara en ejercicio de funciones, no admite dudas que las ilícitas exigencias con las que constriñó a Salazar fueron hechas con abuso de la investidura propia del cargo, y que su comportamiento tipificó el delito de concusión.

El fuero que asiste a los miembros de la Policía Nacional para ser juzgados por la Justicia Penal Militar que circunscribe el artículo 308 del estatuto castrense depende, como reiteradamente lo ha dicho la Sala y lo recuerda en su atinado concepto el señor Procurador, de que el delito por el cual se procede sea cometido dentro de las circunstancias que prevé el Decreto 2137 de 1983, esto es, con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo. Si el oficial encausado no procedió en ninguno de los eventos mencionados, no lo cobija el privilegio formal en que apoya la incompetencia del juez el demandante, y por lo tanto el proceso en que se dictó la sentencia recurrida es plenamente válido.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la Repú-

blica y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

EMPLEADO OFICIAL

El artículo 48 del Decreto 1660 de 1978 señala que los funcionarios y empleados nombrados en la Rama Jurisdiccional gozarán de estabilidad hasta la terminación del período correspondiente, principio que tiene salvedad en el artículo 49 del mismo Decreto, en cuanto en forma perentoria dispone que el nombramiento DEBERA declararse insubsistente en los casos señalados en el artículo 8º

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

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 005.

Vistos:

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, si es del caso o no iniciar investigación penal en contra de los doctores *Luis Ramón Garcés Herazo, Ely Gómez Ortega* y *Nicolás Bechara Simancas,* Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (Chocó), en virtud de la denuncia formulada por el doctor *Juan Andrés Moreno Moreno.*

Hechos:

De conformidad con lo expuesto en la denuncia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (Chocó), designó en propiedad como Juez Promiscuo del Circuito de Riosucio (Chocó) al doctor Juan Andrés Moreno Moreno, mediante Acuerdo número 048 de fecha 28 de agosto de 1985, y para el período judicial que se iniciará el día primero de septiembre del mismo año.

Posteriormente, mediante Acuerdo número 050 del 8 de septiembre de 1985, el msimo doctor Moreno Moreno fue designado por encargo en el mismo empleo antes mencionado, habiéndosele dado posesión el día dieciséis (16) de los mismos mes y año.

Así las cosas, el designado ha debido solicitar la confirmación del nombramiento que le fuera hecho en propiedad, y para ello aportó las pruebas correspondientes, habiendo obtenido ponencia favorable para su confirmación. Pese a ello, la Corporación nominadora no confirmó el nombramiento de Moreno Moreno, y en su lugar revocó la designación a través del Acuerdo número 066 de fecha 15 de noviembre de 1985, aduciendo para ello las razones consignadas en el Acta de Sala

Plena de dicho Tribunal en su sesión de la misma fecha. Esta determinación fue considerada ilegal por el denunciante, quien en consecuencia formuló la respectiva denuncia penal.

Actuación procesal:

Fueron aportados por el denunciante, y luego autenticados previa confrontación con sus originales, la mayoría de los siguientes documentos:

Acuerdo número 048 de 28 de agosto de 1985, por el cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (Chocó), eligió, para el período que se iniciará el día primero (1º) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), como Juez Promiscuo del Circuito de Riosucio, en propiedad, al doctor Juan Andrés Moreno Moreno, Acuerdo que fue debidamente suscrito por los Magistrados Nicolás Bechara Simancas, Ely Gómez Ortega, Luis Ramón Garcés Herazo y Tito Díaz Algarín.

Acuerdo número 066 de 15 de noviembre de 1985, emanada igualmente de la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en el cual se consignó textualmente:

> "*Artículo sexto.* Se revoca el nombramiento del doctor Juan Andrés Moreno Moreno, como Juez Promiscuo del Circuito de Riosucio (Chocó), de conformidad con las consideraciones que hizo la Sala Plena de la Corporación, en su sesión del día 15 de los corrientes, y en su lugar, se encarga del mismo despacho judicial al Secretario señor Guillermo Romaña Guzmán, a partir del 20 del mismo y año (sic)".

Acta de la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó (Chocó) de su sesión del día quince (15) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), de la cual podemos extractar las siguientes consideraciones con relación al asunto que ocupa la atención de la Sala:

> "...los señores Magistrados Ely Gómez Ortega, Ramón Garcés Herazo y Nicolás Bechara Simancas manifestaron que: Después de haberse elegido al doctor Moreno Moreno, ellos se informaron de algunos comportamientos inmorales del citado profesional en cumplimiento de sus funciones como Juez de Instrucción Criminal radicado en Bahía Solano, cargo que venía de ejercer, concretamente con lo relacionado con el decomiso de unas canecas de éter, y que por esta razón después de haber hecho algunas indagaciones verbales a personas honorables y serias del lugar donde ocurrieron los hechos y se desempeñaba como juez, llegaron a la convicción moral de que el citado doctor se hallaba inhabilitado para desempeñar el cargo de juez por llevar vida pública incompatible con la dignidad de este empleo. Manifestaron estos mismos Magistrados que, en consecuencia, de conformidad con el artículo 66, inciso 3º del Decreto 1660 de 1968 (sic) en concordancia con el artículo 8º, ob., cit., el Tribunal deberá negar la confirmación del Juez Promiscuo del Circuito de Riosucio solicitada por el doctor Juan Andrés Moreno Moreno, en vista de que este abogado no logró

acreditar con su comportamiento personal a través del cargo de juez que venía desempeñando que reúne los *requisitos y calidades* para ser confirmado en el nuevo cargo para el que se designó en momento en que aún no habían trascendido sus actuaciones inmorales, pero que lo colocan ahora en ineptitud para ser juez, conforme la convicción íntima y subjetiva que ellos tienen...".

Acta de la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, correspondiente a su sesión del seis (6) de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), en la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el denunciante Moreno Moreno contra el Acuerdo que revocó su nombramiento en propiedad como Juez Promiscuo del Circuito de Riosucio, en la cual el Tribunal consigna las razones por las cuales no repone su decisión, aduciendo al efecto que la conducta amoral que se conociera del nombrado Moreno Moreno con posterioridad a su designación como juez, es base suficiente para mantener la decisión atacada, y respalda sus aseveraciones, además, en providencia del Consejo Superior de la Judicatura de nueve (9) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), transcrita en parte en el acta mencionada.

Oficio de fecha seis de diciembre de 1986 (sic), suscrito por el Magistrado Luis Ramón Garcés Herazo y dirigido al doctor Nicolás Bechara Simancas, Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, y a los demás Magistrados del Tribunal, en el cual afirma:

"Muy comedidamente y conforme los acontecimientos que culminaron con la revocatoria del nombramiento del doctor Juan Andrés Moreno Moreno, como Juez Promiscuo del Circuito de Riosucio (Chocó), me permito rendir por escrito las informaciones que recibí de algunas personas residenciadas en Bahía Solano, en referencia con la conducta del citado funcionario cuando se desempeñó como Juez de Instrucción Criminal en aquel lugar. Estas informaciones me permití exponerlas verbalmente durante el transcurso de la Sala Plena que determinó tal decisión".

Las informaciones a que se refiere el Magistrado, hacen referencia al dicho de varias personas, según las cuales el nombrado Moreno Moreno desplegaba actitudes sospechosas con relación a los procesos que él instruyera relacionados con tráfico de estupefacientes, e incluso la de alguna persona que afirmó que este mismo doctor recibió una suma de dinero de manos de traficantes en narcóticos, a cambio de entrabar una investigación.

Igualmente se recibieron declaraciones juradas aportadas por el denunciante, en las cuales habitantes del municipio de Bahía Solano dan cuenta de la magnífica reputación que en aquella ciudad tiene el propio denunciante, a quien no observaron conducta delictiva alguna. Así mismo se aportaron copias de los documentos proporcionados por Moreno Moreno ante el Tribunal correspondiente acreditando los requisitos propios para su confirmación como Juez Promiscuo del Circuito, algunas comunicaciones de nombramientos anteriores, y el escrito en donde él mismo interpone el recurso de reposición contra el Acuerdo del Tribunal que revocó su nombramiento.

Dentro de estos últimos documentos, se encuentran explicaciones convincentes según las cuales el doctor Juan Andrés Moreno Moreno no tuvo vinculación alguna con el decomiso de unas canecas de éter que se realizara en Bahía Solano, porque para la época de la incautación el doctor Moreno Moreno se encontraba disfrutando de un período de vacaciones que el mismo Tribunal de Quibdó le había concedido según Resolución número 022 de 23 de abril de 1984.

Consideraciones de la Corte:

Las regulaciones legales que regían para la época de los hechos denunciados la designación de funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, están contenidas en el Decreto 1660 de 1978. Esta compilación, es precisa al señalar los requisitos y condiciones que se deben cumplir para la designación de los funcionarios. Al respecto, el numeral 8º del artículo 8º del mencionado Decreto, enseña:

"Artículo 8º No podrán ser designados como funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público o de las direcciones de instrucción criminal, a ningún título:

1.....

8. Las personas respecto de las cuales exista la convicción moral de que no observaron una vida pública o privada compatible con la dignidad del empleo:

9....." *(subraya la Sala).*

Por su parte, el artículo 48 de la misma compilación señala que los empleados y funcionarios nombrados en la Rama Jurisdiccional gozarán de estabilidad hasta la terminación del período correspondiente, principio que tiene salvedad en el artículo 49 del mismo Decreto que en forma perentoria dispone que el nombramiento DEBERA declararse insubsistente en los casos señalados en el artículo 8º, entre otros.

El artículo 63 habla de la revocación del acto de provisión del empleo, señalando allí unas causales precisas dentro de las cuales no se encuentra enumerada en el ordinal 8º del artículo 8º ya citado; por su parte, el artículo 66, inciso final, dice que la confirmación solamente podrá negarse "cuando el designado no acredite adecuadamente el cumplimiento de los requisitos y calidades dentro del término correspondiente, o cuando de las pruebas señaladas en el artículo siguiente se establezca que el funcionario o empleado está impedido o inhabilitado para desempeñar el cargo".

Finalmente, el artículo 73 del mismo Decreto dispone que incurrirá en causal de mala conducta, quien confirme o posesione sin exigir o verificar los requisitos de ley.

Ahora bien, ante tan clara legislación, debe confrontarse la actuación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en razón a determinar si se infringió o no disposición de carácter legal, y el grado de tal violación, si ella se produjo.

Ante la expresa disposición contenida en el artículo 63 del Decreto que se analiza, no cabe duda que el Tribunal, en el caso que nos ocupa,

no habría podido hacer uso más que de la causal consagrada en el numeral 1º (error en la persona), porque las demás situaciones no se presentaron. Esta causal la alegó la Sala Plena del Tribunal al momento de resolver el recurso de reposición interpuesto por el denunciante, aduciendo al efecto que la Corporación se equivocó en cuanto a la designación de Moreno Moreno porque se pensaba, al momento de ella, que el abogado tenía una serie de cualidades que lo hacían elegible para el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Riosucio, cualidades que obviamente no poseía el nombrado, razón por la cual se afirma que hubo error en la persona. Esta argumentación, innecesaria y forzada del Tribunal, realmente no tiene cabida para casos como el que nos ocupa; en efecto, no puede confundirse el concepto de persona con el de personalidad, ya que el primero hace alusión a la identidad física y jurídica del sujeto designado para el cargo, y el segundo, por su parte, a sus condiciones éticas, morales y civiles de la persona.

No quiere decir lo anterior, sin embargo, que los Magistrados del Tribunal hayan incurrido en conducta delictiva. *El numeral 8º del Decreto 1660 de 1978 es muy explícito en cuanto señala que no podrán ser nombrados, a ningún título, como funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional, aquellas personas respecto de las cuales exista convicción moral de que no observan una conducta pública o privada compatible con la dignidad del empleo.* Esta convicción moral está acreditada dentro de las diligencias preliminares que se practicaron en este asunto, no solamente con el texto del acta de la Sala Plena correspondiente a su sesión del quince (15) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), sino con el oficio que el Magistrado Garcés Herazo dirigiera a los demás integrantes de la Corporación, documentos en los cuales existen bases suficientes para concluir que los integrantes del Tribunal tuvieron conocimiento de situaciones comprometedoras de la dignidad del juez designado, informaciones que fueron corroboradas por uno de ellos en forma personal a través de conversaciones con algunas personas para él reputadas dignas de crédito y de quienes hasta este momento es imposible sospechar de su parcialidad.

Lógicamente que todas las circunstancias que dan cuenta el oficio y el acta ya referidos, no fueron comprobados plenamente con medios probatorios formales, ello, sin embargo, no les resta validez porque la ley no exige esta clase de prueba, sino la convicción moral del nominador, la cual obviamente poseían los Magistrados hoy acusados. Ellos llegaron a la convicción que Moreno Moreno desarrollaba conductas indignas de un juez, y por ello era su obligación desligarlo de la función jurisdiccional para la que acababa de ser nombrado.

Por lo demás, Moreno Moreno aún no se hallaba desempeñando el cargo en propiedad, ya que solamente había sido designado, sin que se le hubiese confirmado como tal, y menos aún se había posesionado; es decir, simplemente tenía la vocación de desempeñar el cargo.

Ahora bien, el artículo 49 del Decreto 1660 de 1978 excepciona el principio general de la estabilidad laboral justamente, entre otros motivos, por causa de la conducta indigna del funcionario, en cuyo caso autoriza la declaratoria de insubsistencia del mismo. Siendo ello así, Juan Andrés Moreno Moreno no gozaba, al momento de la revocatoria de su nombramiento, de la estabilidad que lo ampara según la ley toda

vez que carecía de la confirmación y la posesión para aceptar plenamente a ese derecho; *por otra parte, si aún confirmado y posesionado puede ser declarado insubsistente su nombramiento ante la aparición de causales de indignidad, debe concluirse que con mayor razón puede revocarse su designación sin que se incurra en ilegalidad, máxime cuando los funcionarios que lo hicieron se ampararon en la causal consagrada en el artículo 8º del Decreto 1660 de 1978.*

Cabe recordar aquí lo que ya esta Corporación sostuvo en providencia de once (11) de abril de mil novecientos ochenta y cinco, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez:

> "La Corte ha sido muy enfática en aseverar que, una elección de jueces, suele comprometer la función del Magistrado en la misma forma en que la vincula el cumplimiento de su actividad jurisdiccional. En ambas debe proceder con rectitud, independencia e imparcialidad. En este cometido no se le puede exigir que prescinda de sus conocimientos, informaciones o reservas. El acto que cumpla en estas condiciones e inspirado en el noble fin de mejorar la administración de justicia, desechando lo que no se compadece con este propósito o apoyando lo que cree digno de respaldo, no es constitutivo de infracción alguna, penal o disciplinaria, y menos traduce circunstancia inhabilitante para conocer de procesos futuros en los cuales el candidato objetado o rechazado aparezca como parte en él".

Al Tribunal lo obligaba, pues, la disposición del artículo 73 del Decreto 1660 de 1978, relacionada con el deber de verificar el cumplimiento de los requisitos de orden legal para confirmar al denunciante Moreno Moreno en el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Riosucio; ello fue lo que hizo, a través de las averiguaciones personales que al respecto hiciera uno de sus integrantes, y al descubrir que la conducta del designado no era la exigida por la ley para el desempeño del cargo, hizo bien en revocar el nombramiento para bien de la justicia y para conservar incólume la dignidad de los funcionarios. En consecuencia, la conducta denunciada no constituye infracción penal alguna, y por ello la Corte se abstendrá de iniciar investigación.

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

Resuelve:

Abstenerse de iniciar investigación penal en contra de los doctores Luis Ramón Garcés Herazo, Ely Gómez Ortega y Nicolás Bechara Simancas, Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó.

En firme esta providencia, *archívese* el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL

Frente al numeral 7º del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984, es competente para resolver sobre la excarcelación el funcionario que esté conociendo del proceso

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

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*.

Aprobado Acta número 005.

Vistos:

El procesado *Santiago Monsalve González* solicita el beneficio de libertad provisional con fundamento en lo preceptuado en el numeral 8º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal por ser mayor de 70 años y la suspensión de la detención por hallarse en grave estado de salud como lo pueden determinar los médicos oficiales.

Respecto de la primera petición se ordenó oír el concepto del Ministerio Público y en vista que antecede el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, es partidario que se resuelva en forma favorable, pero con extremas condiciones de garantía de comparecencia al proceso, dada la personalidad del procesado y la gravedad del hecho a él imputado, en razón de la decisión adoptada por la Corte en fallo de 29 de octubre último mediante la cual se declaró la nulidad de la actuación a partir del auto calificatorio del sumario, inclusive.

Consideraciones de la Corte:

Tres aspectos diferentes, pero todos encaminados a la liberación provisional del procesado, debe analizar la Sala para decidir sobre su procedibilidad.

1º El artículo 673 del Código de Procedimiento Penal faculta al juez para ordenar el aplazamiento de la ejecución de la pena, cuando el sentenciado se hallare atacado de grave enfermedad.

El Instituto de Medicina Legal, Seccional de Quibdó, respecto del estado de salud del procesado Monsalve González, indica que "presenta regulares condiciones generales, senilidad aparente. TA. 120/90. Pulso: 80 por minuto. Boca edentula parcial. Ojos: Arco senil bilateral, cataratas incipientes. Pulmones: Buena ventilación. Corazón: Ruidos cardíacos rítmicos sin soplos. Abdomen: Blando depresible sin megaleas

ni masas", es decir, que no padece enfermedad grave como lo exige la norma para que sea procedente el aplazamiento de la ejecución de la pena o de la detención.

2º El numeral 8º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal (art. 44 de la Ley 2ª de 1984), tiene previsto como motivo de excarcelación provisional, "cuando el sindicado fuere mayor de dieciséis (16) años o menor de dieciocho (18), o cuando hubiere cumplido setenta (70) años de edad, siempre que su personalidad y la naturaleza y modalidades del hecho punible hagan aconsejable su libertad".

En el mismo dictamen a que se hizo referencia anteriormente, se dice que "examinado y desde el punto de vista piloso y dental, refleja una edad cercana a los 75 años".

No obstante que el Instituto de Medicina Legal considera que el procesado tiene edad superior a los 75 años, tal como lo puntualizó el señor Procurador Delegado en lo Penal, no es éste solo factor el que debe tener en cuenta el juzgador para otorgar o negar el beneficio de excarcelación con fundamento en la norma citada.

Es preciso determinar, además, si la personalidad, la naturaleza y las modalidades del hecho punible, hacen aconsejable su liberación.

En el presente caso, a Santiago Monsalve González se le sindica del delito de homicidio en la persona de Alberto de Jesús Montoya y lesiones en la persona de Haldy Mosquera Orejuela. El Tribunal Superior de Quibdó, mediante sentencia de 23 de octubre de 1985 lo condenó a la pena privativa de la libertad de 25 años de prisión, decisión que fuera recurrida en casación por el defensor de su compañero de causa Leopoldino Arias Machado.

Como la investigación trata de varios delitos "... de gravedad mayor, reveladores de una gran capacidad de violencia por parte de los asaltantes, originados en móviles de lucro, realizados con preparación previa, aprovechando las horas de la noche y la calidad despoblada de la carretera donde se ejecutaron...", resulta improcedente el beneficio de libertad provisional al tenor del numeral 8º del artículo 453 del estatuto procesal penal, pues la personalidad del procesado es indicadora del necesario tratamiento penitenciario.

3º La Corte en providencia de 29 de octubre de 1986, declaró la nulidad del proceso a partir del auto de calificación del mérito del sumario, inclusive, la que fuera propuesta por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, ya que las graves irregularidades observadas en el auto de proceder, atentan no solamente contra la seguridad jurídica y los intereses de la justicia, sino que limitan la acción de defensa de los procesados, como se dejó ampliamente consignado en las consideraciones de la Sala en la decisión anotada.

El numeral 8º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, antes de entrar en vigencia la Ley 2ª de 1984, establecía como causal de excarcelación provisional, el vencimiento del término legal para la calificación del mérito del sumario. Sin embargo, el juez del conocimiento y solamente él, tenía competencia para decidir sobre este motivo de libertad provisional, pues, de llegar a la conclusión de la existencia

de prueba idónea para residenciar en juicio criminal al procesado, podía negar la excarcelación y declarar cerrada la investigación, con la obligación de calificar el mérito del sumario con auto de proceder dentro del término improrrogable de ocho (8) días contados a partir del vencimiento del que disponían las partes para presentar sus alegatos de fondo.

Hoy, bajo la vigencia del artículo 44 de la Ley 2ª que se modificó el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, la causal antes reseñada, sufrió sustancial modificación.

En efecto. El numeral 7º tiene prevista como causal de excarcelación provisional, "...Cuando vencido el término de ciento veinte (120) días de privación efectiva de la libertad del procesado, no se hubiere calificado en mérito del sumario.

Como la declaratoria de nulidad por parte de la Corte abarca la calificación del mérito del sumario y tal decisión se halla ejecutoriada, el procesado es acreedor al beneficio que contempla la citada disposición. *Frente al numeral 7º del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984, es competente para resolver sobre la excarcelación el funcionario que esté conociendo del proceso, pues, la condición prevista en la anterior legislación, no fue contemplada en la nueva ley, es decir, resulta motivo de excarcelación de mérito exclusivamente objetivo, sin consideración a la gravedad de la infracción, la personalidad del detenido o la existencia de prueba idónea para comprometerlo en juicio criminal.*

En síntesis, resulta viable la liberación del procesado al tenor del numeral 7º del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984, previa caución prendaria por la suma de cuarenta y un mil pesos ($ 41.000.oo) y la suscripción de la diligencia de buena conducta de que trata el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él,

Resuelve:

1º *Conceder* al procesado Santiago Monsalve González el beneficio de libertad provisional previa caución prendaria por la suma de cuarenta y un mil pesos ($ 41.000,oo) que depositará a favor del Juzgado Segundo Superior de Quibdó y la suscripción de la diligencia de buena conducta de que trata el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal.

2º Satisfechos los anteriores requisitos se librará la correspondiente orden de excarcelación con la advertencia de que sólo producirá sus efectos en el evento de que Santiago Monsalve González no se halle solicitado por otra autoridad en razón de asunto diferente.

3º *Negar* el aplazamiento de la ejecución de la pena y la excarcelación con fundamento en el numeral 8º del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984.

4º Para el cumplimiento de esta providencia se comisiona al Juez Segundo Superior de Quibdó a quien se le librará la correspondiente comunicación telegráfica.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

NULIDAD LEGAL

No constituye nulidad legal la omisión de la notificación del auto que declara cerrada la investigación, porque el legislador no la ha consagrado expresamente como causal de este género, y, solamente tendría la virtualidad de asumir la calidad del yerro alegado como vicio de carácter supralegal, en la medida que tal irregularidad constituya un factor determinante del fallo atacado en casación, como para pensar que, de haberse cumplido tal ritualidad el sentido de la sentencia hubiere sido distinto

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

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 5.

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín en providencia de junio 21 de 1984 confirmó integralmente la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado 17 Penal del Circuito de esta ciudad, en virtud de la cual, condenó entre otros a *Luis Carlos Gutiérrez Peña* a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión y a las accesorias de ley por el delito de hurto. El procesado interpuso recurso de casación contra el fallo de segunda instancia que fuera concedido por el *ad quem* y declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda que se declaró ajustada a los requerimientos formales establecidos por el legislador y recibido el concepto del Ministerio Público, se procede a resolver, estando la actuación reconstruida en lo indispensable.

Hechos:

Ocurrieron en la noche del tres de abril del año mil novecientos ochenta y uno en la carrera 53 número 53-1-3 y específicamente en el almacén "Jaigo" de la ciudad de Medellín, donde varias personas mediante el empleo de violencia, se apoderaron de bienes existentes en el lugar, entre ellos estimable cantidad de mercancía y dinero en efectivo por un valor aproximado al millón de pesos (fls. 1 y ss.).

Actuación procesal:

1º La investigación fue iniciada por el Juzgado 5º de Instrucción Criminal de Medellín que practicó las diligencias tendientes al escla-

recimiento de los hechos materia de la averiguación, escuchó en indagatoria a los implicados y profirió auto de detención en su contra, tal como aparece respecto de Luis Carlos Gutiérrez Peña en providencia de mayo 26 de 1981 (fls. 39 y 99).

2º El conocimiento del proceso con posterioridad al levantamiento del estado de sitio en todo el territorio nacional (Decreto 1674 de 1982), se atribuyó al Juzgado 17 Penal del Circuito que en calificación de agosto 19 de 1982 dictó auto de proceder contra Claudia Cecilia Mazo Fernández, Antonio José Gaviria Vásquez (a. Toño), Oscar Londoño Sánchez, Francisco José Puerta (a. Pacho) y Luis Carlos Gutiérrez Peña por el delito de hurto; contra Rubén Darío Roldán Machado por el delito de encubrimiento, a la vez que con relación a los mismos hechos sobreseyó temporalmente en favor de Jorge Londoño Sánchez, Eugenio Enrique Marín o Carlos Enrique Serna y Luis Emilio Larrea Alzate o José Wilmar Ruiz (fl. 212).

3º Tramitada la causa, el 14 de febrero de 1984 se celebró audiencia pública, y, finalmente, en marzo 27 siguiente se profirió sentencia de primer grado en la cual se condenó a los acusados por los delitos materia del procesamiento, siendo tal determinación apelada y confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Medellín (fls. 313 y 370).

La demanda de casación:

Dentro del marco de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, considera el demandante que la sentencia atacada se profirió en juicio viciado de nulidad constitucional por cuanto a su asistido Luis Carlos Gutiérrez Peña, no se le notificó el auto que cerró la etapa sumarial pese a encontrarse privado de la libertad, en desarrollo de lo cual razona de la siguiente manera:

"...se desconocieron garantías procesales de importancia, se desfiguró el esquema lógico del proceso...la falta de notificación del auto de clausura, es un claro desconocimiento del derecho de defensa. Mi defendido no se enteró de que el proceso había pasado de la jurisdicción castrense a la ordinaria. Tampoco se enteró del cierre de la investigación. No se le advirtió que tenía un término para formular alegaciones pertinentes. Desde el punto de vista técnico tampoco se le notificó el auto de proceder. Se vulneró, en síntesis el artículo 26 del texto constitucional, al desconocer el esquema lógico del proceso y el derecho de defensa. Se dejaron de aplicar los artículos 179 y 184 del Código de Procedimiento Penal (fl. 12, cuaderno de la Corte)".

Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Corte:

La Sala comparte en todo las apreciaciones del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, por las siguientes razones de orden jurídico y legal:

Se entiende por notificación el conocimiento oficial que se hace a las personas que pueden intervenir en la actuación penal, de las resoluciones judiciales.

En el procedimiento penal colombiano se notifican de manera obligatoria los autos interlocutorios y las sentencias, así como las siguientes providencias de trámite o impulso procesal: La que declara cerrada la investigación, la que abre el juicio a prueba, la que ordena la práctica de pruebas en el juicio, la que ordena el sorteo de jurados de conciencia, la que señala fecha y hora para celebrar la audiencia pública (art. 179) y las demás que expresamente establece el legislador a lo largo del articulado.

De conformidad con el artículo 180 del citado ordenamiento, las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al Ministerio Público se harán en forma personal. Al procesado que no estuviere detenido y a los apoderados y defensores, se harán personalmente si se presentaren a la secretaría dentro de los dos días siguientes al de la fecha de la providencia, y, por edicto las sentencias o los autos por estado, cuando pase dicho término sin que pueda efectuarse la notificación personal.

En este caso, el Juzgado 17 Penal del Circuito de Medellín en providencia del 26 de julio de 1982 se abstuvo de conceder la libertad solicitada por el sindicado José Antonio Gaviria Vásquez, y, simultáneamente por encontrarse vencido el término de instrucción, declaró en la misma, cerrado el ciclo investigativo, esta determinación le fue notificada personalmente al Fiscal del Circuito y al memorialista Gaviria Vásquez, así como por estado a los demás sujetos procesales. Resulta evidente que tal decisión no se publicitó a Luis Carlos Gutiérrez Peña, quien, como era del conocimiento del juzgador de primera instancia, se encontraba privado de la libertad por razón de otro proceso, lo cual, hacía obligante, la aplicación de los artículos 179 y 180 citados, en concordancia con el 184 *ibidem*, para que, el acusado, enterado de lo dispuesto por la oficina judicial, presentara las manifestaciones de inconformidad que estimara pertinentes y estuviera enterado oportunamente de la facultad de elevar las correspondientes alegaciones precalificatorias del sumario.

No obstante lo anterior, Gutiérrez Peña en escrito dirigido al juez de primer grado y estando a tiempo para presentar el respectivo alegato de conclusión, designó apoderado que en la misma fecha fue posesionado con las formalidades legales. Ni aquél ni éste hicieron petición alguna acerca de la forma como debía orientarse la calificación sumarial, lo cual unido a lo anterior conduce a demostrar que, renunciaron a dicha facultad e igualmente que el incriminado muy distinto a lo afirmado por su representante en casación, sí sabía que el proceso había pasado de la justicia castrense a la ordinaria con ocasión del restablecimiento del orden público y el levantamiento del estado de sitio decretado por el Gobierno en todo el territorio nacional, por virtud del Decreto 1674 de 1982.

También es cierto que, calificado el sumario con auto de proceder en la forma que ya se indicó, de su contenido se enteró sin reserva el procesado de la referencia, y, fue así, como precisamente a través de un claro ejercicio de sus derechos frente a la ley, designó defensor y suscribió memoriales donde a través de un análisis de la prueba, que ratificara luego en el curso de la audiencia pública, destacó su inocencia y derecho de recobrar la libertad.

Ahora bien, como la notificación de un auto o providencia tiene como finalidad hacer conocer al interesado el estado en que se encuentra el proceso y las decisiones que han recaído en el mismo para que adopte las medidas que aconseje su interés y su defensa, es elemental entender en este caso que si bien la publicidad del cierre de la investigación no se cumplió respecto al procesado dentro de los específicos cauces que determina la ley, si operó la misma a su apoderado con las debidas formalidades (por estado), y, al propio implicado de manera inobjetable, mediante actos cumplidos por el mismo que permiten concluir sin duda, que conocía el estado de la actuación en este preciso momento procesal, donde tuvo oportunidad de hacer conocer sus puntos de vista frente a la prueba y no lo hizo, ni personalmente ni a través de su abogado. Es claro así mismo, que en la etapa subsiguiente de la causa estuvo a todo momento protegido su derecho de defensa, al estar asistido permanentemente por un profesional del derecho, al tener la oportunidad de controvertir la prueba como de manera insistente lo hizo conjuntamente con su defensor, y, en fin al quedar rodeado por el estado con las mínimas garantías que hacen impertinente afirmar el quebrantamiento de sus derechos con el fallo impugnado.

No sobra agregar que, la omisión de la notificación del auto que declara cerrada la investigación, no constituye nulidad legal porque el legislador no la ha consagrado expresamente como causal de este género, y, solamente tendría la virtualidad de asumir la calidad del yerro alegado como vicio de carácter supralegal, en la medida que tal irregularidad se constituya en un factor determinante del fallo atacado en casación, como para pensar razonablemente que, de haberse cumplido tal ritualidad el sentido de la sentencia hubiera sido distinto.

No basta entonces, como lo hace el actor en la demanda, con afirmar que la omisión menoscabó los derechos del procesado ante la falta de aplicación de los artículos 179 y 184 del Código de Procedimiento Penal, sino que está obligado a demostrar en tal hipótesis, las razones jurídicas que sirven de fundamento a su afirmación, para que así el censor pueda demostrar el nexo de causalidad que existe entre el vicio alegado y el fallo condenatorio impugnado, pues no toda irregularidad, como ocurre en este caso, es suficiente para conculcar el derecho de defensa.

Por lo anterior, como la censura elevada por el demandante en nada incidió frente a la sentencia recurrida, y, por la mencionada falta de técnica de que adolece el escrito sustentatorio del recurso en cuyo texto no se hizo el menor esfuerzo por demostrar el cargo, este no puede prosperar. No se detendrá la Sala en el análisis de otras informalidades advertidas por el Ministerio Público, pues carecen de toda trascendencia para afectar la legitimidad de la decisión del Tribunal Superior de Medellín.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

1º COMPETENCIA TERRITORIAL

Sólo es posible recurrir a la vía de la colisión de competencias cuando en el proceso ya existe la prueba suficiente para determinarla

2º COMPETENCIA TERRETORIAL

La competencia a prevención regulada por la ley procesal penal en el artículo 42 constituye un trámite de excepción, que como tal, únicamente procede su aplicación para los tres eventos en él referidos, a saber: Cuando la infracción se cometió en varios lugares o en el extranjero o en sitio desconocido

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

Magistrado ponente; Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado Acta número 07.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a decidir de plano sobre la colisión de competencia trabada entre los Jueces Treinta y Seis y Sexto Penales del Circuito de Bogotá y Cali, respectivamente, quienes se han declarado incompetentes para conocer del proceso que por los delitos de fraude procesal y abuso de autoridad se sigue contra *Fabio Romero Rodríguez.*

Antecedentes:

1º Al conocer el Tribunal Superior de Cali del proceso contra Armando Guzmán Pinilla, dispuso compulsar copias para que se investigara penalmente la conducta del empleado de la Caja de Crédito Agrario, doctor Fabio Romero Rodríguez por irregularidades cometidas en la recepción de un testimonio en la ciudad de New York en el proceso administrativo que la citada entidad crediticia seguía contra el citado Guzmán Pinilla como gerente regional para el suroccidente colombiano.

2º Adelantadas algunas diligencias preliminares, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali mediante providencia de mayo 24 de 1986 se abstuvo de iniciar investigación contra Romero Rodríguez al considerar atípicas las conductas por las cuales el Tribunal ordenó compulsar las referidas copias.

Impugnada esta decisión por el denunciante fue revocada por el Tribunal al entender que posiblemente se podían configurar los delitos de fraude procesal y abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, pues si bien los elementos de juicio hasta ahora allegados no permitían colegir la plena configuración de estos hechos punibles, lo cierto era que esa dubitación correspondía decidirla mediante la apertura de investigación para que al adelantarla se pudiera establecer lo sucedido.

3º Recibidas las diligencias por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali, por auto de 19 de agosto de 1986 decidió remitirlas al Juzgado Penal del Circuito (Reparto) de Bogotá por "competencia territorial".

4º Repartido el sumario al Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de esta ciudad, por decisión de octubre 15 del año en cita se declaró incompetente para conocer del mismo y resolvió devolverlo al juzgado remitente proponiéndole colisión de competencia negativa al considerar que por mandato del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal que regula la competencia a prevención era al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali a quien le correspondía continuar conociendo del proceso, pues es quien recibió la denuncia.

5º Al considerar el precitado Juzgado de Cali que el planteamiento del Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá no era acertado, toda vez que la competencia preventiva únicamente tiene como fin el evitar que en un momento determinado no exista juez que conozca de un proceso, pero que en el momento en que se pueda determinar la competencia le corresponde a ese funcionario continuar conociendo de la investigación, por auto de 4 de diciembre de 1986, se declaró incompetente para conocer de este proceso, no aceptó la colisión negativa de competencia propuesta, dispuso remitir el expediente a esta Corporación para que dirima el conflicto y ordenó continuar con la investigación de conformidad con lo dispuesto por los artículos 71 y 72 del Código de Procedimiento Penal.

6º Los hechos objeto de controversia por parte de los referidos jueces para declararse recíprocamente incompetentes para conocer de este proceso, si bien en principio se presentan confusos en el voluminoso expediente, necesario es delimitarlos al objeto a que se contrae las copias compulsadas, pues los restantes son objeto de la otra investigación.

Así resulta claro que aquí se trata de investigar la conducta del doctor Fabio Romero Rodríguez cuando valiéndose de la calidad de investigador de la Caja de Crédito Agrario, sin fundamento legal alguno, solicitó por escrito a la directiva de esa entidad se lo comisionara a la ciudad de New York para recepcionar un testimonio en el proceso disciplinario que se seguía contra Armando Guzmán Pinilla.

Al solicitar dicha comisión solicitó, igualmente, se hiciera extensiva al doctor Heriberto Herrera Miranda, arguyendo para esto, que este profesional era quien lo venía sirviendo de secretario en las demás diligencias practicadas en aquella investigación disciplinaria.

Consideraciones de la Corte:

1º *Reiterativa ha sido la Sala últimamente para insistir sobre la cautela y serenidad que deben tener los jueces al proponer la colisión de competencia, pues este excepcional procedimiento no se encuentra estatuido como fácil expediente para obviar el conocimiento de un proceso, sino como medio para garantizar la legalidad del juzgamiento evitando una arbitraria asignación de competencia que pueda atentar contra la recta administración de justicia.*

2º *De ahí que sólo sea posible recurrir a esta vía cuando en el proceso ya exista la prueba suficiente para determinar la competencia, pues mientras esto no suceda carece de fundamento afectar el trámite proponiendo colisiones cuando la investigación está por adelantarse y por ende, las pruebas por practicar pueden hacer variar la inicial determinación.*

Un tal actuar apresurado bien puede atacar la seguridad jurídica del juzgamiento, además de originar confusión y posibles vicios procesales cuando posteriormente se establezca que las nuevas pruebas son demostrativas de una competencia diversa.

3º En este proceso la investigación está por adelantarse, pero siendo necesario dirimir el conflicto de competencia planteado, con fundamento en las actuales pruebas, considera la Sala que la competencia radica en el Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá, cuya titular propuso la colisión negativa con un diáfano desconocimiento de los principios generales y básicos que rigen la competencia, existiéndole, por tanto, plena razón al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali. En efecto:

a) Como ya se dijo, *la competencia a prevención regulada por la ley procesal penal en el artículo 42 constituye un trámite de excepción, que como tal únicamente procede su aplicación para los tres eventos en él referidos, a saber: Cuando la infracción se cometió en varios lugares o en el extranjero o en sitio desconocido;*

b) *Este expreso y taxativo mandato no permite, además por su claridad, que el juez por vía de interpretación involucre otras situaciones, debido a que para los demás casos deben aplicarse las normas generales sobre competencia;*

c) *Así si en un proceso, como sucede en éste, aparece un factor determinativo de competencia, no interesa que la denuncia haya sido presentada ante otro funcionario o que él haya sido que abrió la investigación, pues estas actuaciones no le confieren competencia cuando se sabe en qué lugar se cometió el hecho punible o cuando menos, se realizaron actos antijurídicos que independientemente pueden constituir delito o parte constitutiva del que se consumó en el exterior;*

d) *En estos casos impera tener en cuenta los factores que normalmente fijan la competencia porque las soluciones establecidas en el artículo 42 precitado no se pueden aplicar desconociendo los supuestos concretados en la misma disposición, es decir, que se debe escoger entre varios jueces aquél donde primero se formuló la denuncia, o que primero inició la investigación, y, en igualdad de circunstancias, el del*

lugar donde primero se haya aprehendido al procesado únicamente si la infracción se cometió en varios lugares o en el extranjero o en sitio desconocido, pero si el sitio es conocido es al juez de ese lugar a quien le corresponde conocer del proceso;

e) Claro resulta en esta investigación que fue en Bogotá donde Fabio Romero Ramírez, presentó la solicitud de la comisión y en la ciudad de New York donde ilegalmente recepcionó el cuestionado testimonio; por tanto en nada influye la circunstancia de que el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali haya sido quien abrió la investigación, pues, se insiste, este factor tendría insidencia si no se encontrare establecido el lugar donde el sindicado realizó dicha conducta.

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

Resuelve:

1º *Dirimir* el conflicto de colisión de competencia negativa suscitado entre los Jueces Treinta y Seis y Sexto Penales del Circuito de Bogotá y Cali, respectivamente, asignando a el primero de los nombrados el conocimiento de este proceso.

2º *Disponer* que por la Secretaria de la Sala se remita copia de esta providencia al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali para los fines pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

1º NULIDAD SUPRALEGAL

1º Aludir a un fenómeno de "calificación incompleta", para reflejar la misma, mediante la nulidad supralegal, en quebranto del debido proceso, es faltar a la entidad que se reconoce a este motivo de anulación y desentenderse del contenido de las piezas procesales

2º CONCURSO

La adulteración dolosa de documentos públicos utilizados para la comisión de posteriores acciones delictuosas o para encubrir las cometidas, no conduce a la absorción de todos esos comportamientos en una sola conducta criminosa, sino en la aparición indefectible del concurso delictivo

3º NULIDAD

La falta de consideración de ciertos hechos o de algunas personas (delitos o procesados), ya en el sumario, ya en el auto de cargos o en las sentencias, no genera más que una irregularidad y la forma de remediarla es ordenar la expedición de copias o el aprovechamiento del duplicado, sin que constituya argumentación válida el abandono del sistema de la acumulación jurídica de penas o el desconocimiento de las competencias

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

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 07.

Vistos:

Pedro José Niño Ortiz, en sentencia de 12 de diciembre del año próximo pasado, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, fue condenado a treinta (30) meses de prisión, así como a las accesorias pertinentes, al encontrársele responsable del delito de "concusión".

El recurso se admitió en proveído de 29 de abril del año en curso y la demanda, presentada por el Fiscal 4º de la aludida Corporación,

como impugnador, se declaró ajustada a las formalidades legales, en auto de 8 de julio del citado año.

La Procuraduría Delegada, se abstuvo de ejercer la prerrogativa consagrada por el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos:

De la sentencia acusada, se extracta:

"Pedro José Niño Ortiz administrador de 'Emposan' en el Municipio de El Playón, durante el periodo comprendido entre septiembre de 1982 y noviembre de 1983, abusando del cargo cobraba a los usuarios sumas superiores a las debidas por la prestación del servicio de instalación de la red de acueducto, apropiándose del excedente. Descubierto tal comportamiento, el Gerente de 'Emposan' denunció penalmente a Niño Ortiz ... 3. El cargo de administrador seccional en el Municipio de El Playón, desempeñado por José Niño Ortiz, le exigía realizar en procura de la instalación del servicio de acueducto a los interesados, el estudio técnico correspondiente, la fijación de las tarifas conforme a los avalúos catastrales de los inmuebles, la aprobación de la matrícula, disposición de la obra y cobro al particular de los costos de la misma, debiéndose ceñir por esto último a las tarifas de servicios públicos señaladas en la Resolución número 018 de 18 de abril de 1978 y a las listas de precios para tuberías y materiales de construcción fijados por la empresa (fls. 53 y 93).

"4. Al cobrar el dinero correspondiente al valor de los costos de instalación del servicio de acueducto, el procesado debía expedir recibos en talonarios de la empresa y que se distribuían conforme consta en autos, el original para el usuario, la copia amarilla para 'Emposan S. A.' y 'rosada' para los archivos locales de la empresa en El Playón.

"5. Se comprobó que Pedro José Niño Ortiz, cobró a algunos de los usuarios del servicio, sumas superiores a las que realmente debían pagar, quedándose para sí la diferencia, tal como se desprende de la confrontación de los recibos originales con las copias que estaban en poder de la empresa.

"6. Para efectos de rendir cuentas a 'Emposan' el procesado utilizaba el siguiente procedimiento con el que habitualmente pretendía ocultar su conducta: Sobre el recibo original que entregaba al cliente colocaba el valor cobrado y efectivamente pagado por el usuario y posteriormente elaboraba las copias 'amarilla' y 'rosadas' en las que colocaba el valor real del servicio conforme a las tarifas establecidas por la empresa ...Anótese además, que de la observación directa de estos comprobantes (fls. 12 a 32) el recargo indebido era aplicado al concepto de mano de obra".

La demanda:

Dos cargos se dirigen contra la sentencia ameritada:

1. Nulidad del juicio realizado (causal 4ª, art. 580, C. de P. P.).

Se precisa, a este respecto, un error en la denominación jurídica de la infracción —art. 210-5, C. de P. P.—, pues al procesado se le vocó

a juicio para responder de un delito de "concusión" cuando la calificación acertada debió ser la de falsedad ideológica en documento público, agravada —arts. 219 y 222 del C. P.—, lo cual incidía tanto en la aplicación de la pena como en la determinación del funcionario competente para aplicarla en primera instancia, puesto que el conocimiento de este delito está atribuido a los jueces superiores y no a los de circuito, como realmente aconteció, en virtud de esta errada valoración.

Recuerda el censor que la falsedad en documento público es conducta de peligro que se estructura por el solo hecho de la *"editio falsi"*, sin necesidad de su uso. Además, "el delito de falsedad goza de plena autonomía estructural sin que pueda ser subsumido como elemento estructurante de otro delito, y mucho menos por otra figura de menor entidad jurídica como la concusión, invirtiéndose el principio general de que lo menor sigue a lo principal y que el grande absorbe al menor.

"Si se comete una falsedad en documento público como medio para consumar otro punible, o 'con el fin de ocultar otras infracciones ya consumadas, evitando ser descubierto' —como dice el Tribunal— no quiere decir que los otros hechos punibles subsuman o absorban los 'hechos atentatorios contra la fe pública', formando un extraño ente complejo, porque lo que opera es la figura concursal de hechos punibles.

"Reiterando el comportamiento del justiciable recordemos que el ejercicio de la actividad administrativa, que le era propia, faltando a la verdad, maliciosamente facturaba los servicios que prestaba la administración por encima de las tarifas oficiales y luego para legalizar el contrato de prestación de servicios entre la administración y el usuario, expedía el recibo oficial en donde certificaba que la administración había recibido determinada suma de dinero que él consignaba retirando y apropiándose del exceso cobrado para lo cual elaboraba un recibo copia ajustado a la tarifa legal con los que elaboraba los cuadros o documentos de rendición de cuentas a la Tesorería.

"El Tribunal en la sentencia impugnada no profundizó ni explicó en lo más mínimo la esencia de la falsedad, pues se limitó a decir 'que el procesado mintió. Pero la mentira en el presente caso es la dinámica de la concusión', olvidando que no fueron simples mentiras en el aire sostenidas en la confianza que pudiera inspirar el administrador, sino vertidas o especificadas en los documentos públicos que constituyen los recibos expedidos, que no son cualquier papelucho, sino un verdadero contrato de prestación de servicios en donde se especifican los conceptos por los cuales se le pagó a la administración determinada suma de dinero, luego si se faltó a la verdad por el administrador en ese contrato de prestación de servicios, cobrando y recaudando dinero excediendo las tarifas oficales, no hay duda de que consignó una falesdad en esos documentos, pues no es cierto, que a la Tesorería de la administración hubiese ingresado el dinero que ellos certifican, ni que los valores allí discriminados por la prestación del servicio, sean los estipulados en las tarifas oficiales.

"De la misma manera los recibos de copias con los que se rindieron cuentas a la administración, consignan una falsedad, pues no es cierto que los valores allí descritos sean los cancelados por los usuarios, que cancelaron mayores valores. Así mismo los cuadros o documentos de

rendición de cuentas o de ingresos a caja consignan la falsedad sobre el monto de los recaudos que ascendían a sumas superiores por el mayor valor cobrado a los usuarios.

"Así las cosas, como el justiciable tenía la obligación perentoria de decir la verdad en todos los documentos oficiales que elaborara en razón de su función administrativa, incurrió en el delito de falsedad ideológica en documento público agravado por el uso al tenor del inciso 2º del artículo 223 del Código Penal.

"La tesis de la concusión que sostuvo el honorable Tribunal en la sentencia condenatoria, la Fiscalía la comparte y podría concursar con la falsedad, conforme la doctrina tradicional, si no fuese porque el legislador en el artículo 222, inciso 2º del Código Penal, a diferencia de lo que ocurre en otros países, para evitar las discusiones doctrinarias acabó con los concursos, dejándolo expresamente consignado en actas, para lo cual estableció una pena agravada hasta en la mitad cuando el que falsifique el documento es el mismo que lo usa".

2. Violación de las normas propias del juicio.

Si se desecha, dice el recurrente, la tesis de la existencia de un único delito (falsedad en documento), se debería admitir la realidad de un concurso heterogéneo de hechos punibles, entre el mencionado delito y el de concusión. Esto devendría en una "calificación incompleta del proceso, que viola el principio de la unidad procesal con las consiguientes garantías del debido proceso que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional y que genera la nulidad que sancionan los numerales 5º y 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal por la desatinada apreciación jurídica de los hechos".

De ahí que solicite, como consecuencia de la prosperidad del recurso interpuesto, la declaración de nulidad de lo actuado, a partir inclusive del auto de proceder, fechado el 30 de abril de 1985.

Razones de la sentencia impugnada

Sobre el particular se hacen las siguientes transcripciones:

Después de tenerse por realidad incontrovertible el delito de "concusión", el Tribunal comenta: "...Pero además de estar incursa tal conducta dentro del tipo penal de concusión, debe estudiar la Sala la posibilidad de concurrencia del tipo de falsedad ideológica en documento público (art. 219).

"Para resolver este asunto debe examinarse con detenimiento la segunda parte del comportamiento de Niño Ortiz, esto es, la elaboración de los recibos o comprobantes con destino a los usuarios y a la empresa. Recuérdese que el procesado elaboraba un recibo para el cliente en el que señalaba el valor efectivamente cobrado, al tiempo que los comprobantes destinados a la empresa incluían sólo el valor que debía cobrarse conforme a las tarifas aprobadas.

"La falta de correspondencia entre el comprobante de pago expedido al cliente y los librados con destino a 'Emposan', reflejan en el

sentir de la Sala la realidad innegable del delito de concusión, pero no conlleva la estructuración del delito de falsedad ideológica en documento público; obsérvese, aun cuando esto parezca paradójico, que el procesado a cada quien, al expedirle los respectivos comprobantes le dijo 'la verdad'; poniendo un ejemplo: Al usuario le dijo usted le pagó a la empresa la suma de $ 1.500.oo por concepto de la instalación de la red de acueducto, y a la empresa, ciñéndose a las tarifas aprobadas; 'Emposan' recibió del usuario la suma de $ 1.200.oo. Claro que el procesado mintió. Pero la mentira es en el presente caso de la dinámica de la concusión. Al afirmár que algo que valía un mil doscientos pesos, valía un mil quinientos pesos y por esa vía lograr inducir en error al usuario haciéndose dar por ello un dinero en forma indebida y por causa de sus funciones.

"Observa la Sala que si el procesado hubiese obrado correctamente, sin cometer el delito de concusión, los recibos con destino a la empresa hubieran sido exactamente iguales a los que hoy reposan en el expediente; claro que en tal hipótesis habría correspondencia entre tales recibos y el entregado al cliente y como esto no es así, ello nos demuestra con suficiencia y claridad la concusión pero no el delito de falsedad ideológica en documento público por el que aboga la Fiscalía de instancia.

"Se desecha por tales razones la concurrencia del delito de falsedad ideológica en documento privado (art. 219) y por ende, se considera improcedente la declaración de nulidad de lo actuado solicitada por el Ministerio Público...", el mismo que interviene como recurrente en casación.

Consideraciones de la Corte:

Ante todo hay que apuntar que los dos cargos se reducen a uno, esto es, la desacertada calificación jurídica de los hechos cometidos. *Aludir a un fenómeno de "calificación incompleta", para reflejar la misma, mediante la nulidad supralegal, en quebranto del debido proceso, es faltar no sólo a la entidad que se reconoce a este motivo de anulación, destinado a eventos de extrema y sensible gravedad, como también desentenderse del contenido de las piezas procesales objeto de consideración en el recurso (auto de proceder y sentencias de primero y segundo grados). Basta observar cómo la conducta del procesado se prestaba a múltiples interpretaciones: a) Concusión (interpretación del Tribunal); b) falsedad en documento público, en modalidad de agravado (solución la que más atrae al recurrente) y, c) concurso heterogéneo de falsedad en documento público y concusión. No fluye, pues, de manera fácil y uniforme, una apreciación que, de no aparecer en determinado sentido, haga de ésta una equivocación ostensible, inopinada y ajena a las más conocidas y aceptadas formas del pensamiento jurídico. Tomar una de esas señaladas alternativas y dejar sin razonamientos expresos las hipótesis desechadas, puede mirarse como un error, pero no tan patente, ni tan manifiesto como para suscitar cierta enojosa actitud de repudio. Al Tribunal le pudo bastar la motivación propia al delito de concusión, pues las razones apuntadas a este fin denotaban el porqué del alejamiento de otras figuras penales, tal la de la falsedad documental; pero el fallador de segundo grado fue más allá*

de esta exigencia y, conforme a lo ya transcrito, indicó las reflexiones por las cuales eliminaba el delito de falsedad documental. Que se esté de acuerdo con esta actitud intelectual o se tengan razones para contradecirla, no trueca la providencia en grado tal de imperfección, que llegue a resentirse el debido proceso al desconocer las partes intervinientes que se debatía, o se equivocase injustificadamente la determinación del juez competente, y, por mero capricho, negligencia o supina ignorancia, se dejase de lado el juzgamiento de una actividad delictiva, imprescindible en el juicio adelantado contra Niño Ortiz.

En este punto, en el de la nulidad constitucional, hay desenfoque en el recurrente. No sale bien librada la doctrina pacientemente elaborada en torno a estas invalidaciones de carácter supralegal y, antes bien, parece debilitarse, confundirse y servir propósitos muy diferentes a los que la originaron y mantienen su necesaria vigencia. Ciertamente, y conviene anotarlo aunque no sea el caso del señor Fiscal Cuarto del Tribunal de Bucaramanga, quien siempre se ha mostrado ajeno a estas flaquezas que se comentaran enseguida, *algunos juzgadores han dado en el perjudicial desacierto de acudir a las nulidades constitucionales para restarle eficacia a procesos complejos, muy dilatados en su investigación, muy trabajados en su controversia y muy esperados en su definición. Así lejos de contribuirse a una pronta y eficaz administración de justicia, se fomenta la impunidad y se siembra incertidumbre en los asociados en cuanto a la bondad que la debe caracterizar. La doctrina y la ciencia jurídicas se mal aplican y distorsionan y se las hace servir fines distintos y aparentándose una decisión rigurosamente técnica, sólo se consigue demostrar que no se quiso hacer justicia ni asegurar el triunfo de ésta. Mejor les vendría a esos, menos erudición y más sentido común, más imparcialidad y menos compromiso con los defensores o con la importancia de los acusados.*

En cuanto a la única censura que debe enfrentar la Corte, o sea, la nulidad del procedimiento por error en la denominación jurídica de los hechos, conviene advertir que algunos puntos de los relacionados inicialmente, resultan válidos a este fin. Pero se hace imprescindible agregar otras reflexiones.

Las razones del Tribunal para descartar el delito de "falsedad en documentos", no persuaden. Para éste, cuando se afirmaba documentalmente que se había recibido para "Emposan" la suma de $ 1.200.oo, no se faltaba y sí se obedecía a la verdad, porque esta era la cantidad que debía exigirse al usuario de sus servicios y la que, en definitiva y realmente, recaudaba esta entidad. No se daba, entonces, ninguna mutación de la verdad. Pero, en cuanto al recibo entregado al usuario, que determinaba la suma de $$ 1.500.oo, definitiva y realmente exigidos del suscritor y entregados por éste, tampoco se modificaba la verdad, porque ese dinero era el exigido, aunque mediante concusión del funcionario, y el que pasaba a manos de éste. El documento entregado al usuario daba cuenta de esta realidad.

En la divergencia entre lo que decía el recibo del usuario y lo que decía el destinado a la contabilidad de la empresa, el Tribunal sólo advierte un comportamiento mentiroso, propio a "la dinámica del delito de concusión".

Lo que tiene de objetable esta tesis del Tribunal es en no entender que el delito de concusión, en el cual opera el metus potestae publicae, *puede ser ajeno a toda labor de documentación. El funcionario abusivo puede exigir, arbitrariamente, un dinero no debido y dejar de suministrar comprobación escrita de esta maniobra.*

Cuando se atestaba, en el documento destinado a la empresa, que se había recibido, en el ejemplo propuesto la suma de $1.200.oo, se escribía, como lo dice el Tribunal, una verdad, pero una verdad maliciosamente incompleta. En efecto, "Emposan" no recibía más que esta suma y su contabilidad se desarrollaba sobre esta cantidad, la única que tenía derecho a exigir y percibir; pero, al usuario se le tenía que decir esta misma verdad y no otra, o sea, que había pagado igual valor. Hay en esto una indisoluble unidad, una integración inseparable, so pena de implicar, su quebrantamiento, una falsedad documental. Original y copia, vale decir, el documento entregado al usuario y el destinado a la empresa, tenían que representar una misma realidad: Lo que la empresa tenía derecho a exigir y lo que realmente se exigía al usuario. Sólo así podía hablarse de respeto a la verdad, de no alteración de ésta. Era tan grave y tan refluyente en el ámbito del delito de falsedad escriturarla mudar los datos en uno y otro papel. La razón de ser de esta múltiple documentación, consistía en evitar que el usuario pagase de más o de menos y controlar al funcionario en la recepción de ese dinero, pues también podía obtener sumas mayores o inferiores, dándose por parte de la empresa o del usuario acciones de devolución o de cobro, según el caso, respaldadas por los pertinentes recibos (copia u original). Una es, pues, la actividad del funcionario respecto del usuario, y otra con relación a la empresa; pero son conductas interdependientes que al cotejarlas demuestran la alteración de la verdad, una inmutación consciente y con fines probatorios.

No es posible desentenderse de los efectos probatorios de esa múltiple documentación, que debía ser única e idéntica, pues tanto valía en desfiguración dolosa de ésta la reclamación del usuario para exigir la devolución de lo pagado de más, sin interesarle lo apropiado por el empleado concusionario, como la contraprueba de la empresa en entender que el documento presentado era falso y que según sus propios y auténticos recibos no había recaudado más que lo legalmente autorizado.

La doctrina dominante preconiza como tesis la de sostener que la adulteración dolosa de documentos públicos utilizados para la comisión de posteriores acciones delictuosas o para encubrir las cometidas, no conduce a la absorción de todos esos comportamientos en una sola conducta criminosa, sino en la aparición indefectible del concurso delictivo. Quien pecula y al mismo tiempo adultera la documentación oficial, no comete uno sino dos delitos; quien altera el documento y con él, enriqueciendo el tipo penal, como suele considerar la mayoría de esta Sala, proyecta, su actividad hacia terceros en cometidos estafadores, no incurre en una sino en dos infracciones; quien se apropia de algo que no le ha sido transferido como dueño y utiliza a este fin la inmutación documental, incurre en dos infracciones: Contra el patrimonio económico y contra la fe debida a los escritos.

La Sala ha creído necesario ahondar un poco en el análisis de la conducta del procesado y advertir su posible incidencia en el presunto delito de falsedad en documentos, pero lo ha hecho no para establecer conclusiones definitivas e incontrovertibles sino para fundamentar la necesidad de investigar este aspecto. La averiguación puede aportar elementos de convicción que desvirtúen este enfoque provisional e incluso llevar a inferencias distintas. No quiere ni ha pretendido la Sala señalar desde ahora un criterio inflexible sobre el particular ya que, conviene reiterarlo, los resultados de la indagación que se ordenará así como las reflexiones de los funcionarios llamados a intervenir en su definición, son los que fijarán a la postre la posición conceptual más justa y acertada.

Lo expuesto indica que debió tenerse en cuenta esta calificación de la conducta. Pero *la omisión no puede implicar un juicio adverso a la validez del proceso, al punto que sea necesario declarar que, a partir inclusive del auto de proceder, debe retrotraerse la actuación, y esto se afirma con base en la doctrina de la Corte, profusamente reiterada, que no deja de insistir en que la falta de consideración de ciertos hechos o de algunas personas (delitos o procesados), ya en el sumario, ya en el auto de cargos o en las sentencias, no genera más que una irregularidad de trámite que contradice la conveniencia de totalizar las deducciones incriminativas. Es verdad que abundan las buenas razones para procurar una instrucción lo más completa posible y una definición lo más integrada que pueda lograrse. Pero dándose una situación que la contraríe en estos deseados y convenientes efectos, lo recomendable no es la anulación de lo actuado, pues no es dable compensar la pérdida de consecuencias ciertas con el afán de procurar esclarecimientos no siempre realizables. Ya se ha dicho, también, que la forma de remediar esta omisión es ordenar si es el caso, la expedición de copias o el aprovechamiento del duplicado, para intentar la investigación de los comportamientos dejados por fuera o la indagación de presuntos procesados que no se vincularon al expediente o que no recibieron calificación en cuanto a sus conductas, remedio al cual acudirá la Sala, pues por lo dicho encuentra motivos valederos para considerar la comisión de un presunto delito de falsedad en documentos.*

Este modo de apreciar la situación tiene la ventaja de volver más actuante y certera la administración de justicia y de evitar innecesarias reposiciones de diligencias, sin que se desconozca la estructura básica del debido proceso. En todo caso se pretende corregir uno de los vicios más funestos de nuestra administración de justicia, unas veces debido a involuntarias omisiones y otras a maliciosas actuaciones, cual es la constante anulación de procesos, pues como ya se dijo se aparenta el ideal de la perfección persiguiendo consecuencias indeterminadas y aleatorias, con sacrificio de resultados concretos, admisibles y justos. Contra tesis de este contenido y alcance sólo pueden invocarse, como argumento serio, el abandono del sistema de la acumulación jurídica de penas, en el evento de nueva condenación por conducta que debía corresponder a esta orientación punitiva por tratarse de un concurso ideal de hechos. Este modo de pensar no es tan exacto y real como aparenta y es dable aconsejar y acoger el siguiente correctivo: En la hipótesis propuesta, esto es, de llegar a surgir la posibilidad de una sentencia condenatoria, incorporada como está a esa tramitación la

condena recaída inicialmente, debe tenerse presente, para la morigeración del caso, esta circunstancia delictual y lejos de reconocerse un concurso material de delitos, o una plena autonomía de procesos, hechos y condenas, se tendrá que admitir que se trata de un comportamiento múltiple, con una sola conducta de ejecución (concurso ideal heterogéneo) que solamente, por factores de trámite, fue necesario concluir en esa separada forma. Interpretación idéntica sería igualmente válida para el caso, específicamente previsto por el legislador, de un enjuiciamiento por uno de los comportamientos y temporal sobreseimiento para otro u otros, que posteriormente logra desembocar en una nueva calificación de cargos y culminar en una independiente sentencia condenatoria. De manera que la situación, en uno y otro caso, es similar y puede advertirse que el legislador la consciente y procura. Lo que se requiere es la solución del atemperamiento de las penas, para consultar el principio de acumulación jurídica, y no el del cúmulo aritmético de las mismas, lo cual se logra con la interpretación que hoy fija la Corte.

La Sala tiene que exceptuar la hipótesis en la cual la exclusión de un procesado o de una conducta, no se basa en lo dicho en la parte motiva de la resolución, sino en una expresa *absolución*, evento este último que impone para poder remover esta parte del fallo, la procedencia del recurso de casación. Como se ve este no es el caso de autos y de ahí la distinta solución que se le da.

Tampoco constituye argumentación válida aludir a un desconocimiento de las competencias, pues las apreciaciones que al respecto se hagan, mientras no provengan de un organismo encargado de definir un conflicto de esta naturaleza, tienen sólo el probable valor de tratar de encuadrar la conducta en el tipo delictivo más aconsejable. El Tribunal, en el caso estudiado, consideró que no se trataba de un concurso de concusión y falsedad en documentos, pero no tenía la capacidad funcional para imponer al juzgado de circuito esta definición, pues éste o el mismo Juzgado Superior, si insistía en su tesis del atentado a la fe pública, podía provocar la correspondiente colisión. No se hizo así, pero esto no priva a las instancias superiores de poder expresar un criterio diferente, como ahora se hace. La ley busca, por economía procesal y con el fin de procurar la acumulación jurídica de penas, el juzgamiento conjunto y, en el caso de infracciones sometidas a diversos órganos de justicia, otorga la competencia a aquel que pueda entender del delito más grave, para no considerar sino una de las varias hipótesis que pueden entrar en juego. Pero esta previsión no es pauta ajena a excepciones, como cuando el sobreseimiento temporal concomita con un enjuiciamiento, llegando a imponerse, por razón del sobreseimiento, la reconducción o separación de competencias; o cuando las averiguaciones han marchado separadamente, a pesar de insinuarse en las conductas realizadas un fenómeno concursal o de conexidad. En aquél y este caso es inobjetable el acatamiento a las leyes de la competencia. ....El cargo no prospera. .....

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelve: No casar* la sentencia ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza.

En copias se continuará la investigación por el presunto delito de "falsedad en documentos", relacionado en este fallo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Edgar Lombana Trujillo, Conjuez con salvamento de voto; *Guillermo Dávila Muñoz*, *Guillermo Duque Ruiz*, Con aclaración de voto: *Jaime Giraldo Angel*, *Gustavo Gómez Velásquez*, *Leonel Olivar Bonilla*, Conjuez con salvamento de voto; *Lisandro Martínez Zúñiga*, Con aclaración de voto; *Edgar Saavedra Rojas*, Con aclaración de voto.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Aun cuando comparto lo resuelto por la mayoría de la Corporación en el sentido de no casar la sentencia recurrida, me permito en forma muy respetuosa expresar mi discrepancia con las razones expuestas para sustentarla.

1. El recurrente que lo fue el muy esforzado Fiscal 4º del Tribunal de Bucaramanga, cuya actuación en éste y en otros procesos debe destacarse favorablemente por las inquietudes jurídicas que siempre hace surgir, reduce su libelo a dos aspectos de la causal 4ª. Por un lado un error en la denominación jurídica de la infracción, ya que no ha debido vocarse a juicio por concusión, sino por falsedad ideológica en documento público agravado. Por otro, acude a una nulidad supralegal, por haberse violado las formas propias del juicio.

2. Las providencias objeto de la cordial discrepancia en la parte motiva, apunta que los dos cargos se reducen a uno, esto es, la calificación incompleta. El suscrito está de acuerdo en que en el presente caso, no sólo se ofendió la administración de justicia mediante la conducta típica, consistente en inducir en error para obtener dinero de un particular (concusión), sino que también se agredió la fé pública entendida como garantía de la autenticidad y veracidad de los medios de prueba.

3. Coincide este Magistrado con la mayoría, en la creencia de que a pesar de ello, la conclusión no sería la de decretar la nulidad de todo lo actuado, para proceder a una nueva calificación, pero para llegar a este planteamiento se fundamenta en razones diferentes.

La nulidad se justifica y tiene una razón de ser, cuando la errónea calificación es anfibiológica o uno de los delitos por los cuales se llamó a juicio, carece de respaldo procesal. En tal caso se han vulnerado derechos individuales, el Estado se ha aprovechado de su omnipotencia, se ha equivocado en contra del ciudadano.

Pero el recurso extraordinario de casación, no puede extremarse hasta el punto de considerarlo como último ariete como carta oculta del dominio estatal contra el ciudadano.

El Estado está obligado a demostrarle su responsabilidad al procesado. Pero si después de una etapa instructiva de una calificación de primera instancia, de una rectificación de ella, de providencias condenatorias de ambas instancias, un acucioso Fiscal del Tribunal, interpone un recurso extraordinario de casación para demostrar que el pliego de cargos no fue completo, el Estado abusaría de su omnipotencia al decretar proceso complementario para subsanar con perjuicio del procesado, la presunta torpeza de tan compleja organización.

Si las reglas de Derecho Civil, no permiten al particular alegar su propia torpeza, no se concibe cómo dentro de un estado democrático,

de derecho, de defensor de los derechos humanos, se atente contra la certeza de los juicios, contra la economía procesal, contra la seguridad jurídica, prolongando en forma Kafkiana un proceso que jamás tendrá fin, cuya prescripción se dilata automáticamente. Tales serían los efectos de la sentencia complementaria. A más de la sindicación misma, el procesado padecerá así las secuelas de un indebido e indefinido juzgamiento.

4. Con algunas alternativas y en forma esporádica y casi tímida, ha aceptado esta Corporación una afirmación que consignan numerosos doctrinantes: La de que la institución de las nulidades, está establecida primordialmente en defensa del procesado. Tal tesis en verdad no es hoy la prevalente en nuestra doctrina. Puede ser ella motivo de dubitación en cuanto sea exagerada, pues olvida factores diferentes que podrían informar las nulidades. Aún, sin hacer de tal afirmación un argumento incuestionable, el suscrito estima, que debe ser motivo de honda preocupación y reflexión para quien está encargado de administrar justicia, decretar una nulidad que sólo perjudicaría en forma ostensible e indubitable los derechos del procesado, máxime cuando ella viene a descubrirse a la hora de nona dentro de los formales parámetros de un recurso extraordinario.

Tal enfoque no solamente es exagerado, sino violatorio de principios sustanciales. El Estado tiene una amplia organización preventiva, investigativa, calificatoria y represiva, para juzgar al ciudadano. Posee una variada gama de jueces, de subalternos, de auxiliares de la justicia, de funcionarios de policía judicial, de agentes del Ministerio Público, de Magistrados, cuya misión es aplicar normas preexistentes, sustanciales y procesales a un caso concreto.

Así con el temor de ser repitente, recalco en mi estimación de que si la tesis de que las nulidades, se establecen en defensa del procesado es desechada hoy en la jurisprudencia por exagerada y unilateral, con mayores veras deben descartarse por las mismas razones las nulidades que sólo confluyen en perjuicio del procesado.

Por tanto estimo, que poca contra la filosofía del Derecho Penal, contra los derechos humanos, tanto el que se decrete una nulidad, como el que ordena copias para subsanar una omisión de los jueces de instancia.

Dejo en esta forma expuesta la profunda inquietud no sólo jurídica, sino además de conciencia que me conturba en este caso y me impele a disentir de la mayoría de la Sala.

Atentamente,

Lisandro Martínez Zúñiga, Magistrado.

Fecha *ut supra*.

ACLARACION DE VOTO

Comparten los suscritos Magistrados las razones de la Sala mayoritaria por medio de las cuales se concluye en que la sentencia impugnada no puede ser casada por las razones que allí se plantean, pero nos encontramos en respetuosa discrepancia en cuanto a las consideraciones relativas a la posible existencia de una acumulación jurídica de penas, que surgiría de una sentencia complementaria.

Uno de los principios fundamentales que regulan el proceso es la unidad del mismo, que implica de manera necesaria, unidad de prueba y de resolución. El principio general dentro de esta concepción es que cada delito debe dar origen al correspondiente proceso, estableciéndose como situaciones excepcionales los delitos cometidos en conexidad y el fenómeno de las acumulaciones, en los cuales tratándose de varios delitos, originan un proceso o una resolución como en el caso de las causas acumuladas.

Igualmente, en los casos de coparticipación, tratándose de varios procesados, todos ellos deben ser juzgados en un mismo proceso, pero estas normas de carácter general presentan en el desarrollo de los juicios diversos incidentes, que finalmente pueden terminar produciendo resultados diferentes a los previstos legislativamente, y es el caso por ejemplo de lo regido en el artículo 482, en relación con la decisión de dictar auto de proceder cuando existen indicios sobre la participación de otras personas distintas a las vinculadas, caso en el cual se compulsarán copias; originándose de esta manera un segundo proceso, que en principio no ha debido existir de acuerdo a las reglas generales.

Fenómeno similar ocurre en el auto calificatorio cuando hay decisiones diversas, en cuanto a los distintos procesados o a los varios delitos investigados, porque por ejemplo en la disyuntiva de un auto de proceder y de un sobreseimiento temporal, evidentemente se terminan por originar varios procesos, y varias decisiones, cuando lo normalmente previsto es que finalizarán con una misma decisión judicial de carácter definitivo.

Pero en los casos que se destacan, previstos legislativamente, no se soluciona este problema excepcional, proponiéndose una integración complementaria de sentencias surgidas de diversos procesos, para efectos de terminar realizando una posible acumulación de penas cuando ellas son impuestas en procesos diversos, así en su nacimiento hubieran estado unidos por razones de conexidad o coparticipación.

La norma procesal regula y establece como principio el de la unidad procesal, fijando específicas excepciones, como serían los casos de personas sometidas a fuero que fuesen juzgadas con ciudadanos que no gocen del mismo, casos en los cuales una actividad delictiva en coparticipación origina de manera necesaria varios procesos de acuerdo a lo

previsto en este sentido por el artículo 39, inciso 2º; pero presentados los fenómenos procesales previstos o previsibles en el artículo 482 y los que podrían sobrevenir de calificaciones diversas, es evidente que no puede pensarse que las varias sentencias que surjan de procesos que han debido fallarse en una decisión, pudieran integrarse o complementarse tal como se propone en la providencia de la que nos apartamos, porque se estaría desconociendo la unidad y autonomía de la decisión judicial, creándose una conclusión absolutamente extraña, puesto que la tasación de la pena, en el caso hipotético de que se produjeran sentencias condenatorias, el juez que falle el segundo proceso, estaría perdiendo su independencia y autonomía y tendría que proceder a tasarla por fuera de los marcos legalmente señalados y hacemos referencia a los mínimos y máximos indicados normativamente para cada delito.

La acumulación jurídica de penas está prevista como una consecuencia del concurso en el artículo 26 del Código Penal y la regulación de la punibilidad que de allí sobreviene, aparece legislada en el artículo 27 del mismo estatuto cuando se dispone que: "Lo dispuesto en el artículo anterior se aplicará *cuando los hechos punibles se juzguen en un mismo proceso*... 111". De la transcrita disposición penal debe concluirse ante lo regulado de manera expresa que es imposible proponer la acumulación jurídica de penas, cuando se trate de sanciones impuestas en sentencias diferentes.

La solución propuesta mayoritariamente por la Sala acepta objeciones de otra naturaleza, cuando el delito que se falla primero es el de menor penalidad, situación que llevaría a una desnaturalización de los criterios de tasación de la pena para el fenómeno concursal, que dispone la imposición de la pena del delito más grave, aumentada hasta en otro tanto y si el delito sancionado en primer lugar fuere el menos grave, ¿cómo podría respetarse la disposición penal consagrada específicamente para esta problemática en el artículo 26 del Código Penal?

Creemos que la solución propuesta jurisprudencialmente rebasa los límites interpretativos que se señalan al juez cuando debe aplicar la ley, porque en realidad, en el caso que nos lleva a discrepar se hace una verdadera reforma legislativa, que está completamente por fuera de la competencia del intérprete de la ley.

Por las razones anteriormente expuestas es que aclaramos nuestro voto, para proponer nuestra respetuosa discrepancia en la solución propuesta de manera mayoritaria por la Sala.

Edgar Saavedra Rojas, Guillermo Duque Ruiz.

Fecha *ut supra*.

SALVAMENTO DE VOTO

He recibido el proceso de la referencia de parte de la Secretaría de la honorable Sala de Casación Penal para que exprese los motivos que determinaron mi salvamento de voto en la casación número 385 y a ello respetuosa y cordialmente procedo:

a) La providencia lleva fecha de 10 de febrero de 1987 y fue aprobada mediante Acta número 087; por medio de esa sentencia la honorable Corte no casó la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga del 12 de diciembre de 1986, al considerar que ninguna de las nulidades propuestas por el recurrente podían estructurarse contra el proceso ni contra el fallo. Recurrió en casación el señor Fiscal 4º del mencionado Tribunal Superior;

b) Como quiera que la causal aducida por el censor fue la cuarta de casación bajo los aspectos de errónea calificación de la infracción la cual conducía a una incompetencia del juez así como violación al debido proceso, la Sala reduciendo los motivos de queja a uno terminó por desecharlos;

Pero como la nulidad solicitada en casación no inhibe a la Corte en el estudio de la prueba ni tampoco existe limitación legal por esta causal para revisar la escogencia de la o las normas aplicables, como sí ocurre en el instituto por otras causales de impugnación, la Sala de Casación revisó todo el proceso, incluida la prueba y la calificación de los hechos concluyendo que la conducta del procesado Niño Ortiz era constitutiva de los hechos punibles de concusión, hecho por el cual fue condenado, y falsedad en documento público, por lo menos desde el punto de vista objetivo, motivo por el cual manda abrir un nuevo proceso o para usar el término de la sentencia, continuar este mismo por parte del Juez Superior;

c) Indudablemente la conducta inductiva desplegada por Niño Ortiz en perjuicio de uno de los usuarios del servicio de acueducto constituye el tipo punible previsto por el artículo 140 del Código Penal; pero igual ocurre con aquella desplegada por el mismo funcionario Niño Ortiz cuando en documento público consigna hechos que no son ciertos y cuando además usa del documento habiendo sido la misma persona que lo falsificó. Se estructura pues el tipo de falsedad agravada de que tratan los artículos 219 y 222 del Código Penal.

Incuestionablemente que siendo el autor de esos hechos, violatorios a diferentes bienes jurídicamente protegidos, la misma persona, surge entonces la figura prevista por el artículo 26 del Código Penal, el concurso de hechos punibles; norma reguladora general y por lo mismo de aplicación a aquellas contenidas en la parte especial del Código;

d) Desde el primer momento se conoció por parte de los juzgadores de instancia a plenitud el desarrollo de los hechos imputados a Niño Ortiz; dichos funcionarios tuvieron a la vista los documentos mentirosos, demostraron la inducción ilícita, en fin, tuvieron desde un principio un conocimiento objetivo y adecuado de la situación llevada a su calificación jurídica. Ocurrió sin embargo, que el Juez Superior pensó estar en presencia, exclusivamente, ante el hecho punible de falsedad. Recurrido el auto de llamamiento a juicio, el Tribunal pensó y como lo dice la propia Sala de Casación, que la conducta era tan sólo constitutiva del delito de concusión, sin razones suficientemente atendibles para desechar el delito de falsedad; luego anuló ese Tribunal el llamamiento a juicio y dispuso que de los hechos conociera el juzgado de circuito quien profirió la sentencia condenatoria exclusivamente por el delito de concusión, que fue en últimas lo que originó el recurso por parte del Ministerio Público.

De manera pues que presentándose el concurso de hechos punibles de la forma como en este preciso caso se ha presentado, se imponía y se impone en mi modesto sentir, la unidad de proceso justamente para poder regular la punibilidad en ese concurso como lo ordena el artículo 27 del Código Penal.

No puede pues desconocerse la existencia de dos hechos punibles generados por la conducta del procesado y no puede tampoco desconocerse el derecho que a este le asiste de ver su conducta sancionada únicamente en la medida que la ley dispone para el concurso cuando dicho concurso se juzgue en un mismo proceso.

Si como lo demuestra el expediente, por el acontecer de los actos jurisdiccionales recaídos en el mismo, el problema se originó únicamente por el alcance de la calificación del hecho, no por otra razón, como por deficiencia de la prueba que ocultara a los juzgadores la existencia del otro hecho punible, esa conducta indudablemente ameritaba y amerita un único proceso, valga la redundancia en aras de la claridad que persigo. No se hizo así, luego el proceso adolece de nulidad supralegal;

e) De otro lado, el conocimiento del delito de falsedad está reservado al Juez Superior; y en este proceso precisamente fue un Juez Superior quien estimó la tipificación de ese delito con referencia a la conducta del procesado, acertada desde luego aunque incompleta la calificación con referencia a la conducta del mismo procesado pues no vio si así puede decirse que la concusión palpitaba igualmente y al unísono con la falsedad, luego ese juez superior era también competente para conocer del delito de concusión dado que los dos hechos punibles constituyeron concurso, evento previsto por el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, pues todo concurso implica necesariamente una conexidad. La falsedad está pues sometida por mandato del numeral 4 del artículo 34 del citado Código al conocimiento del Juez Superior; no así la concusión, pero al existir concurso y por lo mismo conexidad, es el Juez Superior, de mayor jerarquía el único competente para conocer del delito que aisladamente considerado sólo podía ser conocido válidamente por otro juez diferente.

Lo anterior para mí es absolutamente claro, y en mi modesto sentir la ley que es bien precisa por este aspecto nó deja manera de pensar en modo diferente al intérprete, por lo que considero que la actuación del juez de circuito invadió la competencia del Juez Superior, originando así incompetencia en el primero de los jueces nombrados.

No puede entonces válidamente desconocerse la incompetencia del juez de circuito, en este caso repito, para juzgar la concusión que concurrió indudablemente con el delito de falsedad, para mantener vigente la condenación que por ese delito sufrió Niño Ortiz y repito, de manos de juez sin competencia y sobre la cual decidió en segunda instancia el Tribunal Superior. Si es incompetente el juez de la primera instancia, el pronunciamiento hecho sobre esa providencia por parte del *ad quem* es igualmente nulo. Esa es la lógica consecuencia, pues la nulidad por falta de competencia es de aquellas conocidas como absolutas e insubsanables por la doctrina procedimental penal;

f) De igual manera, la decisión adoptada por la mayoría de los honorables Magistrados, con toda consideración y respeto debo decirlo, me suena extraña y me parece inconveniente.

Extraña, pues desconoce una palpitable realidad, la vigencia para este proceso de lo dispuesto por el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, así como el mandato de los artículos 26 y 27 del Código Penal.

De otro lado, pretender regular el fenómeno jurídico presentado en este proceso, de manera similar al caso particular del sobreseimiento temporal, o como ocurre cuando el sobreseimiento es definitivo para unos procesados y ha de continuarse la investigación para otros, o cuando se desconoce la totalidad de autores de la infracción y sólo al momento del juicio se descubren otros partícipes, es nada diferente a efectuar dos operaciones: O se acepta la aplicación analógica de aquellas normas, aplicación no permitida por la ley penal colombiana, o se crea por parte del juez la norma, operación sólo posible en derecho colombiano desde el punto de vista formal y material para el legislativo, o material para el ejecutivo. De allí que considere extraña pues la solución que se ha dado a este caso.

Es inconveniente la decisión, pues por la autoridad indiscutible que reviste la superioridad de quien la profiere, servirá de guía para los jueces de menor jerarquía en situaciones como esta; se dejará entonces vigentes sentencias con vicios de nulidad, juzgamientos incompletos, se podrá entonces acumular aritméticamente las penas en casos de concursos, como lo advierte una aclaración de voto, o se perdonarán delitos como lo solicita otra aclaración de voto, o se tendrá como parte de la pena a imponer en caso de condena, una impuesta por juez diferente, en proceso distinto a otra que impondrá otro juez y mediante diferente proceso, por una conducta concursal única, lo cual contradice al texto de la ley expresado por el artículo 27 ya citado.

Si hemos de tener en cuenta las aclaraciones de voto formuladas por los honorables Magistrados, nos convencemos con mejores argumentos de la existencia del concurso de hechos punibles y de los problemas que acarrea el no aceptar la nulidad propuesta por el recurrente que en definitiva no es otra que reconocer la equivocación na-

cida en el Tribunal Superior, rehacer el proceso, no en perjuicio del procesado ni en beneficio del Estado, sino en guarda de las disposiciones que regulan el proceso penal de indudable interés en su incolumidad, por la seguridad misma que ellas proporcionan, en fin y con miras al recurso extraordinario, para que haya certeza en la aplicación de la ley en igualdad de circunstancias que es a lo que en últimas debe propender el instituto de la casación.

Con todo respeto,

Edgar Lombana Trujillo, Conjuez.

SALVAMENTO DE VOTO

Con todo respeto me permito presentar mi *salvamento de voto* a la providencia de 10 de febrero de 1987, aprobada por Acta número 087.

Comparto en sus términos generales el criterio expuesto en la parte motiva del fallo.

El artículo 168 del Código de Procedimiento Penal dispone que los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso. Pero el desconocimiento de esta disposición por sí sola no es causal de nulidad, ni siquiera en consideración a la imposibilidad de hacer la acumulación jurídica de las penas, prevista en el artículo 26 del Código Penal si se adelantan procesos separados. Sería tanto como partir de un supuesto: Que en el nuevo proceso, se condenará al sindicado. El artículo 27 fija como una de las condiciones para la aplicación del anterior, que los hechos punibles se juzguen en el mismo proceso.

Si la responsabilidad es personal, si para cada delito el legislador ha señalado una pena, si a pesar de que lleve a cabo un solo juzgamiento cada uno de los hechos punibles conserva dentro del *juicio* su propia individualidad, si al juzgar dentro de este al procesado por delitos conexos puede ser condenado por unos y absuelto por otros sin que se diga que son decisiones contradictorias, si solamente se puede imponer las penas por todos ellos, cualquiera sea el sistema que se adopte, cuando obre la plena prueba de la existencia de cada uno de los delitos y la plena prueba de la responsabilidad del procesado como autor o partícipe también en cada uno de ellos, no se ve que se incurra en nulidad por juzgamiento incompleto, con el argumento de que se está ante la inobservancia de las formas propias del juicio si por descuido o por error de los juzgadores omitan la investigación y desde luego el juzgamiento de alguno de los hechos punibles.

No existe por este motivo, desconocimiento ni de la primera ni de la tercera garantía establecida en el artículo 26 de la Constitución: Preexistencia de la ley que describe el hecho, y observancia de las formas propias del juicio.

Considero sin embargo, que el caso examinado no corresponde a esta hipótesis. Los delitos de concusión y falsedad documental, se investigaron en el mismo proceso. Los medios probatorios que obran en el expediente mostraban los elementos objetivos o externos contenidos en las respectivas disposiciones penales conforme a la definición del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal. Los comportamientos encontraban adecuación dentro de los dos tipos penales. El señor Juez 6º Superior de Bucaramanga avocó el conocimiento y llamó a juicio al procesado, aunque sólo por el delito de falsedad documental. El Tribunal Superior del Distrito Judicial consideró que se trataba de una concusión, anuló la actuación y remitió el expediente al señor Juez Penal del Circuito.

El Tribunal vio y analizó los documentos públicos; en las copias figuraban afirmaciones distintas de las que se hacían en los originales, para ocultar así el ilícito constreñimiento a los particulares. Si a pesar de todo consideraba que el hecho no constituía delito de falsedad documental, ha debido ordenar la cesación de todo procedimiento. Sólo así podía el señor Juez del Circuito adelantar válidamente el juzgamiento por el delito de concusión.

Al ordenar ahora que se continúe la actuación por el delito de falsedad, así sea para que la investigación se perfeccione en lo posible, se reconoce implícitamente que el Tribunal Superior de Bucaramanga se equivocó. El señor Juez Sexto Superior cuando avocó el conocimiento tenía la razón. Era el competente para juzgar al procesado por los hechos punibles y así ha debido manifestarlo el *ad quem*; sin embargo, desestimó sin fundamento válido la existencia del ilícito contra la fe pública pero no hizo al respecto ningún pronunciamiento de fondo acerca del mismo; decretó la nulidad y ordenó pasar el expediente al Juez Penal del Circuito. El señor Fiscal 6º interpuso reposición oportunamente; con argumentos válidos insistió en la existencia del delito que daba la competencia al Juzgado Superior.

En forma objetiva se daban las condiciones mínimas para dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 34 y 39 del Código de Procedimiento Penal. En las instancias se debatió la existencia de los dos delitos. Si el Tribunal se equivocó, es bien difícil aceptar que el fallo de primera instancia fue proferido por un juez competente con fundamento en el numeral 1º del artículo 36 del mismo Estatuto Procesal, frente a los mandatos contenidos en las dos disposiciones citadas anteriormente.

De los honorables Magistrados, con todo acatamiento,

Leonel Olivar Bonilla, Conjuez.

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA

La aplicación indebida de una norma sustancial (en la hipótesis de violación directa) exige la no aplicación de la pertinente. Ello porque se trata de un error al escoger (este término traduce necesariamente una pluralidad, potísima razón para que se rechace el evento si se trata de un solo precepto) la norma en la cual halla ajuste el hecho imputado

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 07.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por los procesados *Eriberto Castañeda Ramírez* y *Luis Carlos Ramírez Castañeda* contra la sentencia del 9 de septiembre de 1985, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá, al modificar la del Juzgado Octavo Superior, los condenó, junto con *Eliseo Antonio Ramírez Castañeda,* a la pena principal de veinticinco años de prisión, y a las accesorias de rigor, como autores del delito de homicidio.

Hechos:

Los narra fielmente el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"Ocurrieron en la vereda El Abra, en el sitio denominado La Cascareja, jurisdicción del Municipio de Cota (Cundinamarca), cuando hacia media noche del 8 de agosto de 1981, fue asesinado el anciano casi inválido Oliverio Alonso Penagos, cuyo móvil fue el robo (*sic*), por unos individuos que posteriormente fueron identificados como las personas señaladas anteriormente; la muerte fue ocasionada por múltiples lesiones producidas por arma cortopunzante".

La demanda:

La defensora de los recurrentes formula dos demandas: La primera de ellas a nombre de Eriberto Castañeda Ramírez, por medio de la cual reprocha a la sentencia haber sido proferida en un juicio viciado de nulidad supralegal, invocando entonces la causal cuarta de casación prevista en el artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal.

Precisa en seguida el concepto de la violación: "Aparece en forma ostensible que los sentenciados actuaron dentro de las circunstancias de inimputabilidad, la que a pesar de haber sido denunciada por uno de los defensores en el proceso, no se procedió a disponer examen psiquiátrico para establecerla, lo que de haberse hecho habría determinado el juicio sin jurado, principalmente para mi patrocinado Eriberto Castañeda Ramírez".

Finaliza afirmando que el licor consumido por los procesados fue suficiente para "hacerles perder la razón", ya que dada la pobreza de la víctima no puede pensarse en que el motivo haya sido "robarlo".

Señala como violados los artículos 411 y 335 del Código de Procedimiento Penal, y pido que se decrete la nulidad a partir del auto enjuiciatorio.

En el segundo libelo, que encabeza en representación de Luis Carlos Ramírez Castañeda, acusa el fallo de haber violado directamente la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 23 del Código Penal, y falta de aplicación del 24 del mismo estatuto (art. 580-1, C. de P. P.).

Argumenta que "el artículo 23 del Código Penal fue indebidamente aplicado en la sentencia recurrida, en lo que dice relación al procesado Luis Carlos Ramírez Castañeda. Ello por cuanto fue condenado como autor del hecho punible materia del proceso, cuando su participación fue, de acuerdo a las pruebas que no se discuten, la de cómplice", y pasa en seguida a contradecir la sentencia afirmando que, por el contrario, principalmente de la necropsia y del testigo de cargo, José Joaquín Jiménez Porras, su defendido "no fue autor, coautor ni determinador", sino cómplice, motivo por el cual ha debido aplicársele el artículo 24, con la disminución de pena respectiva.

Solicita, pues, "infirmar el fallo recurrido disponiendo lo pertinente, de acuerdo a los planteamientos formulados en la demanda de Eriberto Castañeda Ramírez, ya presentada y sustentada en ese Despacho".

Respuesta del Ministerio Público:

1. Con relación a la primera demanda, el Procurador Primero Delegado en lo Penal advierte que "en ninguna parte del proceso se planteó la hoy descabellada tesis de que Eriberto Castañeda Ramírez era inimputable" y le censura a la acusación "el errado criterio de que es suficiente expresar que el acusado se encontraba en estado de embriaguez, para que la inimputabilidad fuese la norma rectora de su acto homicida", catalogando esta simple afirmación como una falta de técnica de la demanda, y resalta, por el contrario, la prueba que existe en el proceso sobre la imputabilidad de los encausados.

"Cabe observar —anota— que el trastorno mental debe ser alegado en el curso de las instancias y no en sede de casación, en casos como el que nos ocupa".

2. Acerca de la segunda impugnación, de entrada señala que "es de suyo antitécnica" por invocar la causal primera de casación sin expresar si se trata de violación directa o indirecta, aunque su advertencia de

que no discute la prueba conduce a pensar que "alude a la violación directa de la ley sustancial (arts. 23 y 24 del C. P.), alegando simultáneamente infracción directa de lo normado en el 24 y aplicación indebida respecto al 23, y correlatividad entre estas dos hipótesis".

Recuerda que los tres procesados fueron enjuiciados "como coautores materiales, en fiel interpretación de la realidad procesal, y en consonancia con ello y con el veredicto del jurado se les condenó. Luego alegar lo contrario en sede de casación no es más que oponer nugatoriamente el criterio personal de la censora al del juzgador... Así pues la demanda se convierte en simple alegación de instancia, inconsecuente con la técnica de casación".

"Con fundamento en todo lo expuesto —finaliza—, comedidamente solicito a la honorable Corte desechar los recursos de casación interpuestos".

Consideraciones de la Corte:

Primera demanda.

Se fundamenta, como ya se dijo, en la causal cuarta de casación, nulidad de estirpe constitucional, fincada en la aseveración de que era obligación dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal a fin de establecer la imputabilidad de los procesados.

Tiene razón la Delegada cuando apunta que el proceso no arroja la más mínima base en la cual permita sustentar, en el grado de atendibilidad que requiere de suyo esta sede casacional, la inimputabilidad de los recurrentes Eriberto Castañeda Ramírez y Luis Carlos Ramírez Castañeda. Por el contrario la realidad de los autos repele tal estudio de incapacidad de culpabilidad respecto del homicidio por el cual se les condenó.

Tan legítimo es dicho aserto que sólo hasta la celebración de la audiencia pública vino a plantearse dicha inimputabilidad, respecto de la cual, por lo demás, los defensores se limitaron a clamar que sus representados "pudieron estar dentro del artículo 31 en el momento de cometer el hecho", a causa del licor que habían ingerido horas antes del mismo, y, en consecuencia, le solicitaron al jurado que afirmara su responsabilidad con el agregado de que eran inimputables (fls. 572 y ss.).

En ese orden de ideas cabe recordar que tanto en sus versiones primarias ante la policía, como luego en sus injuradas (fls. 6, 9, 33 y 38) los procesados narran los hechos coherente y detalladamente, hasta el punto que es el propio Eriberto quien expresó: "Nosotros no estábamos borrachos; únicamente nos habíamos tomado unas cervecitas" (fl. 39 vto.).

Y acerca del "motivo" del homicidio, sobre el cual la actora hace descansar la inimputabilidad, la realidad procesal es igualmente diáfana en radicarlo en el hurto, como lo testimonió José Joaquín Jiménez Porras (fl. 49), y lo corroboró la diligencia de levantamiento del cadáver, en la cual se hizo constar que "los bolsillos se encontraban total-

mente vacíos" (fl. 1), pese a que los autos muestran que un poco antes de que la víctima saliera en compañía de los procesados, tenía algún dinero. Por manera que el homicidio no aparece en modo alguno "inmotivado", como pretende la censora.

De ahí que ninguno de los funcionarios que conocieron del proceso haya resuelto practicar el examen pericial al cual se refiere el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal; y —es más diciente aún— ninguno de los apoderados sugirió siquiera ese estado patológico, salvo, se repite, en el debate público y con la vaguedad y ligereza anotadas.

Este ataque que así de impropiamente se hace, resultaba incluso inmerecido en las instancias; y obviamente lo deviene mucho más en este nivel de juzgamiento, que, desafortunadamente, se sigue confundiendo con una tercera instancia.

La Sala, desde antiguo e inflexiblemente, ha sido explícita en este punto; así en casación del 29 de enero de 1973, dijo:

"La orden de examinar por peritos médicos a un sindicado, está sujeta al requisito que el artículo 411 establece claramente. Se necesita, para disponer tal examen, que haya un notorio estado de la alteración de la personalidad, que pueda ser descubierto a simple vista por el investigador o por el juez, a quienes no se obliga a tener conocimientos profundos de psicopatología o psiquiatría, para que deban proceder a un examen distinto del simplemente ocular del procesado a fin de ver si presenta tales síntomas".

Y posteriormente en casación del 13 de octubre de 1982:

"Siempre que en el curso de un proceso aparezcan datos que permitan fundadamente suponer que el sindicado actuó en situación de inimputabilidad por trastorno mental, es necesario disponer la práctica de peritaciones psiquiátricas: Esa es la razón de ser del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal".

Este proceso, insístese, no contiene ningún dato que llevara siquiera a sospechar que los homicidas hubieran actuado en terrenos de la inimputabilidad. De suerte que el reproche por esa ruta hecho a la sentencia, carece de toda seriedad y entonces debe rechazarse.

El cargo no prospera.

Segunda demanda.

Esta acusación consta formalmente de dos cargos, los cuales la Sala encuentra fácilmente reducibles a uno solo, y que —a contrario de lo que estima la Delegada— no resultan incompatibles.

En efecto, *la actora emprende el ataque a la sentencia con la afirmación de que se aplicó indebidamente el artículo 23 del Código Penal, "que define al autor del hecho punible como el que lo realice o determine a otro a realizarlo", y luego de sustentar esta aseveración, bajo el epígrafe de "segundo cargo", sostiene que "la norma violada directamente es el artículo 24 del Código Penal, norma que corresponde a la participación criminal en el grado de complicidad, señala la graduación punitiva y que fue* dejada de aplicar *a la conducta de Luis Carlos Ramírez Castañeda".*

La aplicación indebida de una norma sustancial (en la hipótesis de violación directa) exige la no aplicación de la pertinente. Ello porque se trata de un error al escoger (este término traduce necesariamente una pluralidad, potísima razón para que se rechace el evento si se trata de un solo precepto) la norma en la cual halla ajuste el hecho imputado.

Por ende, resulta materialmente válido que la casacionista postulo primero que se aplicó indebidamente el artículo 23 (sobre autoría) y luego, en reciprocidad ineludible, que se dejó de aplicar el 24 (sobre complicidad).

Precisamente eso es lo que se debe hacer para no dejar la censura incompleta, defecto en el cual habría incurrido la actora si únicamente hubiera sostenido que se aplicó indebidamente el artículo 23, dejando por este modo en el vacío el remedio legal concreto para restablecer el derecho y enmendar el agravio.

En ese sentido la Sala expresó en casación del 20 de febrero de 1985:

"En la aplicación indebida el error del fallador recae sobre la selección *de la norma sustancial aplicada, es decir, en la adecuación de ella al caso concreto por no ser la que lo contempla o subsume,* situación que comporta la inaplicación de la que realmente corresponde".

En este punto el defecto de la censora surge, en cambio, cuando propone la reciprocidad mencionada, en cargos separados, porque, como se acaba de ver, ella es propia de este sentido de violación directa de la ley sustancial (aplicación indebida). Sin embargo, este yerro resulta meramente formal y, por tanto, no torna inepta la acusación.

La anomalía del libelo no reside, pues, en el enunciado de la causal invocada, sino en que no obstante expresar que se trata de violación directa y que "las pruebas no se discuten", al desarrollar el reproche lo que hace es retornar a la prueba para criticarla nuevamente en los términos de las instancias.

En efecto, dice que "el proceso es reiterativo" al señalar a Luis Carlos como mero cómplice, y que así lo prueba no sólo la necropsia, que excluye la muerte por instrumento distinto al cortopunzante (fl. 60), sino el testimonio de José Joaquín Jiménez Porras, de quien dice haber afirmado que dicho procesado se limitó a "rematar" a la víctima golpeándola en la cabeza cuando yacía apuñalada de muerte.

De ahí, *de su propia y personal visión del haz probatorio,* deduce que su defendido fue cómplice y "no autor ni determinador del homicidio".

Se ve fácil, pues, que, a contrario de la advertencia que hizo de entrada, la censora basa la aplicación indebida del artículo 23 en una errónea apreciación de la prueba, lo que de por sí —como infatigablemente lo ha dicho la Corte— constituye violación indirecta de la ley sustancial, arribando por este cauce inadecuado, a una contradicción irreparable.

En contraste neto con lo que afirma la acusación, desde el auto de proceder se sostuvo que "todos estos tres hermanos (Eriberto, Eliseo y Luis Carlos) colaboraron en la comisión del hecho doloso investigado,

se forjaron un mismo designio, cual era el de quitarle la vida aquella noche al anciano Oliverio Alfonso Penagos, con el propósito de robarle sus pertenencias que llevaba consigo en el momento del ataque" (fl. 296), y luego el cuestionario que se redactó para dicho procesado fue, consecuentemente, de este tenor:

"El procesado Luis Carlos Ramírez Castañeda... ¿es responsable, sí o no, de haber dado muerte, con intención de matar, a Oliverio Alonso Penagos...?" (fl. 551).

Y en la audiencia pública el defensor del mismo encausado dedicó considerable espacio de su intervención a sostener que aquél era cómplice del homicidio, objetando de esta manera las argumentaciones del Fiscal; y, finalmente, la veredicción respecto de Luis Carlos fue —como para los demás—: "Sí es responsable".

En la sentencia el juez de derecho reafirmó que "sin lugar a dudas todos los tres hermanos colaboraron en forma unánime y personal en la comisión del hecho" (fl. 595).

Esa suscinta pero necesaria reseña demuestra que la demanda no se corresponde con la verdad al repetir que a Luis Carlos "de acuerdo a la prueba se le ha considerado como cómplice del delito". No: Precisamente, como se acaba de ver, tanto en derecho como en conciencia se coincidió en que la prueba radicaba al mencionado procesado como *autor*. Y si así fue, era el artículo 23 del Código Penal el que debía alojar tal grado de participación, como efectivamente quedó consignado en la sentencia impugnada.

Lo que pretende entonces la acusación es reabrir el debate probatorio en sede casacional, portando por este modo y de nuevo el vicio de equiparar el recurso extraordinario a una nueva instancia, y, por lo demás, convertir en violación indirecta (o sea a través de la prueba), la que esgrime como directa.

"A la violación directa de la ley sustancial —dijo la Sala— se refiere el inciso primero del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Quien alega esta violación *no controvierte la prueba y muestra su conformidad, por lo mismo, con los hechos tal como se hallan configurados en el fallo recurrido*, esto es, acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido" (Casación de 18 de marzo de 1976).

La casacionista en el caso de autos no hubiera pecado de falta de técnica, si, *verbi gratia*, en el proceso (y naturalmente luego en la sentencia) se hubiera aceptado que Luis Carlos Ramírez Castañeda fue cómplice, pese a lo cual se le hubiere condenado de acuerdo al artículo 23 del Código Penal. Para la prosperidad de dicho ataque le hubiera sido suficiente demostrar esos dos extremos, y jamás adentrarse en el análisis de la prueba, ya que tornaría inepta (por contradictoria) la demanda.

"Esta manifestación de impericia en el manejo del recurso —dijo la Sala— se torna más ostensible cuando queriendo los censores hacer un planteamiento de violación directa concluyen haciendo ponderacio-

nes probatorias que desplazan la impugnación hacia la violación indirecta, cayendo de este modo en contradicción interna y substancial dentro del mismo cargo" (Casación de 26 de febrero de 1980).

Por último, como recuerda la Delegada y en lo cual no es necesario abundar, en el caso presente tampoco sería examinable la crítica probatoria que realiza la impugnante (en el evento —descartado— de que el ataque pudiera considerarse como violación indirecta), toda vez que la Sala ha repetido hasta el cansancio que cuando se trata de procesos con jueces de hecho es impertinente tal censura.

Dijo al respecto en sentencia del 28 de agosto de 1985:

"En efecto, como quiera que los jurados de conciencia, según lo indica su propio nombre, deciden la responsabilidad del procesado con fundamento en su convicción íntima, esto es, sin expresar objetivamente las pruebas que tuvieron en cuenta ni el análisis que de ellas han hecho, en sede de casación resulta entonces imposible cotejar críticamente el acervo probatorio obrante en autos con la determinación en conciencia de los jurados. Y como los jueces de derecho en ambas instancias deben dictar la sentencia de acuerdo con el veredicto del jurado (salvo que lo consideren contraevidente), tampoco ellos pueden profundizar en el examen de la prueba.

"Además, si en casación se pudieran controvertir las pruebas atendidas por el Jurado de Conciencia, ello llevaría a la Sala a arrogarse la facultad de declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, función esta que la ley otorga exclusivamente a los juzgadores de instancia (arts. 565 y 567 del C. de P. P.).

"Y, finalmente, si en los procesos con intervención del jurado de conciencia prosperase la casación por violación indirecta de la ley sustantiva, la Sala tendría que proferir el fallo en reemplazo del impugnado según lo ordena el artículo 583, ordinal 1º, C. de P. P., y tal sentencia estaría en desacuerdo con el veredicto del jurado, con lo que para corregir una supuesta ilegalidad de la providencia recurrida se incurriría en una real violación de la ley, contemplada como causal de casación en el artículo 580 ordinal 2º *ibidem*".

El cargo, pues, también fracasa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

1º EXTRADICION

La extradición de extranjeros puede producirse existan o no tratados públicos suscritos con el país requirente. La extradición de colombianos sólo por solicitud de países que hayan suscrito tratado con Colombia y los trámites administrativos que sean necesarios realizar para dar el cumplido desarrollo, están regulados en el Código Contencioso Administrativo (Decreto 001 de 1984). La Corte reitera esta posición en posteriores decisiones, como la de 24 de febrero y dos del 13 de marzo de 1987

2º EXTRADICION

En el Tratado de Extradición celebrado con Estados Unidos el procedimiento para el trámite de las solicitudes es exclusivamente administrativo, sin que se haya previsto ninguna participación de las autoridades judiciales de Colombia La Corte reitera esta posición en posteriores decisiones, como la del 24 de febrero y dos del 13 de marzo de 1987

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

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta número 08.

Vistos:

Procede la Sala a dar respuesta a la solicitud de concepto hecha por el Ministerio de Justicia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 746 del Código de Procedimiento Penal, con relación a la extradición del señor *Victor Eduardo Mera Mosquera,* ciudadano colombiano, pedida por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Antecedentes:

Mediante nota verbal número 605 del 25 de agosto de 1986, proveniente de la Embajada de los Estados Unidos de América, se solicitó de nuevo la extradición del señor Víctor Eduardo Mera Mosquera, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 del Decreto 3829 de 1985, en

el cual se estableció la forma como debía procederse en la reconstrucción de los procesos relacionados con extradiciones.

La solicitud, con el correspondiente expediente anexo, fue remitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores al señor Ministro de Justicia, haciéndole saber que en opinión de aquel Despacho, ella debería tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en el tratado que sobre esta materia suscribieron los Gobiernos de Colombia y los Estados Unidos. El Ministerio a su vez lo remitió a la Corte, después de haber revisado la documentación respectiva, para efectos del concepto a que se refiere el artículo 746 mencionado.

Resultandos y considerandos:

La Corte antes de entrar a decidir sobre la petición formulada por el Gobierno, considera oportuno hacer las siguientes anotaciones:

I. Desarrollo histórico de algunos aspectos de la extradición pasiva en Colombia.

La legislación colombiana ha tenido importantes variaciones en el tratamiento dado al fenómeno jurídico de la extradición.

Se analizará sólo las que interesan para la decisión que se estudia en este momento, tomando las regulaciones normativas a partir de la época en que el país se reconstituyó como República unitaria. Tales son las relacionadas con las personas que pueden ser objeto de extradición, y el trámite que a ella se le debe dar.

1. Las personas extraditables.

En la legislación penal de 1890 se permitía la extradición tanto de nacionales como de extranjeros, pues el artículo 18 del Código de ese entonces no discrimina entre unos y otros, como lo hizo la legislación posterior. Dicho artículo dice así:

> Artículo 18. No es permitida la extradición por delitos políticos. Por delitos comunes, y a falta de tratados o convenios, se permite, cuando el máximo de la pena aplicable exceda de cinco años de presidio o reclusión, y el mínimo no rebaje de cuatro.
>
> Si el mínimo rebaja de cuatro y el máximo excede de cinco, se concederá la extradición por el Gobierno, en los casos que, a su juicio, sean graves.

Para esta misma época el Gobierno colombiano suscribió varios convenios en que tal eventualidad se preveía como posible (Convención recíproca de extradición suscrita en 1888 con los Estados Unidos de América, Tratado de recíproca extradición suscrito en 1888 con la Gran Bretaña, Tratado Multilateral de Extradición suscrito por distintos países americanos y aprobado por el Congreso de Colombia en 1935, entre otros), aunque en ellos se deja liberada a la absoluta discrecionalidad del Estado requerido la decisión de aceptar o no las solicitudes formuladas.

En la Ley 24 de febrero 5 de 1936 se conservó la posibilidad de extraditar nacionales, pero en ese mismo año se expidió el nuevo Código Penal, Ley 95 del 24 de abril, que por ser posterior primaba sobre

aquella, en la cual se dispuso expresamente que "no se concederá la extradición de colombianos ni la de delincuentes político-sociales" (art. 9, inc. 3).

A partir de este año la jurisprudencia de la Corte fue constante en considerar que como los distintos tratados no preveían una extradición forzosa sino facultativa de nacionales, ella no era procedente ante la prohibición expresa del artículo mencionado, como aparece en los conceptos de febrero 22 de 1961 (G. J. T. 94, números 2235-2236, págs. 699-704), de diciembre 13 de 1973 (G. J. T. 147, números 2372-2377, págs. 258-261), y de octubre 11 de 1978 (G. J. T. 158, número 2399, págs. 399-401). Excepción a esta doctrina fue el concepto de 20 de marzo de 1972 (G. J. T. 142, números 2352-2357, págs. 291-295), en el que se conceptuó favorablemente a la extradición de un ciudadano colombiano, que en ese entonces desempeñaba un cargo público en el exterior, fundándose para ello en la prevalencia de la Convención Bilateral suscrita con los Estados Unidos de América el 7 de mayo de 1888 sobre el artículo 9 del Código Penal, aunque en dicho concepto se dijo muy explícitamente que según el artículo 10 de la citada Convención, era de la absoluta discrecionalidad del Gobierno colombiano acceder o no a la petición.

En el Código de 1980, norma vigente en la actualidad, la extradición de ciudadanos colombianos se sujetó a lo que dispongan los tratados públicos suscritos por el país sobre esa específica materia, y se prohibió expresamente el ofrecimiento de extradición con relación a ellos. Dicen así los incisos 2 y 3 del artículo 17 del Código Penal:

> La extradición de colombianos se sujetará a lo previsto en tratados públicos.
>
> En ningún caso Colombia ofrecerá la extradición de nacionales, ni concederá la de los sindicados o condenados por delitos políticos.

De acuerdo con las normas transcritas, la política del Estado colombiano ha sido siempre la de permitir la extradición de ciudadanos extranjeros que se encuentren en el país con posterioridad a la comisión de un delito. Pero cuando se trata de nacionales, la política ha sido contradictoria: Hasta la expedición del Código de 1936 ello era posible; de esa fecha a la expedición del Código de 1980, la extradición era prohibida; en este último Código se volvió a establecer la posibilidad de concederla, pero únicamente en los casos en que exista tratado con el país requirente, en el que expresamente se establezca esta posibilidad.

2. El trámite de la extradición.

Para tramitar una solicitud de extradición existen tres sistemas: El administrativo, en el cual el estudio y decisión competen exclusivamente al Gobierno, sin ninguna injerencia de las otras Ramas del Poder Público; el judicial, en donde tanto el trámite como la decisión corresponden a los órganos de la justicia, y el mixto, en el que la ley asigna el trámite y la decisión a una de las dos anteriores Ramas del Poder Público, pero con participación de la otra.

Las regulaciones normativas sobre el sistema a que debe sujetarse el rito de la extradición en nuestro país, a partir de la constitución de Colombia como República unitaria, comprende dos períodos diferentes: El primero de ellos es el señalado por la Ley 147 de 1888, Código Judicial, que define el procedimiento interno que se debe dar a las correspondientes solicitudes, según que en los tratados se prevea un sistema administrativo, judicial o mixto. El segundo sistema es el que se inicia con la expedición del Código Penal de 1936 (Ley 95 de ese año), en el que se dispone perentoriamente que cuando haya tratado de extradición vigente con el país que hace la solicitud, serán las normas de éste las que habrán de aplicarse necesariamente, y sólo a falta de tratados se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Penal. La Sala procede a analizar cada uno de estos períodos:

a) Primer período (1888-1936).

La Ley 147 de 1888, Código Judicial, que en materia de extradición rigió hasta la expedición de la Ley 24 de 1936, previó la aplicación de los sistemas judicial y administrativo, pudiendo ser éste eventualmente mixto cuando se dieran los supuestos que la misma ley estableció. Este sistema venía rigiendo desde 1873, pues el Código simplemente reprodujo el régimen de extradición señalado por la Ley 76 de ese año.

El sistema judicial está regulado en los siguientes artículos:

Artículo 1974. Cuando a las autoridades judiciales de Colombia se les reclame directamente la entrega de un reo, por las de igual carácter de un país extranjero, a virtud de lo estipulado en las Convenciones de extradición, examinarán los documentos que se acompañan a la solicitud, practicarán las demás diligencias prevenidas en dichas Convenciones, y, previa audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público, decidirán si debe o no accederse a la extradición, conforme a los Tratados.

Artículo 1975. Si la reclamación se dirige a algún Magistrado o Juez que no sea del orden general, se pasará al Juez nacional respectivo, para que decida con arreglo al artículo anterior.

Artículo 1977. Las resoluciones sobre extradición de reos que dicten los jueces nacionales de primera instancia son apelables por el Ministerio Público y por el presunto reo; y en todo caso se consultarán con la Corte Suprema Federal, la que procederá como está dispuesto para los autos interlocutorios, y dará aviso de la resolución definitiva al Poder Ejecutivo de la Unión.

El trámite administrativo, y ocasionalmente mixto, está previsto en esta norma:

Artículo 1976. Cuando la extradición se pida directamente al Poder Ejecutivo de la Unión por un Gobierno extranjero, y, según los pactos internacionales vigentes deban practicarse diligencias de carácter judicial, como las de hacer comparecer el presunto reo, oír sus descargos o tomar en consideración las pruebas de su criminalidad, dicha solicitud se pasará con los documentos anexos, al Juez nacional de primera instancia de la jurisdicción donde reside la persona reclamada para los efectos anteriores.

Si los pactos sobre extradición no exigen la práctica de las expresadas diligencias, no se hará necesaria la intervención judicial, y el negocio se decidirá administrativamente.

Parece que la Corte no tuvo ocasión de hacer ningún pronunciamiento sobre la forma como debería adelantarse la extradición según cada uno de los sistemas previstos, pues desde el año de 1895 se declaró incompetente para conocer en consulta de las decisiones que sobre las respectivas solicitudes hicieron los jueces de conocimiento, considerando que ellas eran de la competencia exclusiva de los respectivos tribunales (auto de septiembre 12 de 1895, en G. J. T. XI, pág. 84).

b) Segundo período (1936 en adelante).

En este período hay que distinguir dos eventos: Cuando existe tratado de extradición suscrito con el país requirente, y cuando no lo existe, los cuales se analizan separadamente.

1. El trámite de la extradición regulado por tratados públicos.

a) Preeminencia de los Tratados.

Cuando el país ha suscrito tratado de extradición con algún país, la tramitación de las solicitudes correspondientes deberá sujetarse en forma exclusiva a las previsiones del mismo. Esta preeminencia del derecho internacional sobre la legislación interna ha sido una constante en el campo de la extradición, aún en el período anterior, como ya se dejó expuesto.

La Corte en sentencia de noviembre 29 de 1983, con ponencia del Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía, destaca la prelación de los tratados sobre la legislación nacional en los siguientes términos:

La primacía de los convenios internacionales en esta materia ha sido tradición legislativa nacional: En efecto el Código Penal de 1890 señalaba en su artículo 18 la primacía de los tratados o convenios en cuanto a la extradición por delitos comunes; el Código Judicial de 1888 por su parte, daba prelación a los tratados sobre las normas internas que regulaban la extradición (arts. 1972 y 1974); el Código Penal de 1936 estipulaba en su artículo 9 que "la extradición se concederá de acuerdo con los tratados públicos", y agregaba que sólo a falta de ellos "el Gobierno ofrecerá o concederá la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal". Y el actual estatuto punitivo nacional, reitera en su artículo 17 que "la extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos" y que la legislación interna se aplicará únicamente en ausencia de tales convenios. No sobra recordar a este propósito que como la Constitución Nacional nada dice en punto a extradición, es esta una materia que está reservada a las determinaciones del legislador que de ella se ocupa al regularla procesalmente (arts. 733/62, C. de P. P.; Decreto 2200 de 1938) o al decidir sobre aprobación de convenios internacionales. Resulta, pues, incuestionable que mientras esté vigente un acuerdo de extradición con algún Estado, el Gobierno colombiano debe cumplirlo aunque en él se pacten cláusulas diversas de las que sobre aspectos idénticos estén previstas

en la legislación sustantiva o procesal colombiana, cuya aplicación como se ha dicho es en tales materias subsidiarias. Por lo demás, esta prevalencia del Tratado sobre la legislación interna no es sólo principio básico y consustancial del derecho internacional, sino que en este específico sector de la extradición ha sido invariablemente reiterado por la Corte como puede observarse, entre otros, en los conceptos de 11 de mayo de 1944 (LVII, 614), 9 de abril de 1945 (LIX, 209), 27 de marzo de 1947 (LXII, 145), 25 de agosto de 1951 (LXX, 192), 29 de marzo de 1972 (VXLII, 291), 6 de julio de 1983.

Ha sido tan reiterante nuestro ordenamiento jurídico en relación con la preeminencia que tienen los tratados públicos sobre las normas del Código de Procedimiento Penal, que en todas las regulaciones sobre extradición expedidas a partir de 1938 ha previsto como trámite preliminar la formulación de un concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores en el que se defina si ella debe tramitarse conforme a los tratados internacionales, o con sujeción a las normas de dicho estatuto. En el artículo 743 del Decreto 409 de 1971, norma vigente en la actualidad, se dice:

> Artículo 743. Concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores. Traslado de la documentación al Ministerio de Justicia. Recibida la documentación, el Ministerio de Relaciones Exteriores ordenará que pasen las diligencias al Ministerio de Justicia, junto con un concepto en que se exprese si es el caso de proceder con sujeción a convenciones o usos internacionales, o si se debe obrar de acuerdo con los artículos 733 a 740 de este capítulo.

Sobre este punto nunca ha habido discrepancia entre las distintas entidades que han venido participando en el trámite de las extradiciones. La Corte ha devuelto en forma sistemática los expedientes cuando llegan sin dicho concepto para que se subsane la omisión; el Gobierno por su parte explícitamente ha manifestado que el procedimiento de extradición señalado en el Código de Procedimiento Penal sólo se aplica cuando no hay tratado. Por ejemplo, en la Resolución en que dispuso la extradición del ciudadano alemán Raimund Johnnes Von Der Recke, expedida a principios del presente año, dice textualmente "que la solicitud se presentó de conformidad con lo dispuesto en los artículos 733 a 740 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, que son las normas reguladoras de este caso, por no existir tratado con el Estado requirente...".

b) *Regulación del trámite interno.*

Con relación al trámite interno que debe darse a las solicitudes de extradición que formulen los países con los cuales Colombia tiene tratados suscritos sobre esta materia, no hay previsiones normativas específicas, pues ya se ha dicho que las normas del Código de Procedimiento Penal sólo se aplican para el caso en que no haya tratado, tal como lo dispone expresamente nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre este punto pueden darse varias alternativas: El tratado puede establecer únicamente las normas que regulan las relaciones entre los países signatarios, dejando liberada a la autonomía de éstos la regulación del trámite interno, como ocurre en el Tratado Multilateral de

Extradición aprobado por la Ley 74 de 1935, en el que sólo se habla del Estado signatario sin hacer referencia a ningún órgano del Poder Público del mismo, y en cuyo artículo 8 se dijo que "el pedido de extradición será resuelto de acuerdo con la legislación interior del Estado requerido; y, ya corresponda según ésta, al Poder Judicial o al Poder Administrativo".

En otras ocasiones el tratado llega hasta determinar las autoridades que deben tramitar la extradición, y a veces a señalar algunos procedimientos internos, adoptando para ello un sistema judicial, administrativo o mixto. En el tratado suscrito con España se dice, por ejemplo, lo siguiente: "Los Gobiernos de las Partes contratantes se entenderán entre sí o por medio de sus agentes en materia de extradición, y las resoluciones se tomarán por los mismos gubernativa o administrativamente" (Ley 35 de 1892, inc. 2, art. 10) (Subraya la Sala). Sin embargo, en el artículo 18 del mismo se prevé la posibilidad de que se recojan, a través de funcionarios judiciales, testimonios que el Gobierno considere necesarios para tomar la decisión respectiva (Subraya la Sala).

En la tradición jurídica de nuestro país ha predominado la adopción de los sistemas administrativos, aunque en algunas ocasiones se ha previsto la participación accidental de los órganos de la justicia. La razón fundamental para que se establezca preferencialmente el trámite administrativo en los distintos tratados, es la de que en estos se suela dejar al arbitrio del Gobierno el acceder o no a la extradición de nacionales, y siendo ello así, carece de sentido la participación de cualquiera otra Rama del Poder Público en el trámite de la petición. En otras palabras, resulta notoriamente incompatible la discrecionalidad reconocida al Gobierno para conceder o negar una extradición, con la obtención de un concepto vinculante de una autoridad judicial.

Por otra parte, el trámite administrativo permite la aprehensión del extraditable por las autoridades de policía, y sin sujeción a los requisitos judiciales para este propósito, dadas las particularidades especiales de la extradición. Con relación a ella el **habeas corpus** *tiene un campo de acción muy limitado, pues la detención del sindicado no se fundamenta en razones de orden judicial, sino en decisiones de carácter político, que deben ser ejecutadas por las autoridades administrativas dentro de la órbita de sus competencias. La Corte, en providencia de junio 7 de 1985 dijo a este respecto:*

> *No hay duda alguna, ni ahora ni cuando actuó el Juez 10 Penal Municipal, doctor N. N., de que el derecho internacional contempla la nota verbal proveniente de una embajada, como suficiente para activar los mecanismos policivos con el fin de obtener la detención preventiva de una persona sobre la cual, posteriormente, se hará recaer una solicitud de extradición, privación de la libertad que opera durante el término concedido por el Tratado (en el caso estudiado, tres meses —art. VII, Ley 8 de 1943—), para aportar en forma plena la documentación pertinente. El Código de Procedimiento Penal, por vía general igualmente señala la procedencia de una detención preventiva por petición telegráfica, concediendo un término de setenta días para formalizar la petición de extradición.*

Cuando un Estado expide normas sobre trámite interno, esa regulación fatalmente tiene que ajustarse a las previsiones del tratado sobre el sistema adoptado para la extradición, pues es sólo una norma complementaria y no sustitutiva de las decisiones incorporadas a éste. Así, por ejemplo, si en él se prevé un trámite administrativo, en las normas que definan el régimen interno no se podrá decir que corresponde a las autoridades judiciales decidir sobre ella, o condicionar la decisión a trámites ante la justicia; igual ocurriría si el sistema previsto fuera de carácter judicial. Las normas deben orientarse a complementar las previsiones del Convenio, pues ninguna ley interna tiene capacidad para modificar unilateralmente las decisiones de un tratado internacional. Por mandato expreso de nuestro ordenamiento jurídico, la ley suprema que regula la extradición es el tratado. Las normas que expida el Estado tienen que ser necesariamente complementarias, y no modificatorias, ni mucho menos sustitutivas, de las previsiones contenidas en él, porque lo que se busca es su eficacia integral, y no su desnaturalización, pues se correría el peligro de desconocer, mediante estos preceptos domésticos, la voluntad internacional que consagra el Tratado.

Para el caso concreto de nuestro país, no es necesario expedir normas especiales que regulen los trámites administrativos que deban realizarse par darle cumplido desarrollo a las previsiones de un tratado, pues ellos están previstos en la parte Primera del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que en su artículo 1º dispone que sus normas se aplican a los trámites administrativos de cualquiera de las Ramas del Poder Público, con las excepciones expresamente señaladas en dicha norma, y siempre que la ley no haya establecido un procedimiento especial para algún asunto. En él se definen claramente las actuaciones de los funcionarios, los derechos de los interesados y la forma de hacerlos efectivos, y los correspondientes recursos que se pueden interponer con relación a las providencias respectivas, los cuales están sujetas a su vez al control de las autoridades judiciales. Es un procedimiento que se mueve dentro de un ámbito jurídico propio, el cual tiene que ser por su naturaleza distinto del judicial, aunque está como éste encuadrado dentro de los principios constitucionales del derecho de defensa y del debido proceso, los que junto con el juicio de legalidad, constituyen el objeto del control que sobre él ejerce la jurisdicción contencioso administrativa a que está sujeto.

Para el desarrollo de los trámites judiciales previstos en algunos tratados no hay norma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, pero de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, bien se puede recurrir a normas que regulan casos o materias semejantes, y así ha venido haciéndolo la Corte cuando le ha tocado intervenir en ellos.

A pesar de la claridad de estas disposiciones legales, en la práctica ha habido confusión en su aplicación. La Corte no ha dudado nunca de la preeminencia de los Tratados sobre las regulaciones internas de carácter legal. A pesar de ello, ha venido interviniendo en las distintas peticiones formuladas por países con los cuales Colombia tiene suscrito Tratado de Extradición, sin analizar si dicha participación está o no prevista en ellos. Fue sólo con ocasión de la declaratoria de inexe-

quibilidad de la ley aprobatoria del Tratado suscrito con los Estados Unidos de América, Ley 27 de 1980, cuando se explicitó el problema de la competencia de las autoridades jurisdiccionales para intervenir en los trámites de extradición de ciudadanos solicitados por ese país, en razón de que en el régimen jurídico que entró nuevamente a regir no se prevé dicha participación, como adelante se expondrá. Por eso la Corte quiere en este momento reiterar que el trámite de las solicitudes de extradición formuladas por países con los cuales Colombia tenga tratado sobre esta materia, debe sujetarse a lo dispuesto en éstos, aplicando en cada caso la legislación interna que sea complementaria de las previsiones del tratado respectivo, sin que en ningún caso le sea permitido modificarlas alterarlas o sustituirlas.

2. El trámite de la extradición en ausencia de tratados públicos.

En forma constante nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado un sistema administrativo con participación de la justicia, para el trámite de las extradiciones, cuando ellas no están sujetas a tratados internacionales. Desde la Ley 24 de 1936, pasando por el Decreto 2200 de 1938, hasta la legislación vigente, lo mismo que en el Decreto 50 de 1987, nuevo Código de Procedimiento Penal que entrará a regir en el mes de julio del presente año, se ha dispuesto que el ofrecimiento o concesión de la extradición es competencia exclusiva del Ejecutivo, previo concepto de la Corte Suprema de Justicia.

c) Resumen y conclusiones.

De lo expuesto se deduce:

1. La extradición de extranjeros puede producirse existan o no tratados públicos suscritos con el país requirente. En el primer caso el trámite es el incorporado al tratado respectivo, y en el segundo será siempre el sistema administrativo previsto en el Código de Procedimiento Penal, con participación de la Corte.

2. La extradición de colombianos sólo podrá producirse con base en solicitudes formuladas por países que hayan suscrito tratados de extradición con Colombia, en los cuales se prevea expresamente esta posibilidad, teniendo en cuenta un tratamiento recíproco, y mediante el procedimiento que se haya incorporado al respectivo tratado.

3. Los trámites administrativos internos que sea necesario realizar para darle cumplido desarrollo al tratado están regulados en la Parte Primera del Código Contencioso Administrativo (Decreto 001 de 1984), por mandato expreso del artículo 1 de este estatuto.

II. Los tratados de extradición con los Estados Unidos de América.

La Corte se ha detenido en este recuento histórico de la evolución legislativa de la extradición porque interesa fijar el sistema imperante en los multicitados convenios de 1888 y 1940, los cuales son los llamados a regular toda solicitud de extradición cursada antes del 12 de diciembre de 1986, fecha de la sentencia de la Corte en la que se declaró inexequible la Ley 27 de 1980, tal como pasa a exponerse.

1. Tratados vigentes.

Colombia ha suscrito con los Estados Unidos de América cuatro convenios relacionados específicamente con la extradición, los cuales se analizan a continuación.

a) En el año de 1888 suscribió la Convención Recíproca de Extradiciones de Reos, la cual fue aprobada por la Ley 66 de ese mismo año. Luego en el año de 1940 suscribió la Convención Adicional a la de 1888, aprobada por la Ley 8 de 1943, en la cual se incluyó la extradición de personas procesadas por "delitos contra las leyes de represión del comercio de narcóticos", según reza el numeral 22 del artículo 1 de la misma.

En el año de 1935 se suscribió el Tratado Multilateral de Extradición de la VII Conferencia Internacional Americana, en el cual participó tanto Colombia como los Estados Unidos de América, el que fue aprobado para nuestro país por la Ley 74 de 1935. Sin embargo, él no modificó las normas de los tratados anteriores, al menos las referentes a la extradición de nacionales, por las siguientes razones:

1. En el artículo 21 del Tratado se dice: "La presente Convención no abroga ni modifica los tratados bilaterales o colectivos que en la fecha del actual estén en vigor entre los Estados signatarios. No obstante, si alguno de aquellos dejare de regir, entrará a aplicarse de inmediato la presente Convención entre los Estados respectivos, en cuanto cada uno de ellos hubiere cumplido con las estipulaciones del artículo anterior".

2. En el concepto emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores con relación a la solicitud de extradición hecha por los Estados Unidos de América de un ciudadano colombiano, se menciona entre los tratados suscritos entre ambos Estados la Convención que se comenta, pero se anota que "contra el artículo 2 de esta Convención que estipula la entrega del reo, cuando éste fuere nacional de Estado requerido, hizo reserva Estados Unidos..." (Concepto de 20 de marzo de 1972, G. J. T. 142, números 2352-2357, págs. 291-295).

En el numeral b) del artículo 21 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la Ley 32 de 1985, al señalar los efectos de las reservas hechas al suscribir un tratado multilateral, dispone que "modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva". Por consiguiente, este Tratado no puede regular las relaciones entre Colombia y los Estados Unidos de América cuando se trate de la extradición de nacionales de cualquiera de los dos países.

Posteriormente el Gobierno suscribió un nuevo Tratado de Extradición en el año de 1979, el cual fue aprobado por la Ley 27 de 1980. Tal ley fue declarada inexequible por la Corte mediante sentencia de diciembre 12 de 1986, readquiriendo automáticamente vigencia los tratados anteriores, según reiterada jurisprudencia de la misma Corte sobre los efectos de la declaratoria de inexequibilidad, es decir, los tratados de 1888 y 1940 atrás mencionados.

Por consiguiente, para decidir sobre la petición a que se refiere esta providencia, la Corte analizará el contenido de estos dos últimos tratados con relación a los temas en estudio, pues ella corresponde a una solicitud presentada con antelación al 12 de diciembre de 1986, no siendo del caso, por tanto, que la Sala se ocupe por ahora del análisis de situaciones jurídicas surgidas con posterioridad a esta fecha.

2. El contenido normativo de los tratados.

Con relación a los aspectos de la extradición que se analizan en esta providencia, las previsiones de los dos tratados mencionados son las siguientes:

a) Convención de Recíproca Extradición de Reos, aprobada por la Ley 66 de 1888.

En dicha Convención se prevé la posibilidad de extraditar tanto a ciudadanos nacionales como extranjeros, pero con relación a los primeros, la decisión de si se extraditan o no es absolutamente discrecional del Estado requerido. Dice así el artículo X de la mencionada Convención.

Artículo X. Ninguna de las altas Partes Contratantes será obligada a entregar sus propios ciudadanos según las estipulaciones de esta Convención: "El hacerlo o no, les será enteramente discrecional" (Destaca la Sala).

En lo que hace al sistema, este es de carácter exclusivamente administrativo o gubernamental. Las normas que definen las autoridades que deben tramitar la extradición dicen así:

Artículo 1. El Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América, con las restricciones que adelante se expresarán, convienen en entregarse recíprocamente todas las personas sindicadas o convictas como autores principales o como cómplices de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo II de esta Convención, cometidos dentro de la jurisdicción del otro Gobierno.

Artículo 4. Si la persona pedida se hallare sometida a juicio en el país al cual se pide, queda al Gobierno de esta última la opción de conceder la extradición o continuar su juicio...

Artículo VII. ...Cada Gobierno procurará, en cuanto legalmente le sea posible, el arresto personal de dicho reo...

b) Convención Adicional a la de 1888, aprobada por la Ley 8 de 1943.

En esta Convención sólo se adicionaron algunos delitos que también darían lugar a la extradición, entre ellos los relacionados con el comercio de narcóticos, y se reiteró el carácter administrativo del procedimiento, cuando dispuso:

Artículo II. Las Altas Partes Contratantes convienen igualmente en que la segunda frase del artículo III de dicha Convención de 7 de mayo de 1888, se modifique en la siguiente forma:

Si el individuo cuya extradición se solicita hubiese sido ya declarado convicto, la petición deberá ir acompañada de una copia debidamente autenticada de la sentencia del Tribunal por medio de la cual fue declarado convicto, y con la atestación de la pertinente autoridad ejecutiva; esta última deberá ser autenticada por un representante diplomático o por un funcionario consular del Gobierno ante el cual se hace la solicitud.

De acuerdo con las normas transcritas, el procedimiento acordado por ambos Estados para el trámite de las solicitudes de extradición en los tratados comentados, es exclusivamente administrativo, sin que se haya previsto ninguna participación de las autoridades judiciales del país.

Por otra parte, en forma expresa se dispone que la extradición de nacionales está en ellos deferida a la absoluta discrecionalidad del Gobierno de cada país, lo cual reitera el carácter administrativo del procedimiento adoptado, pues cualquiera intervención de las autoridades judiciales, por ser de alguna manera vinculante, implicaría limitación de dicha discrecionalidad.

III. El caso en estudio.

La solicitud de extradición del señor Víctor Eduardo Mera Mosquera fue hecha mediante la nota verbal número 605 del 25 de agosto de 1986, proveniente de la Embajada de los Estados Unidos de América. Está claro que las solicitudes sobre extradición antes del doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), se tramitan y definen conforme a las regulaciones de los Convenios de 1888 (Ley 66/88) y de 1940 (Ley 8/43), en los cuales no se ha previsto para nada la intervención de esta Sala.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expresa que en las diligencias de extradición del colombiano Víctor Eduardo Mera Mosquera, corresponde al Gobierno, de manera exclusiva y en forma absolutamente discrecional, decidir si accede a esta petición o la rechaza.

El Gobierno, pues, procederá libremente a tomar la determinación que juzgue pertinente, no siendo procedente el concepto solicitado a esta Corporación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas, Con salvamento de voto.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Respetuosamente discrepo de la decisión mayoritaria de la Sala, con la resolución final de abstenerse de conceptuar en los trámites de solicitudes de extradición y con las argumentaciones que se hacen para sustentar tal resolución, porque considero por las razones que a continuación se exponen, que por el derecho actualmente vigente en Colombia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe emitir su concepto en los trámites relacionados con las solicitudes de extradición:

Consideraciones generales:

Considero que la decisión mayoritaria parte de interpretación equivocada cuando afirma que la Ley 95 de 1936 en su artículo 9 y el Decreto 100 de 1980 en su artículo 17, excluyen la participación de la Corte en las solicitudes de extradición de nacionales cuando exista tratado suscrito sobre el tema entre el Estado requirente y el requerido. Porque es evidente que las normas mencionadas en el concepto mayoritario aluden a que la extradición de nacionales deberá regirse por los tratados especificamente celebrados en este sentido y por tanto no podría aplicarse ninguna norma de carácter interno que contradiga lo acordado a nivel internacional por medio de un Tratado, pero la aceptación de la argumentación anterior no lleva necesariamente a concluir a que en caso de vacíos evidentes en el Tratado no se pueda recurrir a leyes análogas de carácter interno que llenen los vacíos existentes en la convención internacional.

La práctica interpretativa mencionada con anterioridad tiene plena aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, que dispone expresamente que cuando no haya normas adecuables al caso concreto, se apliquen normas que regulen casos semejantes y estos vacíos existentes en el Tratado deben ser llenados por la legislación interna, sin contrariar las previsiones de la convención internacional, sino por el contrario para viabilizar su aplicación, porque aceptándose que la extradición es una norma de derecho público externo e interno, de naturaleza penal y a la que por su propia esencia se le deben aplicar las normas generales de interpretación que regulan la aplicación de la ley penal, en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales vigentes relacionados con el respeto de los derechos humanos, y finalmente con lo dispuesto en las normas penales que regulen actuaciones similares.

Si en la actualidad rige el Tratado de Extradición de 1888, adicionado por la Ley de 1943, se debe analizar si alguno de estos Tratados regula el trámite interno que se debe dar a las solicitudes de extradición; y es perfectamente claro que ninguno de los dos acuerdos internacionales dice nada en relación con el trámite interno que se le debe

dar a esta solicitud, porque en el artículo 1º se acuerda la entrega de personas solicitadas que están siendo perseguidas penalmente; en el 2º se hace una lista de delitos que darían lugar a la extradición, posteriormente adicionada por el artículo 1º de la Ley de 1943; en el artículo 3º se indican cuáles son los requisitos que debe llenar la solicitud, y se estipula que se trate de los delitos que aparecen enumerados en los Tratados, la existencia de una orden legalizada de arresto formulada conforme a las leyes del respectivo país, citando las disposiciones en que se fundamenta y si el requerido es un convicto, copia de la sentencia por la cual se declara esta responsabilidad, etc.; en el artículo 4º se establece que si el solicitado está sometido a juicio, al Gobierno le queda la opción de conceder la extradición o aplazarla mientras continúa el juicio; el artículo 5º dispone que si la solicitud tiene motivaciones de carácter político no habrá lugar a la extradición y en el 6º se estipula que la extradición se hará por medio de los Agentes Diplomáticos o Consulares. Se indica igualmente que el prófugo no podrá ser entregado entre tanto las pruebas existentes sean de tal naturaleza que justifiquen el arresto; en el artículo 6º se acuerdan las formas como debe procurarse el arresto de los solicitados; el 8º establece que los objetos y documentos que tiendan a probar la culpabilidad serán entregados con el solicitado, de la misma manera que el dinero y los efectos que tuviere en su poder de origen ilícito; en el 9º se regulan las solicitudes relacionadas con extranjeros para las partes contratantes; en el artículo 10 se acuerda la entrega discrecional de los nacionales; en el artículo 11 conviene que la existencia de obligaciones contraídas por el solicitado no impedirán la entrega; en el 13 determina la fecha en que la convención entrará en vigor. En la Convención de 1943 que lo adiciona, tampoco se indica un procedimiento de trámite interno para rituar las solicitudes que se formulen, porque como se indicó con anterioridad en el artículo 1º se adiciona la lista de delitos que pueden motivar la extradición; en el 2º se modifica el contenido del artículo 3º del Tratado de 1888 y finalmente en el 3º se acuerda lo relacionado con la vigencia.

En la suscinta relación del Tratado actualmente vigente entre los Gobiernos de Colombia y Estados Unidos se puede concluir que en ninguna de sus normas se establece el procedimiento que deben seguir las autoridades para el trámite y la concesión de la extradición solicitada, porque es claro que el contenido de las normas antes expuestas hace relación con los requisitos de la extradición para que ésta pueda ser concedida. Existiendo el vacío antes anotado se deben llenar las mencionadas lagunas con normas de naturaleza similar que regulen de manera específica el tema de la extradición; por ello se habrá de acudir a normas de otros tratados que sobre el tema de la extradición hayan convenido los Gobiernos colombiano y norteamericano y ante la ausencia de éstos debe recurrirse a lo dispuesto en las leyes procesales penales. Sólo ante la ausencia total de normas de carácter penal, considera el suscrito que se puede recurrir a trámites de carácter administrativo, como se pregona en concepto del que discrepo respetuosamente. En este orden de ideas debe recordarse la existencia de la Ley 74 de 1935 por medio de la cual se ratificó la Convención Interamericana sobre la Extradición que además de haber sido confirmada por los Gobiernos de Colombia y Estados Unidos dice en su artículo 8º: "El pedido de extradición será resuelto de acuerdo con la legislación inte-

rior del Estado requerido; y, ya corresponda, según ésta, al Poder Judicial o al Poder Administrativo. El individuo cuya extradición se solicite podrá usar todas las instancias y recursos que aquella legislación autorice" y sobre la vigencia de este tratado no puede llamarse a duda, porque en su artículo 21 establece con meridiana claridad que esta convención no abroga ni modifica los tratados bilaterales o colectivos que en ese momento estuvieran en vigor entre los Estados signatarios y que si alguno de ellos dejare de regir de inmediato entrará en vigencia la Convención Interamericana. Y es obvio que el contenido de los Tratados de 1888, adicionado por el de 1943, no pueden entenderse modificados ni abrogados, porque precisamente no tienen en relación con el punto que se discute, normas que lo contradigan, sino que por el contrario en este aspecto las normas existentes son de carácter complementario, y sirven para viabilizar y dinamizar su aplicación.

Y por si no fuera poco la existencia del tratado que atrás se reseña, existirían igualmente otras normas de carácter complementario, de naturaleza puramente penal, relacionadas con el trámite interno de la extradición, que no son otras que las que específicamente tienen que ver con este tema, se contemplan en el Código de Procedimiento Penal. Esta forma interpretativa se indica en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados adoptada por Colombia, mediante la Ley 32 de 1985.

Mi discrepancia obedece a que existiendo normas de naturaleza penal de por medio, las cuales pueden complementar los existentes vacíos de los tratados de extradición suscritos por Colombia, pudiera pensarse que tales lagunas se llenen por procedimientos puramente administrativos de naturaleza política, que por su propia esencia no son los más adecuados para regular el *ius puniendi* y establecer las garantías y límites que el Estado se señala a sí mismo para garantizar los derechos fundamentales de sus súbditos, y de los ritos y formas procesales especialmente creados, precisamente para dar garantía de seguridad jurídica a los asociados.

El derecho penal por su propia estructura es de una naturaleza muy propia y es por ello que las normas de interpretación que deben tenerse en cuenta para la aplicación de las mismas, tienen una serie de restricciones y garantías que no existen en otros ordenamientos jurídicos, tales como la inexistencia de la interpretación analógica, excepto cuando sea en favor de los intereses de los procesados; de la irretroactividad de sus normas, excepto en los casos de ultraactividad y retroactividad, cuando su aplicación implique beneficio a los procesados; la imposibilidad de la adaptación de la costumbre, sintetizadas en la regla general de dar preferencia a la norma de carácter favorable, de acuerdo a lo que expresamente en este sentido se regula en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

La Corte de manera inveterada y uniforme ha venido interviniendo en el procedimiento de la extradición tanto en vigencia del Tratado de 1888, como en el recientemente declarado inexequible y en algunas de ellas se ha hecho especial énfasis en el carácter complementario que tienen las leyes procesales penales con las de los tratados, cuando éstos regulan temas idénticos.

No es necesario citar las más importantes doctrinas de la Corte en las que se destaca esta principalísima función de la Corte, como estandarte garantizador del estado de derecho que se corresponde y adecúa a la conceptualización de Montesquieu sobre el poder del soberano, dividido en tres ramas que no sólo ejercen el poder de manera paralela, sino que además se controlan a sí mismas y se colaboran en una serie de actividades gubernativas que suponen necesariamente la participación de varias de esas ramas del poder.

II. El trámite de la extradición

Analizadas con algún detenimiento las normas contenidas en la Ley 147 de 1888, sobre la regulación del trámite de la extradición, fácilmente se advierte que en aquella época el procedimiento relacionado con el instituto era bien diverso al uso internacional actual y que no había, al parecer una verdadera sistematización de la extradición; tanto es así, que la legislación interna preveía los diversos formalismos según se tratase del sistema administrativo, del mixto o del judicial. Era de general aceptación la petición cursada de una autoridad judicial a otra sin intervención del Gobierno para la concesión de la solicitud (artículo 1947 de la citada ley), práctica que hoy ha sido abandonada por los convenios y usos internacionales, según los cuales se hace necesaria la intervención del Gobierno de un Estado para la extradición, sin que con ello se afirme, como se verá, que es exclusivamente al ejecutivo a quien compete el pronunciamiento sobre la solicitud.

No cabe duda que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia dominantes, las leyes internacionales (tratados, convenios, acuerdos, etc.) priman sobre la legislación interna; pero esta primacía se ha reconocido solamente en cuanto la aplicación de la ley internacional no afecte gravemente los intereses internos de la Nación, y solamente es aplicable, además, en aquellos casos en que regule exactamente una materia también reglada por la legislación interna. Por ello la jurisprudencia de la Corte ha considerado las disposiciones nacionales como de aplicación subsidiaria y complementaria para las situaciones de carácter interno que expresamente no estuvieren reguladas en los tratados.

En la jurisprudencia de la Corte, cuyo ponente fue el doctor Reyes Echandía, se destaca precisamente lo anterior al afirmarse que *"el Gobierno colombiano debe cumplirlo aunque en él se pacten cláusulas diversas de las que sobre aspectos idénticos estén previstas en la legislación sustantiva o procesal colombiana, cuya aplicación como se ha dicho es en tales materias subsidiaria"*. Quiere decir lo anterior que las reglas de procedimiento de la ley colombiana deberán entrar a regir las materias de derecho internacional cuando en los tratados públicos no se contenga una previsión procesal sobre aquello que es objeto del convenio estatal. Sólo así podrá predicarse una correcta preeminencia de los tratados sobre la ley, porque de no existir esa relación de subsidiariedad, carece de sentido cualquier alegación al respecto.

Al citarse como ejemplos la Ley 35 de 1892 y la 74 de 1935, se llega a la afirmación de que en los tratados públicos se consagra preferencialmente un trámite administrativo para los pedidos de extradición, lo cual, a mi juicio, no es del todo correcto como trataré de demostrar

más adelante; el sistema administrativo parece ser la excepción más que la regla, y referida más a los convenios celebrados en el siglo pasado y en los primeros años del presente. Dentro de este orden de ideas se dice que la razón de dicha preferencia es la de conceder absoluta discrecionalidad al Gobierno por pronunciarse sobre la extradición o no de nacionales y que por ello no tendría asidero alguno la intervención de otra cualquiera de las Ramas del Poder Público. Empero, la entrega de esa discrecionalidad al ejecutivo en nada se opone a la consagración paralela de una intervención judicial porque aún en presencia de un concepto de la Corte, favorable o no, si se ha previsto en el tratado podrá el Gobierno conceder o negar la extradición de acuerdo a la discrecionalidad convenida. Por lo demás, debería entonces analizarse si la intervención de la Corte tiene como fin el de orientar o apoyar al Gobierno para su pronunciamiento final a la luz de las conveniencias y consideraciones políticas, o si la función del concepto de la Corte es la de realizar el control de lo alegado por el Estado requirente con la legislación interna del país y con lo acordado en el tratado público.

Efectivamente, en tales acuerdos internacionales es imposible describir las conductas delictivas con el mismo nombre o en igual forma a las que contiene el Código Penal; el ejecutivo, que se sabe no adelanta labores de juzgador, debe consultar entonces si los hechos que originaron la petición son realmente constitutivos de delito según la legislación interna; si tal delito es o no político, militar o conexo con ellos; si la conducta igualmente se ajusta a las descripciones o denominaciones jurídicas contenidas en el tratado, y si puede afirmarse válidamente que la conducta materia del procesamiento en el exterior es de aquellas que dan base a la extradición según el contenido del tratado correspondiente. Esta labor de interpretación jurídica debe entregarse a una autoridad de la Rama Judicial y no a una administrativa, porque de lo contrario se estaría desconociendo uno de los principios fundamentales del estado de derecho. Producido el pronunciamiento sobre tales aspectos, se le entrega sí al Gobierno la discrecionalidad de la decisión. La función de la Corte es, en consecuencia, la de juzgar jurídicamente cada petición de extradición y garantizar los derechos que la Constitución y las leyes han concedido a los ciudadanos, así como garantizar al Estado requirente la legalidad de la decisión del ejecutivo y la existencia de previsiones internas que castigan también la conducta que él está juzgando.

Se afirma a renglón seguido que el trámite administrativo permite la aprehensión del extraditable sin sujeción a los requerimientos judiciales, dadas las particularidades de la extradición; empero, también esta situación está prevista para el trámite mixto, tal como lo señalan los artículos 742 y 748 del Código de Procedimiento Penal.

Se sostiene en el concepto mayoritario del que me aparto que no es indispensable que se regule de manera precisa el trámite legal que se debe dar a las solicitudes de extradición formuladas con base en un convenio internacional, puesto que tales procedimientos están previstos en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, pero al hacerse tal afirmación se olvida la naturaleza estrictamente penal de la extradición, que por su propia estructura requiere su precisa ade-

cuación al contenido constitucional previsto en el artículo 26 al establecerse no sólo la legalidad previa de las definiciones delictivas y penológicas, sino también la antecedente definición de los procedimientos a que deben ser sometidos los sujetos pasivos de la acción penal.

Lo extraño de la decisión mayoritaria de la Sala es que se acepta en ella que la aplicación de la norma administrativa se justifica siempre que una ley especial no haya establecido un procedimiento propio, y suficientemente se ha reiterado en este salvamento que precisamente el trámite de la extradición tiene una regulación especialísima en la ley procesal penal y que por tanto no se pueden aplicar a ella las normas generales contenidas en el Estatuto Contencioso Administrativo.

III. El contenido normativo de los tratados

En el análisis de la convención recíproca de extradición de reos aprobada por la Ley 66 de 1888 que contiene la ponencia, se incurre en la errada afirmación de que allí se prevé un procedimiento administrativo para la concesión de la extradición; se funda esta aseveración en la interpretación equivocada de las normas; así, por ejemplo, se cita el artículo 1º presuntamente entronizador del sistema administrativo cuando textualmente dice:

> *"El Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América*, con las restricciones que adelante se expresarán, *convienen* entregarse recíprocamente...".

Como se ve a las claras, ninguna referencia se hace aquí al sistema administrativo, al judicial o al mixto; la palabra *Gobierno* no tiene otra función que la de sujeto de la frase en la cual el verbo rector es *convienen*, y no podría ser de otra forma porque a nivel internacional solamente el Gobierno de un Estado puede comprometerlo; a nivel interno, además, está previsto que es al Gobierno a quien corresponde celebrar tratados públicos y no a la Rama Legislativa o Judicial (art. 120, numeral 2º de la Constitución Nacional); así, la norma transcrita no señala procedimiento sino que simplemente determina qué autoridad ha concurrido a contratar, convenir, o celebrar el tratado.

Tampoco el artículo 4º está indicando siquiera la voluntad de señalar un procedimiento administrativo con prescindencia de uno mixto, porque el afirmar simplemente que queda a discreción del Gobierno la concesión de la extradición no elimina la participación judicial en el trámite.

Finalmente, cabe señalar que la modificación introducida a la convención recíproca de la extradición de reos tampoco determina el trámite administrativo porque allí, apenas se hace mención a las condiciones de autenticidad de un documento internacional, y por ello se exige la intervención de la autoridad ejecutiva para la refrendación de los documentos judiciales que sirvan de base a la petición.

IV. La extradición en algunos tratados internacionales

A fin de examinar el uso internacional sobre la extradición, y tomar de allí pautas interpretativas, deben señalarse los siguientes:

1. Convención única sobre estupefacientes (Ley 13 de 1974) en su artículo 36 dispone:

"...iv) Los referidos delitos graves cometidos en el extranjero, tanto por nacionales como por extranjeros, serán juzgados por la parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente, *si no procede la extradición de conformidad con la ley de la parte a la cual se la solicita*, y si dicho delicuente no ha sido ya procesado y sentenciado.

b) Es deseable que los delitos a que se refieren el inciso 1 y el apartado a) ii) del inciso 2 se incluyan entre los delitos que dan lugar a extradición, en todo tratado de estradición concertado o que pueda concertarse entre las partes, y sean delitos que den lugar a extradición entre cualesquiera de las partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado o acuerdo de reciprocidad, *a reserva de que la extradición sea concedida con arreglo a la legislación de la parte a la que se haya pedido*, y de que esta parte tenga derecho a negarse a proceder a la detención del delincuente o a conceder la extradición si sus autoridades competentes consideran que el delito no es suficientemente grave" (subrayas fuera de texto).

Esta convención fue modificada posteriormente por un protocolo, el cual conservó en su artículo 36 las mismas normas ya citadas según las cuales la extradición de los delincuentes a que se refiere ella se regirá por las disposiciones internas de cada una de las partes contratantes, preferencialmente.

2. Tratado Multilateral de Extradición. VII Conferencia Internacional Americana (Ley 74 de 1935).

En este tratado, en su artículo 8º se dispuso textualmente:

"El pedido de extradición *será resuelto de acuerdo con la legislación interior del Estado requerido*; y, ya corresponda, según ésta al Poder Judicial o al Poder Administrativo. El individuo cuya extradición se solicite podrá usar todas las instancias y recursos que aquella legislación autorice" (subrayas fuera de texto).

3. Tratado sobre Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo el 23 de enero de 1889 en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, y el cual no ha sido adoptado por Colombia.

En este tratado, se consagra un procedimiento general para el trámite de la extradición y al respecto se puede leer en el artículo 32:

"Si el pedido de extradición hubiese sido introducido en debida forma, el Gobierno requerido *remitirá todos los antecedentes al juez o tribunal competente*, quien ordenará la prisión del reo y el secuestro de los objetos concernientes al delito, si a su juicio procediese tal medida, con arreglo a lo establecido en el presente tratado" (subrayas fuera de texto).

4. Tratado de extradición y protección contra el anarquismo, suscrito por Colombia en México el 28 de enero de 1902 con ocasión de la Segunda Conferencia Internacional Americana.

Dispone el trámite de la extradición de conformidad con las leyes internas de cada país en cuanto no se opongan con las normas generales del tratado, en su artículo 9º que es del siguiente tenor:

"La demanda de extradición, en cuanto a sus trámites, a la apreciación de la legitimidad de su procedencia, y a la admisión y calificación de las excepciones con que pudiese ser impugnada por parte del reo o prófugo reclamado, *quedará sujeta en lo que no se oponga a lo prescrito en este tratado, a la decisión de las autoridades competentes del país de refugio, las cuales arreglarán sus procedimientos a las disposiciones y prácticas legales establecidas para el caso en el mismo país...*" (subrayas fuera de texto).

5. Acuerdos sobre extradición firmados en Caracas el 18 de julio de 1911 en el Congreso Bolivariano, suscrito por Colombia y depositado el instrumento de ratificación el 28 de julio de 1914.

El artículo 8º de este tratado consagra igualmente que el procedimiento debe regirse por la ley nacional del Estado requerido:

"...La extradición de los prófugos en virtud de las estipulaciones del presente tratado *se verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda*" (subrayas fuera de texto).

6. Convención Centroamericana de Extradición, firmada en Guatemala el 12 de abril de 1934.

Aquí se consagra como parte del procedimiento de extradición, en su artículo 9º, lo siguiente:

"La autoridad a quien corresponda hará la aprehensión del prófugo, *con el fin de que sea presentado ante la autoridad judicial competente para su examen* si se decidiere que, conforme a las leyes y pruebas presentadas, procede la entrega, con arreglo a esta convención, el prófugo será entregado en la forma legal prescrita para estos casos" (subrayas fuera de texto).

7. Tratado de Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo el 19 de marzo de 1940 con ocasión del Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado.

Aquí se especificó un trámite para la extradición, y al efecto el artículo 18 dispone:

"Los Estados contratantes se obligan a entregar, siempre que fueren requeridos al efecto, las personas que, procesadas o condenadas por las autoridades de uno de ellos, se encuentren en el territorio del otro.

La entrega se concederá con arreglo a las formalidades procesales vigentes en el Estado requerido, debiendo concurrir las siguientes condiciones: ..." (subrayas fuera de texto).

Por su parte, el artículo 31 del mismo dice:

"Si el pedido de extradición hubiese sido introducido en debida forma, el Gobierno requerido *remitirá los antecedentes al juez o Tribunal competente*, quien apreciará la procedencia de tal pedido conforme a lo establecido en los artículos 29 y 30 y, en su caso, tomará las medidas necesarias relativas a la captura de la persona reclamada, ordenando su arresto y el secuestro de los objetos concernientes al delito, si a su juicio procediere" (subrayas fuera de texto).

Se consagran igualmente en este tratado varias disposiciones más que hacen expresa referencia a la necesidad de llenar los vacíos del trámite con la legislación interna de cada país.

De este recuento de tratados y convenios internacionales, algunos de los cuales ha acogido la República de Colombia, todos ellos relacionados íntimamente con el instituto jurídico de la extradición, se puede concluir un desarrollo inequívoco en relación con la regulación de ella.

Evidentemente, la decisión final sobre la extradición corresponde al Gobierno Nacional, sin que ello implique necesariamente que su actuación no deba estar controlada, guiada o asesorada por la Rama Judicial del Poder Público. Por el contrario, contemporáneamente las regulaciones internacionales sobre extradición exigen la participación de los Tribunales nacionales en el trámite de ésta, y más que eso, consagran que salvo la normación precisa del procedimiento en el Tratado Internacional, se aplicarán las leyes internas del país requerido para garantizar al extraditable y al Estado requirente la legalidad del procedimiento y el pleno desarrollo de sus derechos.

Bien sabido es que en materia internacional, donde tan difícil resulta promulgar leyes obligantes, tienen gran preponderancia los usos y costumbres que llegan a constituir la única ley aplicable. Pues bien, demostrado está que en materia de extradición es tendencia internacional, o cuando menos americana, la de regir el procedimiento por las reglas internas de cada Nación, y cuando se establecen trámites específicos y estrictos en los tratados, ellos son de naturaleza mixta en la cual interviene tanto el Gobierno como la Rama Judicial. Así las cosas, claro resulta una vez más, que el procedimiento que se debe imprimir al trámite de la extradición es el consagrado en los artículos 733 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, porque como se anotó, en la convención recíproca sobre extradición de reos suscrita entre los Estados Unidos de América y Colombia, vigente para la cuestión que se decide, no se estableció procedimiento alguno.

Concluir en la existencia del procedimiento administrativo sobre la base que a la luz del tratado los conceptos no obligan debido a la discrecionalidad que se le concede al Gobierno, podría llevar a concluir en la desaparición del Ministerio Público dentro del proceso penal puesto que es sabido que sus conceptos no son obligatorios para el juez ante quien se rinden y evidentemente la conclusión hipotética propuesta no es la solución más jurídica al problema.

V. Interpretación aplicable al caso concreto

En el aparte II. 2, de la providencia mayoritaria de la Sala, se señalan como razones para concluir que la convención recíproca de extradición de reos suscrita entre los Estados Unidos de América y Colombia y aprobada por la Ley 66 de 1888 señaló un procedimiento meramente administrativo para la extradición partiendo de la referencia que en los artículos X, 1, 4, y VII se hace a los Gobiernos de los Estados contratantes. Semejante interpretación de las normas, se repite, no se compadece con ninguno de los sistemas válidamente admitidos en la jurisprudencia y doctrina colombianas, como quiera que ni la más exegética interpretación avala tales planteamientos.

Así, del texto del artículo I de la Convención, se desprende no un tratamiento meramente administrativo para la extradición, sino un simple señalamiento de los poderes del Estado que han concurrido a la celebración del tratado. Evidentemente, no podría ser de otra forma, porque las regulaciones constitucionales y el mismo derecho internacional señalan que acuerdos como el de extradición no pueden celebrarse más que por autoridades representativas del Estado que celebre la convención, las cuales son únicamente las del orden ejecutivo. No puede la Corte Suprema de Justicia, ni el Poder Legislativo, concurrir a la celebración voluntaria y obligante de un tratado. Por ello, la mención de la palabra Gobierno en la disposición que se comenta mal puede interpretarse como el señalamiento de un proceso administrativo para la regulación interna de la extradición.

La expresión del artículo 4º que otorga discrecionalidad al Gobierno para conceder la extradición o continuar el juicio tampoco supone la consagración de un trámite administrativo para la extradición. Aquí simplemente se reconoce el principio general según el cual la resolución definitiva, haya intervenido o no la Corte Suprema de Justicia, queda al arbitrio del Poder Ejecutivo quien debe pronunciarse sobre el pedido que por la vía diplomática se le ha hecho. No se excluye aquí la intervención de la Corte, como tampoco se señala su indispensable concepto ni se establece un procedimiento específico para el trámite de las solicitudes de extradición, sino que se hace una simple enunciación del último paso del proceso pertinente.

Cuando el artículo VII de la mencionada Convención establece que cada Gobierno procurará el arresto personal del reo, tampoco hace referencia específica a que sea voluntad de las altas partes contratantes el consagrar el sistema administrativo como trámite de la extradición. Nótese que incluso se hace la salvedad de que esta función del Gobierno, posible dentro del sistema administrativo, el judicial o el mixto, está limitada a la facultad que las leyes internas de cada Estado le confieran al Ejecutivo, con lo cual se reconoce la necesaria combinación de la ley interna con las disposiciones del tratado para definir la extradición.

En las convenciones aprobadas por la Ley 66 de 1888, la 8ª de 1943, y la 27 de 1980, recientemente declarada inexequible, no se regulan específicamente los pasos que a nivel interno del Estado se deben dar a la solicitud de extradición, ni menos aún se dispone lo relativo a la defensa del requerido, ni a la representación de la sociedad, ni a la

protección de los intereses del Estado requirente, ni muchas otras condiciones del proceso. En consecuencia, forzoso es concluir que todos estos vacíos, deberán llenarse con la aplicación de las normas de derecho interno que regulan la materia, las cuales están contenidas en el Código de Procedimiento Penal para el caso de Colombia, y dentro de ellas se estatuye la obligatoria intervención de la Corte Suprema de Justicia para la emisión de su concepto, con la regulación precisa de que se tramitará como un incidente, y se respetarán las garantías de defensa consagradas en la normatividad vigente.

Este trámite, obviamente, no se contrapone en ningún momento con la cumplida ejecución que debe darse al Tratado, ni viola los principios en él contenidos, ni contraría sus propias disposiciones, sino que simplemente garntiza la legalidad de la resolución final de extradición, la seguridad del Estado; y respetando la soberanía nacional, compromete de manera más íntegra y segura la voluntad del Estado manifestada por medio de la orden de extradición del solicitado.

Ni en el Código Contencioso Administrativo, ni en ninguna ley procesal se encuentra regulación específica en torno al fenómeno de la extradición; sólo existe ésta en el Código de Procedimiento Penal, razón por la cual en atención a la especialidad se deben aplicar dichas normas al trámite del incidente de extradición. Apelar a la generalidad del procedimiento administrativo, es desconocer las garantías constitucionales del artículo 26 e imponer a un asunto perfectamente reglado un procedimiento extraño a él, en detrimento de los principios que orientan el estado de derecho.

Las anteriores razones son las que respetuosamente me llevan a discrepar de la decisión mayoritaria de la Sala.

Edgar Saavedra Rojas.

PRESCRIPCION

Cuando la acción penal se encuentra prescrita, el único pronunciamiento que corresponde hacer, es el de su declaración

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

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zuñiga.*

Aprobado Acta número 08.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a decidir sobre la cesación de procedimiento por prescripción de la acción en el proceso que sigue esta Corporación contra el doctor *Eduardo Enríquez Maya*, en calidad de Intendente del Putumayo, por el delito de prevaricato por omisión.

Hechos y actuación procesal:

1. Los hechos que se le imputan al doctor Eduardo Enríquez Maya, se originaron en la presunta entrada ilegal a la Intendencia del Putumayo, de una apreciable cantidad de licor del Departamento de Caldas que hizo el señor Hilmo Efrain Burgos Viteri.

Luego de algunas reclamaciones, mediante proveído de 14 de octubre de 1981, la Jefatura del Resguardo de Rentas, determinó que Burgos Viteri, no había incurrido en contrabando, ni defraudación a las rentas, ordenando la consiguiente devolución del licor incautado.

Por considerar que estos hechos iban contra los intereses públicos de la Intendencia, porque se limitaba la venta de los licores fabricados en la región, el 23 de octubre de dicho año, la Junta Directiva del Fondo Rotatorio de Licores del Putumayo, bajo la presidencia del doctor Eduardo Enríquez Maya, quien para la época se desempeñaba como intendente, determinó por unanimidad, suspender la devolución del licor a Burgos Viteri.

Esta plural determinación retardó la devolución del licor, motivo por el cual fue denunciado el doctor Enríquez Maya, al considerar Burgos Viteri que omitió el cumplimiento de la orden de entrega proferida por el Jefe de Resguardo de Rentas de la Intendencia.

Concepto de la Procuraduría:

En concepto que precede el Procurador Segundo Delegado en lo penal solicita de la Sala se decrete el cese de procedimiento por cuanto la conducta investigada no es constitutiva de *prevaricato por omisión* y además, porque desde el día en que se afirma se cometió el delito, han transcurrido más de cinco años, razón por la cual es aplicable el artículo 80 del Código Penal, pues la acción penal se encuentra prescrita.

Consideraciones de la Corte:

1. A pesar de que el Procurador Delegado no suministra elementos de juicio que puedan servir de fundamento a su petición en el sentido de dar prioridad a la inexistencia de delito sobre la prescripción, estima la Sala pertinente denotar, que por la naturaleza jurídica de este fenómeno, sea cual fuere la tesis que se adopte para explicar a la misma, la potestad punitiva del Estado desaparece en el momento en que ha transcurrido el tiempo prescriptivo.

Es necesario distinguir entre la pérdida de la potestad punitiva del Estado y su declaración, pues cuando ha pasado el tiempo necesario para la prescripción de la acción, la situación jurídica ya está dada y ningún pronunciamiento es posible hacer respecto a la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, pues ya el Estado carece de facultad para juzgar; aspecto distinto es la declaración judicial del fenómeno, debido a que por medio de este acto procesal lo que se hace es reconocerlo, pero en ningún momento se puede confundir la pérdida de la potestad punitiva estatal con el acto por medio del cual se la declara.

Esta básica distinción, implica afirmar, que cuando la acción penal se encuentra prescrita, el único pronunciamiento que corresponde hacer, es el de su declaración.

Por tal motivo, procederá la Sala a ocuparse exclusivamente de la prescripción de la acción.

2. La conducta de que se sindica al doctor Eduardo Enríquez Maya en calidad de Intendente de la Comisaría Nacional del Putumayo, se adecúa objetivamente como *prevaricato por omisión*, de conformidad con la descripción del artículo 150 del Código Penal, sancionado con la pena principal de uno a cinco años de prisión.

3. Por mandato del artículo 80 del Código Penal, la acción prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco años ni excederá de veinte.

Pero éste término prescriptivo se aumenta en una tercera parte, sin exceder el máximo señalado en el citado artículo 80, si el delito fuere cometido por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, al tenor del artículo 82 *ibídem*.

4. Como los hechos sucedieron en el mes de octubre de 1981, impera colegir, que hasta la fecha han transcurrido 5 años y 3 meses, lo que significa que la acción penal aún no ha prescrito, pues para que opere este fenómeno se requiere 6 años y 8 meses, debido a que cuando sucedieron los hechos que se le imputan al doctor Eduardo Enríquez Maya, él se desempeñaba como Intendente del Putumayo, lo que hace aplicable el precitado artículo 82 del Código Penal.

En mérito de lo expuesto y en desacuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve:

No declarar prescrita la presente acción penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CULPABILIDAD

No siempre resulta fácil establecer el elemento moral, empero la lógica penal enseña que es posible conocer la intención a través de los hechos realizados por el agente

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz*.

Aprobado Acta número 008. 17 de febrero de 1985.

Vistos:

Recibidos los conceptos del Ministerio Público y de la defensa corresponde a la Sala calificar el presente sumario instruidos con el fin de esclarecer la conducta del doctor *Alais Habid Molina*, exmagistrado del Tribunal Superior de Valledupar, cuando éste desempeñaba el cargo como integrante de la Sala de Decisión Penal.

Hechos:

Precisamente el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal respecto a lo acontecido refiere:

"Esa honorable Corporación en providencia del 4 de octubre de 1985 (fls. 27 y ss.), impuso al exmagistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar Alais Habid Molina, una sanción de suspensión sin derecho a remuneración por un término de tres meses, con anotación en la hoja de vida.

"Lo anterior como culminación de un proceso de carácter disciplinario adelantado por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, dentro del cual se produjo la Resolución acusatoria número 013 del 20 de agosto del mismo año, por medio de la cual se demandó de la honorable Corte Suprema de Justicia la aplicación de un correctivo disciplinario para el exfuncionario implicado.

"Los hechos origen tanto de la actuación disciplinaria como de naturaleza penal, pueden concretarse en la siguiente forma:

"El Juzgado Tercero Superior de Valledupar concedió el 12 de diciembre de 1973 en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra el auto de sobreseimiento temporal proferido dentro del proceso penal seguido a Pedro Antonio Sánchez (fl. 6, cdno. actuación disciplinaria).

"Llegado el expediente al Tribunal Superior, fue repartido el 17 de enero de 1974 al magistrado Alais Habid Molina, existiendo constancia secretarial acerca del ingreso del expediente al despacho del magistrado ponente, con fecha 11 de enero del mismo año.

"El primero de febrero de 1974 se dio traslado al colaborador fiscal para efectos que presentara el alegato correspondiente.

"Recibido el asunto y luego de otros trámites de rigor, el 18 de febrero de 1974 ingresó al despacho del magistrado con la información de que ya se contaba con el concepto fiscal (fl. 32 vuelto).

"El magistrado ponente Alais Habid Molina no registró ninguna otra actuación en el expediente a que se ha hecho referencia, apareciendo comprobado que el 16 de abril de 1982, fecha en que hizo entrega del despacho al doctor Benjamin Armenta López, se encontraba aún por resolver el recurso de apelación interpuesto (fls. 55 y ss.)

"Dentro de la providencia emanada de la honorable Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual sancionó disciplinariamente al exmagistrado Alais Habid Molina, se consignaron en relación con la morosidad en la conducta del implicado las siguientes aseveraciones:

"'Nada, absolutamente, nada, sin embargo, encuentra la Corte a lo largo del proceso disciplinario adelantado contra el magistrado Alais Habid Molina que justifique, de cualquier modo, el inaudito abandono en el que mantuvo, durante más de ocho (8) años, el sumario adelantado contra Pedro Antonio Sánchez Sánchez, por homicidio, cuyo trámite sólo pudo reactivarse como consecuencia de haber dejado de ejercer la magistratura el funcionario acusado, sin embargo de que la providencia materia de su revisión consistía en un simple auto de sobreseimiento temporal, que no se hallaba a su conocimiento por apelación de los intervinientes sino, apenas, por el grado jurisdiccional de consulta, que no implicaba a numerosos sindicados y que no era, de otra parte, un expediente que pudiera considerarse en modo alguno voluminoso'".

Antecedentes procesales:

1º De las distintas diligencias recaudadas dentro de la investigación debe destacarse:

Con las constancias documentales del caso está debidamente probada la condición del magistrado del Tribunal Superior de Valledupar del citado doctor Habid Molina por la época a que se contraen los hechos investigados.

Que evidentemente el proceso seguido a Pedro Antonio Sánchez le fue repartido a este funcionario el día 17 de enero de 1974, entrando a su despacho el 21 del mismo mes. Con auto de 1º de febrero se dio traslado al fiscal del Tribunal, quien el 5 emitió su opinión. Una vez agotado el correspondiente traslado a las partes para presentar los alegatos con fecha 18 del mes ya indicado el asunto pasó al despacho del magistrado para resolver lo conveniente.

Desde esta fecha hasta la del retiro del doctor Habid Molina (hecho ocurrido el 16 de abril de 1982) el proceso no tuvo ninguna actuación y únicamente el día 25 de julio de 1983 el magistrado ponente Benjamín Armenta López profirió decisión inhibiéndose de conocer el sobreseimiento temporal toda vez que el auto que concedió el recurso no había sido legalmente notificado.

O sea que Habid Molina mantuvo en su poder algo más de *ocho (8) años* el proceso sin producir ninguna decisión. Es este en verdad el cargo imputado y el que dio origen a la sanción disciplinaria mencionada antes.

2º Llamado a dar las explicaciones de tal demora el exmagistrado adujo que dada la cantidad de asuntos (846) recibidos de su antecesor, sin incluir los disciplinarios contra jueces y abogados, le era imposible resolver dentro del término legal el sumario del señor Sánchez Sánchez procedente del Juzgado Tercero Superior de Valledupar.

Recargo de trabajo que se agravó —dice— cuando al crearse el Departamento del Cesar se suspendió un magistrado de la Sala Penal que era de tres quedando en consecuencia únicamente dos. Situación que continuó hasta el año de 1979 "cuando se aumentaron dos plazas más de magistrados, quedando así constituida la Sala Penal con cuatro magistrados como se encuentra actualmente".

Más adelante agrega: "Al llegar el año de 1979 con motivo del aumento de las dos plazas de magistrados, con estos nuevos magistrados y los dos que venían laborando hasta agosto del año de 1979, se hizo un reparto extraordinario como puede constatarse en el acta correspondiente de los procesos que teníamos los dos magistrados, correspondiéndonos a cada uno la cantidad de 613 procesos penales.

En estas circunstancias considera que su comportamiento se encuentra justificado, "pues la culpabilidad se basa en el reproche que se pueda hacer a la conducta y la conducta es reprochable en cuanto que se realice en forma contraria a lo que se debía ser (sic), es decir en cuanto a que a la persona le es exigible el comportamiento. Por ello si en determinadas circunstancias al procesado no se le puede exigir un comportamiento diferente al observado, jurídicamente no puede hacésele ningún reproche para deducirle culpabilidad penal, dolosa, culposa ni preterintencional. Me refiero a lo que la doctrina denomina 'no exibilidad (sic) de la conducta', que es una causal extralegal de inculpabilidad, aplicable por los jueces así la ley en forma expresa no lo establezca, porque ella es de la esencia del derecho penal que se basa en la culpabilidad. Por otro aspecto, corrijo, al hablar de la no exibilidad (sic) de otra conducta, es con el fin de que si se considera el número de procesos penales que me entregaron al despacho, los que encontré los dejé y mi récord de trabajo, a mí no me puede exigir mayor trabajo o rendimiento al que humanamente podría realizar pues frente al número de procesos referidos era un imposible físico despachar oportunamente los procesos que se encontraban al despacho..." (fls. 64 a 65).

Sobre el prevaricato que sería el delito atribuido, teniendo en cuenta el Código de 1936 vigente, argumento al respecto: "El prevaricato es excencialmente (sic) y en lo que respecta al Prevaricato por

Omisión, según la norma vigente para la época de la conducta investigada, el dolo se objetiva en la simpatía o animadversión y estos sentimientos en ningún momento me determinaron el cumplimiento de mis funciones, máxime, cuando la omisión que se me endilga fue motivada por el recargo de trabajo que encontré en el Tribunal Superior...".

3º En el mismo sentido se manifiesta el apoderado y acogiendo el concepto del Procurador delegado sostiene que la conducta del doctor Alais Habid Molina no es punible por falta de dolo.

A propósito expone: "El artículo 168 (Código de 1936) no sanciona el simple retardo, este debo serlo por simpatía o animadversión a cualquier interesado. Si alegamos ante el más alto Tribunal de Justicia donde sus componentes han acumulado experiencia y sabiduría, nos sentimos relevados de desmenuzar el proceso, pues en verdad como lo sostiene la Procuraduría que no existe dolo y mucho menos el calificado que exige la norma citada. Se me hace que la disposición aplicable sería el artículo 172 del anterior Código que es de este tenor: "El funcionario o empleado público que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, incurrirá en multa de diez a trescientos pesos siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave". Mediante una oblata, bien pudiera ponérsele término al proceso conforme a lartículo 91 del Código Penal.

"Pero las cosas quedarían en entredicho. Este artículo 172 quedó subsumido en otras normas, más aún su tipo dejó de existir como delito y pasó a engrosar las normas disciplinarias. Lo que rige hoy es el 150 del Código Penal vigente no aplicable en el tiempo a mi defendido. La sanción impuesta resulta más gravosa que la imponible en los términos del artículo 172 del anterior Código y no se puede sancionar doblemente por el mismo hecho. Como lo sucedido carece de relevancia penal y no hay delito sin ley que lo consagre, solicito de manera comedida sobreseer definitivamente al procesado".

4º Por su parte el Procurador Delegado tras de hacer un recuento de los antecedentes procesales y, desde luego, recalcar sobre la morosidad notoria del magistrado Habid Molina para proferir la decisión judicial pertinente –negligencia que únicamente se vio interrumpida cuando el funcionario fue reemplazado circunstancia que, por otro lado, le valió la sanción disciplinaria impuesta, reconoce que desde el campo penal, la tipicidad y antijuridicidad de dicha conducta es manifiesta. Pues a las claras está perfectamente establecida la omisión del funcionario de un acto propio de sus funciones. Comportamiento descrito en el Código Penal de 1936 en el artículo 172 y actualmente reproducido en el 150.

Sin embargo, sostiene, que si ninguna duda objetivamente existe respecto a la omisión, esta es consecuencia "de una conducta desarrollada en forma culposa, en cuanto objetivamente existe la omisión, pero es fruto del descuido o la desatención que el agente pudo o debió superar". Por ello manifiesta que "Nada, absolutamente nada en la investigación sumaria permite estructurar el dolo en la conducta cuestionada. Siendo el delito por el que se procede esencialmente doloso, la presencia de una forma diferente de culpabilidad (en cuanto se in-

cumplió reprochablemente el deber de cuidado para evitar la producción del resultado típico), resulta imposible la configuración de la culpabilidad que nuestro estatuto punitivo ha previsto para el delito dentro del cual se subsume el comportamiento omisivo del procesado".

Consecuente con su modo de pensar solicita que la Sala entonces sobresea definitivamente al procesado.

Considerandos:

1º Conforme se anotó ninguna duda existe en cuanto a la morosidad observada por el exmagistrado Habid Molina, en resolver la apelación propuesta al auto de sobreseimiento temporal proferido en favor de Pedro Antonio Sánchez. Inactividad reconocida por el propio procesado y, desde luego, aceptada por su apoderado.

Lo cual indiscutiblemente demuestra objetivamente un hecho punible, circunstancia que libera a la Sala examinar el aspecto material del reato. No así en cuanto al elemento subjetivo del mismo si se tiene presente que tanto el incriminado y su defensor como el Procurador Delegado descartan el dolo en la conducta de dicho funcionario y por consiguiente inexistencia del hecho como delictuoso.

2º Verdad inconclusa es que para la existencia de responsabilidad penal no sólo es suficiente que la acción humana sea típica y antijurídica sino que es necesario además la culpabilidad, sin cuya presencia el delito no sería jurídicamente posible. Al efecto nuestro estatuto penal enseña que la culpabilidad puede ser dolosa, culposa o preterintencional. En cuanto a lo primero afirma que la conducta "...es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible". O bien como lo afirma un autor es "la actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de una acción lesiva de un bien jurídico, es decir, una acción que realiza un tipo penal".

Desde luego no siempre fácil resulta establecer este elemento moral, empero la lógica penal enseña que es posible conocer la intención a través de los hechos realizados por el agente. Pues querer y obrar tienen inmediata relación cada vez que se ejecuta un acto determinado.

3º Retornando al caso del magistrado doctor Alais Habid Molina nada difícil entonces aparece su proceder irregular, pese a sus esfuerzos dialécticos para sustraerse de la responsabilidad que apuntan las constancias procesales. Porque resulta inverosímil que dentro de tanto tiempo, así existiesen situaciones excepcionales, no hubiera dictado la providencia que de él la ley requería.

No es un misterio y menos ignora la Sala que un buen número de despachos judiciales se hallan atiborrados de asuntos a causa de imposibilidad física de despacharlos dentro del término legal. Pero no hacerlo durante algo más de ocho años —prácticamente desde el momento que asume el cargo hasta que se hace dejación del mismo— es hecho inadmisible y con más razón todavía si ciertos antecedentes pregonan que el funcionario actuó con alguna diligencia en otros asuntos.

De ahí la ausencia de lógica en los motivos expuestos por el señor exmagistrado de Valledupar. Porque si en verdad la demora suele ser justificada en algunos casos, como el exceso de trabajo o cualesquiera otro que imposibilite el cumplimiento de funciones, no lo es si acaso la omisión aparece sin fundamento alguno dado el dilatado tiempo, pues se repite, que ocho años y más es lapso suficiente para decidir judicialmente determinado asunto, así éste requiera estudio y hayan demasiados por resolver.

Cierto es que la estadística en cuanto establece el número de providencias dictadas por un juez, excusa de responsabilidad por demora. Pero dicho predicamento no puede tenerse como regla absoluta porque hay casos —precisamente como el examinado— que bajo ninguna forma resulta exculpativo, habida cuenta el prolongado período de inactividad y haber despachado otros procesos entrados posteriormente al recurso impetrado. Sin olvidar que 96 meses, era tiempo bastante no sólo para resolver los expedientes repartidos, entre los cuales obviamente se encontraba el citado, sino los asignados extraordinariamente.

Y si en verdad nada indica —conforme lo sostiene Habid Molina— que haya procedido por malquerencia o afecto hacia alguna de las partes, tampoco está evidenciado que la conducta haya sido consecuencia de una acción culposa y por lo mismo, como se pretende, ayuna de dolo. Por el contrario conforme a lo reseñado aflora la reiterada desidia del funcionario judicial para fallar la alzada propuesta por el agente del Ministerio Público, proceder que denota incumplimiento consciente de no hacer lo que estaba obligado a ejecutar.

4º Dicho lo anterior conviene recordar que a tiempo de suceder los hechos imputados a Alais Habid Molina estaba vigente el Código Penal de 1936, cuyo artículo 172 prescribía: "El funcionario o empleado público que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, incurrirá en multa de diez a trescientos pesos, siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave". O sea que la conducta realizada por el citado funcionario se adecúa perfectamente a la descripción allí prevista, puesto que omitió decidir el recurso sobre el sobreseimiento temporal.

Delito este de abuso de autoridad que corresponde en su esencia al previsto en el actual artículo 150, diferenciándose éste de aquél en la sanción que hoy es privativa de la libertad e impone, además, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la penal principal. Por otra parte ubicado ahora en el capítulo correspondiente al prevaricato y en el caso específico denominado prevaricato por omisión.

Para los efectos legales subsiguientes al procesado lo cobija la norma más favorable que es la del Código anterior y naturalmente bajo cuya vigencia ocurrieron los hechos.

Concluyese de lo afirmado que el exmagistrado doctor Habid Molina incurrió en el delito de abuso de autoridad tipificado en el artículo 172 de la Ley 95 de 1936 (Código Penal), tal como se dejó anunciado y según las constancias procesales recaudadas en este proceso. Por lo tanto habiéndose cumplido las exigencias señaladas en el

artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, debe responder en juicio penal.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público,

Resuelve:

Llamar a juicio al doctor Alais Habid Molina, natural de Villanueva, Guajira, hijo de Julio y Rafaela, abogado de profesión, casado, de 47 años, residenciado en Valledupar, como autor de un delito de Abuso de autoridad conforme al Capítulo Sexto, Título Tercero, Libro Segundo del citado Código Penal.

Para efectos de la notificación del presente proveído y designación del defensor conforme a lo indicado en los artículos 484 y 485 del Código de Procedimiento Penal, envíese al Tribunal Superior de Valledupar —Sala de Decisión Penal— el correspondiente despacho para que proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

Lo que marca una rotunda característica del delito de privación ilegal de la libertad es que si la detención de una persona se produce por acto abusivo de la potestad legal del empleado oficial para limitar la libertad de locomoción de una persona, dicho proceder prevalece, para efectos punitivos, sobre cualquier otro interés jurídico afectado

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

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 11.

Vistos:

Surtido el trámite de instancia, procede la Corte a decidir el recurso de apelación oportunamente interpuesto y sustentado por el Exjuez Promiscuo Municipal de Riosucio (Chocó) doctor *Dagoberto Baquero Baquero* contra la providencia de cinco de mayo postrero, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó lo llamó a responder en juicio por el delito de detención arbitraria y tomó otras determinaciones.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, tras escueta referencia a los hechos procesales y las alegaciones del impugnador solicita la confirmación del auto recurrido con la modificación de comprometer en juicio al procesado por el delito de prevaricato por acción. Del mismo modo reclama la sustitución de la medida de aseguramiento impuesta al acusado por la detención preventiva de que trata el artículo 42 de la Ley 2ª de 1984 en razón a que el Decreto 1853 de 1985 no es aplicable por fuerza de su declaratoria de inexequibilidad, abogando por el reconocimiento anticipado del subrogado de la condena de ejecución condicional como requisito para la concesión de la excarcelación caucionada.

Resultandos:

1. El 26 de agosto de 1985 el Tribunal Superior de Quibdó abrió investigación penal en contra del Exjuez Promiscuo de Riosucio, doctor Dagoberto Baquero con base en denuncia formulada por el ciudadano Carlos Leyton Salas Moreno conforme a la cual, pasadas las cinco de la tarde del 26 de octubre de 1984 encontrándose en el bar "Indi" de dicha población fue provocado deliberadamente por su denunciado

quien intencionalmente le dio un pisotón dando lugar a un intercambio de graves injurias personales.

Una hora después, se presentó el juez acompañado de un agente de la Policía ordenándole su encarcelamiento en el Comando de la Estación de Policía por haberlo irrespetado, siendo puesto en libertad dos horas después por el Comandante de dicha Unidad, Teniente Jairo Ochoa.

Un mes después aproximadamente, fue nuevamente detenido en la Cárcel Municipal por el término de cincuenta y seis horas en cumplimiento a la Resolución número 02 del 29 de octubre del citado año, dictada por el juez denunciado (fls. 1 y 40 del expediente).

2. Mediante inspección judicial al Comando de la Estación de Policía se estableció que en la fecha indicada (26 de octubre) el señor Salas Moreno permaneció retenido en dicho lugar por orden del juez Dagoberto Baquero hasta las 19:00 horas en que fue dejado en libertad por el Comandante de la Estación (fl. 60).

El agente de la Policía Nacional Efraín Palacios Rodríguez, declaró en varias oportunidades sobre lo sucedido, relatando que la tarde del 26 de octubre estando de servicio en el Comando de la Policía fue requerido por el juez Baquero para capturar a un individuo que le había faltado al respeto, el que efectivamente fue aprehendido y conducido al calabozo, siendo posteriormente dejado en libertad por el Comandante de la Unidad (fls. 46 y 102).

Interrogado el deponente el 27 de octubre por el propio funcionario incriminado en versión que sirvió de antecedente a la resolución sancionatoria proferida contra el irrespetuoso Salas Moreno, dijo sobre el particular: "*Preguntado:* ¿Cuando llegamos al Comando de Policía o sea usted y el suscrito, qué le solicité a usted? *Contestó:* Que lo dejara en ese Comando en retención hasta hoy a las 8 a.m. que sería presentado esto fue a las 6:30 p. m. *Preguntado:* ¿Qué pasó luego? *Contestó:* Lo metí al calabozo, yo le dije al Teniente que había un señor Salas por orden del juez, ya que le había faltado al respeto de palabra, y él dijo que lo soltaran..." (fl. 46).

3. Al día siguiente del incidente, el juez Baquero produjo la Resolución número 01 de 27 de octubre, por la que basado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil ordenó recibir testimonio a las personas que presenciaron los hechos, entre las cuales, al agresor Salas Moreno y al agente de la Policía ya mencionado.

Recibidas tales declaraciones durante los días 27 y 29 de octubre de 1984 dictó la Resolución número 02 de esta última fecha en la que dio por demostrada la injuria de que fue objeto por parte de Salas Moreno "sin motivo alguno por hecho que desconoce el titular del Despacho" sancionándolo con pena de arresto inconmutable por el término de 96 horas, la que deberá pagar en la cárcel municipal de Riosucio, resolución que aparece notificada personalmente al infractor el mismo día de proferida (29 de octubre) y contra la que éste no interpuso reposición quedando en firme el 1º de noviembre (fls. 14 a 50 y 82 a 84 del expediente).

4. Revisados los libros de control de entradas y salidas que se llevan en la Cárcel Municipal de Riosucio se transcribió el contenido de la boleta de retención número 039, sin fecha, suscrita por el juez Dagoberto Baquero y dirigida al Director del establecimiento carcelario en la que le solicita "tener en ese establecimiento carcelario por el término de 72 horas al señor Carlos Leyton Salas M., a fin de que cumpla sanción impuesta por irrespeto a la autoridad, sanción que se hizo mediante Resolución número 02 de octubre 29 de 1984".

El funcionario instructor consignó en dicho acto: "En libro salida y entrada a folio número 194, se encontró con fecha 28 de octubre de 1984, 11:45 de la mañana recibir a esta recibir (sic) al detenido Carlos Leyton Salas por parte del Juzgado Promiscuo Municipal. En libro a folio número 24 se encontró Carlos Leyton Salas M. Riosucio, 29 de octubre de 1984. Continuó revisando los libros a disposición de este Despacho, y no se encontró boleta de libertad" (fl. 89).

5. En el curso de la inspección judicial al Comando de la Estación de Policía de Riosucio se revisaron las órdenes de captura que allí reposaban, encontrándose que con boleta número 025 de 28 de noviembre de 1984 se solicitó la captura de Salas Moreno, sindicado de irrespeto a la autoridad según Resolución número 02 de 27 de octubre del mismo año, orden que se cumplió (fl. 60).

6. Oído en indagatoria el sindicado, manifestó que la tarde de autos fue víctima de agresión verbal por parte de Salas Moreno quien se encontraba en avanzado estado de embriaguez, limitándose a solicitar respaldo policivo para que el agresor fuera conducido "hacia el Comando y puesto a disposición de mi Despacho a primeras horas del otro día. Al otro día, sábado, el señor Leyton Salas fue conducido a mi Despacho, oído en declaración y se le abrió una resolución e inmediatamente fue puesto en libertad".

Recepcionados los testimonios de las personas que tuvieron conocimiento del incidente, el juez produjo resolución mediante la cual lo sancionó con 72 horas de arresto, la que una vez notificada y ejecutoriada ordenó ejecutar por cuenta del Inspector de Policía. Enterado que el arresto no se había hecho efectivo procedió a revisar los libros de la Cárcel Municipal y el Comando de la Policía a fin de establecer si "ellos habían realizado la captura, o en su defecto qué autoridad lo había hecho" comprobando que "en el libro de la Cárcel se había anotado la entrada del mencionado individuo mas no así su salida, y del registro de policía lo más curioso que él mismo había llevado al Comando la orden de captura y la había dejado allí, una vez cerciorado de estos hechos y viendo que se estaba jugando con mi autoridad al no cumplirse un arresto legalmente expedido y tramitado, ordené inmediatamente se hiciera efectiva la orden de captura la que el señor Salas cumplió en la cárcel de la población".

Negó haber ordenado la retención de Salas la tarde de autos, pues esta medida la tomó la Policía que está facultada para retener a las personas por espacio de veinticuatro horas aceptando sí, haberlo hecho con fundamento en resolución sancionatoria con el lleno de las formalidades legales.

Respecto a las órdenes de captura de que da cuenta el informativo, ofreció la siguiente explicación:

"... La orden dirigida al Comando el 28 de noviembre de 1984 es completamente legal porque ya aparece ejecutoriada la resolución. La boleta de retención número 039 se dictó con posterioridad a la 025 del 28 de noviembre, se dictó por setenta y dos horas, porque se supone que el señor Salas ya había cumplido veinticuatro como lo registra el libro de la cárcel, en ningún momento esa orden es de octubre,... dicté la Resolución número 02 por medio de la cual se ordenaba se retuviera al señor Salas Mosquera con un término de setenta y dos horas, ya que como en el libro radicador de la cárcel aparecía con entrada por un día, y sin fecha de salida, lo más lógico era hacerle efectivo o ya pagado ese día y dictarle una orden por el término restante para que cumpliera la sanción impuesta en la Resolución número 01 del 27 de octubre de 1984..." (fls. 114 a 119).

7. Clausurada la etapa investigativa, el Tribunal Superior de Quibdó, obrando de acuerdo con su colaborador fiscal llamó a responder en juicio al procesado por el delito de detención arbitraria que describe y sanciona el artículo 272 del Código Penal al dar por demostrado que en dos ocasiones (26 y 28 de octubre de 1984), con claro abuso de funciones dispuesto el encarcelamiento del denunciante, le impuso como medida de aseguramiento la de caución prendaria y ordenó la expedición de copias a fin de investigar por separado otros hechos ilícitos atribuidos al mismo funcionario, decisión recurrida en apelación por el acusado.

Argumenta el recurrente que no es verdad que haya ordenado la retención del querellante la tarde de autos por haberlo irrespetado, prevalido del concurso prestado por las autoridades de policía y que la orden de captura contenida en la boleta 025, jamás se hizo efectiva. Apoyado en doctrina de la Corte, cuyos apartes transcribe, sostiene que en el evento de aceptarse "el hecho de haber insinuado al policía que retuviera al atrevido ciudadano, no puede interpretarse como lo dice la honorable Corte que estuviere expidiendo boleta de captura, ni estaba coartando indebidamente el principio inviolable de la libertad, máxime que cuando de autos se estableció que el señor Salas Moreno fue puesto en libertad dos horas después por el Teniente Jairo Ochoa" y que ante la posibilidad de haber obrado como simple particular porque el motivo de los ultrajes no fue su investidura oficial, concluye que se estaría en presencia de un doble motivo de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción e incompetencia del juez, toda vez que el delito cometido sería el de secuestro y no el de detención arbitraria.

Cuestiona la providencia impugnada por ausencia de presupuestos legales para residenciarlo en juicio y termina solicitando un sobreseimiento definitivo por no ser constitutivos de delitos los hechos denunciados, o uno de carácter temporal mientras se practican las pruebas notadas de menos por el Tribunal Superior. Como petición subsidiaria, reclama la invalidez del proceso por incompetencia del juez.

8. A su turno, el Procurador Delegado estima que el acusado fue injuriado e irrespetado por un beodo "sin relación alguna con la inves-

tidura de juez o funciones propias de éste, ante la absoluta ausencia de antecedentes de actuaciones judiciales, en que apareciere interesado o afectado el denunciante Salas" por lo que "es descartable el punible de detención arbitraria, para dar paso al de prevaricato por acción (art. 149 del C. P.) y en razón de no haberse tenido en cuenta las exigencias del artículo 39 del Código Procesal Civil, de hallarse en ejercicio de funciones o de haberse proferido la injuria por razón de ellas".

Consecuente con dicho planteamiento solicita la reforma del auto enjuiciatorio en el sentido de llamarlo a responder por tal ilícito sustituyendo la medida de aseguramiento (caución prendaria) por la de detención preventiva de que trata el artículo 42 de la Ley 2ª de 1984, excarcelable mediante caución por reunirse los requisitos de la condena de ejecución condicional.

Consideraciones:

Ministerio Público y recurrente coinciden en afirmar que el comportamiento del procesado se realizó al margen de su investidura oficial y con ocasión de un incidente personal que nada tuvo que ver con el ejercicio de funciones inherentes al cargo de juez o por razón de ellas, descartando por este aspecto la existencia del delito de detención arbitraria por el que fue llamado a responder en juicio. Esbozan en consecuencia, un error de adecuación típica de la conducta endilgada discrepando en cuanto a la naturaleza del ilícito perpetrado, pues mientras aquél afirma que se trata de un prevaricato, éste considera que el hecho imputado se enmarca dentro de un secuestro simple.

En orden a dilucidar la controversia suscitada *es preciso recordar que la privación ilegal de la libertad a que alude el artículo 272 del Código Penal exige como elemento estructural de la conducta que el sujeto agente cualificado (empleado oficial) ostente entre sus atribuciones legales la de privar de la libertad a una persona, pues sólo así puede abusar o hacer mal uso de las mismas.*

Nota característica de esta infracción es el abuso de la función que incide específicamente en el bien jurídico de la libertad individual expresamente garantizada en el artículo 23 de la Carta Política y en la norma penal que describe dicha ilicitud y que la distingue del secuestro simple en el que el particular por medios violentos o engañosos realiza alguna de las conductas alternativas descritas en el artículo 269 del Código Penal. En el prevaricato por acción el sujeto cualificado profiere resolución o dictamen manifiestamente ilegales, afectandos de tal modo la probidad y rectitud en las resoluciones y dictámenes oficiales (art. 149 ibidem).

Pero lo que marca una rotunda diferenciación de estas conductas es que si la detención de una persona se produce por acto abusivo de la potestad legal del empleado oficial para limitar la libertad de locomoción de un individuo, dicho proceder prevalece, para efectos punitivos, sobre cualquier otro interés jurídico afectado.

La Sala, precisando el alcance de estos conceptos expresó en jurisprudencia que no ha perdido actualidad porque la descripción típica de

esta figura (art. 272 del Nuevo Código Penal) es idéntica a la del anterior Código Penal (art. 295) que:

"Incurre en detención arbitraria el funcionario que tiene entre sus funciones la facultad legal de privar de libertad a las personas cuando lo hace sin sujeción a las formalidades prescritas legislativamente o cuando la norma jurídica no autoriza la detención. Pero en todo caso el hecho ha de ser cometido por funcionario o empleado público, con abuso de sus funciones. Cuando éste priva de libertad a una persona como un simple particular, sin identificarse, sin ejercitar autoridad que se concrete, al menos aparentemente, en acto propio de los que son inherentes a su cargo, entonces sí cometerá delito de secuestro, y su proceder por ser ajeno a sus funciones, caerá dentro del ámbito de lo simplemente particular, y su conducta podrá serle reclamada como tal dentro de las prescripciones de los artículos 293 —secuestro de rescate— o 294 secuestro impropio (de la anterior legislación). Cuando este delito es cometido por quien exhibe la condición de funcionario con la facultad de detener, a través de acto de autoridad no puede hacerlo sino con abuso de las funciones inherentes a su cargo y toma la calificación de detención arbitraria " (sentencia, 15 de febrero de 1972).

Aplicando tales principios al caso examinado, es incuestionable, que el sindicado en su carácter de juez tenía por mandato del artículo 39-2 del Código de Procedimiento Civil el poder disciplinario de sancionar con pena de arresto inconmutable a quienes le faltaran al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, atribución de la que precisamente se valió para fundamentar la resolución mediante la cual impuso arresto inconmutable de 96 horas al responsable del irrespeto.

A raíz del altercado verbal con Salas Moreno, por un incidente totalmente extraño al ámbito de su actividad judicial, se presentó ante las autoridades de policía identificándose como juez y reclamándoles colaboración en el sentido de retener o encarcelar al irrespetuoso ciudadano hasta el día siguiente en que debía ser puesto a su disposición, lo interrogó respecto a lo sucedido y con base en la norma legal ya mencionada adelantó la averiguación pertinente para darle basamento jurídico a la resolución sancionatoria, es decir, que el doctor Baquero Baquero actuó en todo momento no como simple particular, sino como Juez de la República. Pero su intervención no se limitó a estos hechos sino que se extendió a otros actos de autoridad concretados en las órdenes de captura que impartió a las autoridades respectivas.

De los elementos de convicción aducidos al proceso, entre los cuales la confesión del sindicado, resulta establecido que el Exjuez Promiscuo Municipal, con motivo de un altercado personal con Carlos Leyton Salas Moreno que nada tuvo que ver con el ejercicio de funciones ni se originó por razón de ellas y con claro abuso de la potestad disciplinaria de que estaba legalmente investido, privó en forma arbitraria y caprichosa de la libertad a quien afirmó le había faltado al debido respeto, basado para ello en la norma legal que no autorizaba dicha medida, pues, se repite, el irrespeto de que fue objeto no se produjo por actuaciones suyas como juez o por razón de ellas.

Es más: Su ilícito proceder lo llevó a ordenar verbalmente a la autoridades de Policía el encarcelamiento del denunciante en la form relatada por el agente que lo aprehendió encerrándolo en el calaboz de la Estación de Policía, medida que posteriormente materializó e orden de captura que se hizo efectiva el 28 de octubre de 1984 en l cárcel de la localidad de Riosucio, antes de proferida y notificada a infractor la Resolución número 02 de 29 de octubre del mismo año qu le impuso sanción de arresto por la falta cometida sin que result válida la excusa que en tal sentido presenta el acusado, pues en e primer caso la orden de retención transitoria no fue dispuesta por e Comandante de la Estación de Policía en razón de una contravención sino por el propio juez y en el segundo evento, tal hecho aparece com probado mediante inspección judicial visible al folio 89 del expediente.

Como quiera que el funcionario judicial, de acuerdo a las explica ciones vertidas en declaración indagatoria, se consideró irrespetado por un particular y con fundamento en normas vigentes dictó una providencia que estimó ajustada a la ley, resulta descartada la existencia del delito de prevaricato, cuyo reconocimiento reclama el señor Agente del Ministerio Público, por ausencia del elemento doloso estructurante de dicha ilicitud.

En cambio, la conducta por él asumida se subsume en el tipo penal que describe la privación ilegal de la libertad de una persona porque la detención de Salas Moreno se produjo sin el lleno de los requisitos legales para un pronunciamiento de tal naturaleza.

Probado entonces, que el Exjuez sindicado en ejercicio del poder disciplinario que le otorgaba el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, abusó de él porque privó de la libertad al denunciante en circunstancias que la citada norma no autorizaba y antes de que cobrara firmeza la resolución dictada en tal sentido, incurrió con tal proceder en la arbitrariedad que describe el artículo 272 del Código Penal infracción por la que fue llamado a responder en juicio. Colmados los requisitos del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, el pronunciamiento recurrido debe confirmarse.

En tales condiciones, no asiste razón al recurrente cuando reclama la calificación del hecho con un sobreseimiento definitivo o temporal o pide la invalidez del proceso por incompetencia del juez, como tampoco al Procurador Delegado quien solicita un cambio en la denominación jurídica de la infracción sustituyendo la medida de aseguramiento impuesta al procesado, advirtiendo eso sí, que en el evento de haber prosperado su pedimento, la Corte no podría cambiar la caución prendaria por detención preventiva del sindicado, puesto que en virtud del principio constitucional de favorabilidad de la ley penal y concretamente del fenómeno de la ultraactividad de la norma más benigna en sus efectos, resultaba de imperativa aplicación al caso, las disposiciones del Decreto 1853 de 1985, mucho más favorables en esta materia que las de la Ley 2ª de 1984, máxime que bajo su vigencia alcanzó a consolidarse esa situación (Ver auto de 11 de noviembre de 1986. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia oído el concepto del Procurador Delegado,

Resuelve:

Confirmar el auto de proceder apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Manzilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

NULIDAD. INEXISTENCIA

Durante el desarrollo de un proceso pueden presentarse fallas procedimentales, algunas de las cuales generan nulidad o hacen que el acto sea inexistente, pero en ambos casos es necesario que las normas legales así lo dispongan, o que con ellas se violen seriamente los derechos de las partes. Las demás fallas deben ser subsanadas por el juez

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

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta número 11.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 8 de marzo del año próximo pasado, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, al confirmar la de primera instancia, condenó a *Gardenio Estrella Moncayo* a la pena principal de ocho años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes y actuación procesal:

En horas de la madrugada del 12 de noviembre de 1978, en la casa marcada con el número 15-42 de la calle 22 de la ciudad de Pasto, domicilio de Jesús Viveros, en donde se celebraba una reunión de amigos y se consumían bebidas embriagantes, se suscitó por motivos baladíes una intrascendente discusión entre varios de los concurrentes, ante lo cual Gardenio Estrella Moncayo propinó dos cuchilladas —una de ellas mortal— a Jorge Enrique Castro, quien falleció al ser trasladado a un centro de salud para recibir atención médica.

En el curso de la investigación, iniciada por el Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Pasto, fue oído en indagatoria y comprometido en juicio el agresor, por homicidio voluntario, mediante providencia que recurrida en apelación resultó confirmada plenamente por auto que quedó ejecutoriado en septiembre de 1979 (fl. 118, cuaderno principal).

En octubre 25 de 1979 se integró el jurado que debería participar en la audiencia. A pesar de ello, y de las reiteradas peticiones del apoderado del procesado, el juez doctor Luis A. Erazo, no señaló fecha para la realización de ésta, debiendo conceder la libertad provisional al sindicado por haber transcurrido más de un año sin que no sólo se hubiera celebrado la audiencia, sino sin que siquiera se hubiera seña-

lado fecha para su realización. Sólo en noviembre de 1982 se señala fecha para la celebración de la audiencia, cuando ya estaba a cargo del Despacho un nuevo juez. Esta conducta irresponsable del funcionario mencionado deberá ser investigada disciplinariamente, para lo cual por la Secretaría de la Sala se compulsaran las copias pertinentes

Igual puede decirse del defensor del procesado, doctor Laureano Pantoja Ortega, quien fue reconocido como tal en diciembre 3 de 1980, habiendo tomado posesión sólo hasta el 16 de marzo de 1982 a pesar de los requerimientos previos formulados por el juzgado, y quien por petición del procesado fue reemplazado por un defensor de oficio en noviembre de 1984, en razón de que había abandonado sus deberes. También con relación a él se compulsarán las correspondientes copias para que se adelanten las investigaciones a que haya lugar.

La audiencia empezó a celebrarse el 26 de noviembre de 1982, pero fue suspendida por petición del Fiscal. Al día siguiente fue hospitalizado uno de los jurados, por lo que el juez señaló nueva fecha para el 23 de febrero de 1983. La audiencia no se pudo reanudar por inasistencia del defensor. Luego se fijaron nuevas fechas para el 6 de marzo de 1983 y el 13 de noviembre del mismo año, las cuales tampoco se cumplieron, sin que en el proceso aparezca la razón para ello.

En abril de 1985 el juzgado dispuso el sorteo de nuevo jurado, por no haberse continuado la audiencia dentro de los términos señalados por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, y se señaló como fecha para la audiencia el 18 de junio del mismo año, en la cual se celebró.

Hallado responsable de homicidio en la modalidad en que fue comprometido en juicio, Estrella Moncayo fue sentenciado a la pena principal de 8 años de prisión en fallo confirmado en apelación, en el que no se le concedió la condena de ejecución condicional. El de segunda instancia es objeto del presente recurso extraordinario.

La demanda:

El recurrente advierte que el proceso se halla viciado de nulidad y formula con invocación de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, dos cargos a la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, así:

Cargo primero: Se desconocieron las formas propias del proceso por haberse conculcado el derecho de defensa del encausado, pues habiendo éste cambiado a su defensor mediante escrito del 28 de noviembre de 1980, el nuevo designado sólo se posesionó del cargo el 16 de marzo de 1982, lo que indica que aquél quedó "desprotegido jurídicamente" durante el lapso que tardó la asunción del poder por el segundo profesional. Igualmente se desconocieron las formas del proceso por no haberse requerido al abogado que aceptó el nombramiento como lo ordena el artículo 117, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, para que ejerciera el poder.

Cargo segundo: El proceso es nulo porque la sentencia recurrida omitió declarar la nulidad de la audiencia comenzada el 26 de noviembre de 1982, debido al tiempo transcurrido entre esta fecha y la de cele-

bración de la nueva audiencia, a la que se procedió en cumplimiento del auto "híbrido" del 25 de abril de 1985, en el que el juzgado no declaró la nulidad de la vista pública comenzada, sino que ordenó sortear nuevos jurados de conciencia.

Arguye que al reemplazar el jurado de conciencia que actuó en la audiencia que comenzó el 26 de noviembre de 1982 y fue suspendida a pedido del Fiscal, ordenando la integración de un nuevo Tribunal de facto invocando el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, violó las formas del proceso y por consiguiente el artículo 26 de la Carta. Insiste en que hubo suspensión del debate público por encima del término legalmente autorizado y sin causa justificativa y considera, luego de transcribir jurisprudencia de esta Sala que estima aplicable al caso, que lo sucedido "ha perjudicado al procesado al mismo nivel que ha burlado la justicia".

El Ministerio Público:

En juiciosa contestación a la demanda, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se opone a la casación del fallo alegado porque en su criterio no existió nulidad alguna en el proceso.

En cuanto al primer cargo, señala que el objeto de las formas procesales es la garantía de los principios "inherentes a la naturaleza y fin del juzgamiento", y que la garantía de la defensa permite al acusado ser oído y controvertir los cargos "a través de las posibilidades del debate argumentativo y probatorio". Estima que el tiempo en que el procesado estuvo desprovisto de defensor no incidió en su derecho de defensa, y razona sobre la paradoja que conllevaría el "que los argumentos espetados por el casacionista para obtener la invalidez del proceso, vayan a resultar siendo precisamente los efectos procesales de la declaratoria de nulidad; porque retrotraer la actuación sobre la base de la falta de celeridad, a etapas procesales ya superadas, sería tanto como dejar al acusado y ahora reo bajo las mismas expectativas, en situación *sub júdice*, o como dice el censor 'observando el paso del tiempo' con grave repercusión en 'la tranquilidad familiar, en la estabilidad psicológica, y en fin en el derecho humano a la libertad y a la justicia' ".

Sobre el segundo cargo, tras advertir acerca del objetivo de la nulidad procesal y destacar que se trata de un remedio extremo, último "para el saneamiento de la actividad jurisdiccional", señala que la omisión de declarar la nulidad de la audiencia parcialmente realizada por parte del juez, constituyó el ejercicio de "uno de sus poderes de ordenación e instrucción" inherentes a su deber funcional y que en últimas, al dejar tácitamente sin valor un acto procesal que no podía continuarse sin infringir clara disposición legal por el tiempo que medió entre ésto y el auto en que dispuso convocatoria de nuevo jurado, lo que hizo fue brindar al procesado la garantía de imparcialidad del juzgamiento de facto y favorecer la igualdad de las partes. En ampliación de los fundamentos de su concepto destaca la función preventiva del juez en el proceso para calificar como correcta la solución infundida a la situación que se presentó en la causa materia del fallo acusado, y estima que la lentitud judicial y del abogado que determinó "la

dilatación extrema del proceso" bien podría generar acciones disciplinarias, más no la causal de casación que se reclama.

Consideraciones de la Sala:

Con base en la misma causal, nulidad constitucional, el recurrente formula dos cargos que consideraremos en el mismo orden en que los plantea.

Primer cargo: Las nulidades procesales son, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, medidas extremas que ante la imposibilidad de sanear los vicios que afectan la actuación, debe el juez declarar a petición de parte u oficiosamente. La razón de ser de tal instituto es la garantía de los derechos ciudadanos que condensa la Constitución Nacional en su artículo 26, el que desarrolla la ley de procedimiento en las taxativas enumeraciones en que las consagra. Las llamadas constitucionales o jurisprudenciales amplían para hacer más ostensible el respeto a los derechos del procesado y la igualdad de las partes en la litis, el campo de las violaciones que ocurridas en el proceso atentan contra las garantías fundamentales de la norma superior citada. Estas no implican, sin embargo, su indiscriminada extensión a toda irregularidad que se presente en el proceso, y que no conculque los referidos derechos.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, cierto es que durante el lapso transcurrido entre diciembre de 1980 y marzo de 1982 el procesado no tuvo defensor; pero también lo es que dada la asombrosa —por decir lo menos— lentitud con que se tramitaba la causa, como lo destaca la Procuraduría, no hubo en ese tiempo oportunidad de efectivo ejercicio del derecho de defensa porque estando ya integrado el Tribunal de conciencia y no habiéndose señalado fecha para la audiencia de juzgamiento, la actividad del personero del acusado se reducía a demandar tal señalamiento, como así lo había hecho muy reiteradamente el profesional reemplazado e inexplicablemente no escuchado (fls. 131 a 134).

Paradójicamente la demora misma en la realización de la audiencia redundó en su propio beneficio, pues ella fue la razón para que le fuera concedida la libertad provisional.

No prospera, por tanto, este cargo.

Segundo cargo: El no haber decretado la nulidad de la fallida audiencia iniciada el 26 de noviembre de 1982 no constituye a su vez causal de nulidad del proceso, pues no era ese el mecanismo a que debió recurrir el juez para resolver este problema.

En efecto, *durante el desarrollo de un proceso pueden presentarse fallas procedimentales, algunas de las cuales generan nulidad o hacen que el acto sea inexistente, pero en ambos casos es necesario que las normas legales expresamente así lo dispongan, o que con ellas se viole seriamente los derechos de las partes.*

Las demás fallas deben ser subsanadas por el juez, dentro de su función de responsable de la adecuada marcha del proceso, cuando ello sea necesario para el desarrollo de la actuación. En el sistema inquisi-

tivo que orienta nuestra justicia penal, al juez le corresponde la conducción de la actuación para garantizar el esclarecimiento de la verdad material, no sólo practicando las pruebas que sean necesarias, sino también impulsándola hasta lograr su adecuada culminación. Cuando se presenten fallas que no generen nulidades o inexistencia el juez puede, y debe, buscar soluciones prácticas para subsanar las que puedan entorpecer la marcha del proceso. Carecería de todo sentido lógico que cuando la ley prevé mecanismos de corrección para irregularidades graves, las más leves no pudieran ser enmendadas cuando el juez las descubra o cuando se las pongan de presente alguna de las partes; que, por ejemplo, no pudiera poner en conocimiento de las partes un peritazgo cuando omitió hacerlo en su oportunidad, o que no pudiera llamar al testigo para que firmara la declaración que olvidó firmar.

Fue esto precisamente lo que hizo el juez cuando integró un nuevo jurado para realizar la audiencia, pues no era posible reiniciar la que se había suspendido casi tres años atrás, porque aquí sí se habría generado una nulidad de acuerdo precisamente con el texto de la jurisprudencia que el mismo censor transcribe en su demanda. La reconstitución del jurado por causa justificada no ha sido erigida en causal de nulidad por la ley, ni puede configurar una nulidad constitucional, pues en lugar de afectar el derecho de defensa, lo protege.

Tampoco prospera este cargo.

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

Resuelve:

1. *No casar* la sentencia impugnada.

2. Por Secretaría y con destino a las autoridades pertinentes, expídanse las copias para promover las acciones disciplinarias anotadas en la parte motiva de esta resolución.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR

El Estatuto Penal Militar en sus disposiciones, como el de las demás leyes especiales, constituyen una unidad sustancial con la normatividad común, pero respetando la naturaleza y fines de cada uno

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

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado Acta número 13.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a decidir sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar de Bogotá contra la sentencia de segunda instancia proferida por esa Corporación el 18 de diciembre de 1985, por medio de la cual confirmó la dictada por el Comandante del Batallón de Policía Militar número 3, para condenar al soldado *Elkin de Jesús Restrepo Osorio* como responsable del delito de homicidio, a purgar la pena principal de 36 meses de presidio en lugar de 4 años de presidio que había impuesto el juez de primer grado.

Hechos:

Los que dieron origen a este proceso sucedieron el 15 de agosto de 1984, en las horas de la madrugada, cuando el Cabo Segundo Rafael Eliécer Puerto Arí, quien pertenecía al Batallón de Policía Militar número 3 y se encontraba como Cabo Relevante de la Guardia, levantó al personal de la misma a fin de que prestara el tercer turno.

Como los soldados cometieron actos de indisciplina, el Cabo Puerto Arí les ordenó algunos ejercicios y vueltas al parqueadero de las instalaciones del Batallón ubicado en la ciudad de Cali (Valle).

El soldado Elkin de Jesús Restrepo Osorio afirmó haber sido objeto de malos tratos y de amenazas, situaciones ante las cuales disparó en ráfaga su arma de dotación —fusil G-3—, causándole a su superior varias lesiones, las cuales le ocasionaron la muerte.

Actuación procesal:

1º Por encontrarse el país en estado de sitio y por competencia, el Comandante del Batallón de Policía Militar número 3, en cumplimiento del artículo 1º del Decreto legislativo número 1057 de 1984, luego

de adelantada la respectiva investigación, convocó la correspondiente Corte Marcial de carácter verbal.

2º En el Consejo de Guerra Verbal se puso a consideración de los Vocales el cuestionario donde se acusaba al soldado Elkin de Jesús Restrepo Osorio del delito de homicidio simple causado al Cabo Segundo Rafael Eliécer Puerto Ari, pero en las circunstancias de atenuación consagrada en el artículo 60 del Código Penal vigente, es decir, en estado de ira causado por grave e injusta provocación.

3º Acogido el veredicto afirmativo de los Vocales, el juez de primera instancia profirió sentencia el 11 de septiembre de 1985 y condenó al soldado procesado a 4 años de presidio como autor responsable del delito de homicidio descrito en el artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar, reconociendo el atenuante previsto en el artículo 27 del mismo estatuto.

4º Al ser consultada la sentencia de primer grado, el Tribunal Superior Militar el 18 de diciembre de 1985 la confirmó, pero imponiéndole al condenado 36 meses de presidio como pena principal dando aplicación al Código de Justicia Penal Militar.

Demanda de casación:

El señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar de Bogotá, solicita de la Sala se proceda a casar la sentencia por él impugnada y en consecuencia se profiera la que corresponda, para lo cual invoca la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por violación directa de la ley sustancial con fundamento en dos cargos:

El primero lo remite al no haberse aplicado los artículos 323, 376 y 378 del Código Penal vigente en la sentencia que censura. Las premisas que lo llevan a esta conclusión se pueden sintetizar así:

a) Que como lo reconoció la Corte en sentencia de casación de 7 de febrero de 1984, el Código de Justicia Penal Militar se encuentra entre las leyes penales especiales a que se refiere el artículo 376 del Código Penal vigente;

b) Que de conformidad con el citado artículo, las leyes penales especiales siguen rigiendo en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el Código Penal, lo cual significa que el Capítulo II, del Título VII, Libro Segundo del Código de Justicia Penal Militar perdió su vigencia, por cuanto se opone a lo dispuesto en el nuevo Estatuto Punitivo, en razón principalmente a que regula un hecho que ontológica y naturalísticamente es igual en ambos ordenamientos: La muerte de una persona causada por la acción de otra.

Explica el casacionista, que estando referido el delito de homicidio en el Código Penal vigente a "toda clase de sujetos activos" conforme a la expresión "el que" y siendo norma posterior al Código de Justicia Penal Militar, se debe entender que comprende también a los sujetos activos calificados;

c) Al comparar los dos Estatutos en mención, concluye el recurrente que al suprimirse en el actual Código Penal el elemento subjetivo "con el propósito de matar", al igual que algunos tipos penales que

describían y sancionaban algunas clases de homicidio como el concausal, el consentido, el realizado en complicidad correlativa, entre otros, todo lo cual se hizo para que existiera armonía con los presupuestos fijados en la parte general, es lógico que el Estatuto Castrense contraría el Código ordinario;

d) Adentrándose a la ley de facultades extraordinarias número 5 de 1979, por medio de la cual se autorizó al Gobierno Nacional para modificar las leyes penales especiales, encuentra aquí otra razón para sustentar su criterio.

Esta afirmación la logra luego de analizar cómo el Código de Justicia Penal Militar corresponde a una ley especial y si la referida ley número 5 otorgó facultades para expedir y poner en vigencia un nuevo Código Penal, "sobre las bases, principios y lineamientos generales del proyecto presentado por el Gobierno al Senado de la República el 3 de agosto de 1978 y el anteproyecto publicado en 1974 por el Ministerio de Justicia", y si el artículo 450 de ese anteproyecto consagró que "las leyes penales especiales actualmente vigentes seguirán rigiendo en la medida en que no opongan a lo dispuesto en este Código", no existe duda respecto a que la voluntad del Congreso Nacional era la de autorizar al Gobierno Nacional para que se reformaran las leyes penales especiales;

e) Finalmente, denota el demandante, que las expresiones "... con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo" estatuidas en el Código de Justicia Penal Militar carecen de trascendencia para la "configuración del tipo penal correspondiente", porque simplemente con dichas frases se quiso insistir por el legislador en las circunstancias que deben rodear la comisión de un homicidio para que su juzgamiento corresponda a la Jurisdicción Penal Militar conforme con el artículo 170 de la Constitución Nacional, razón por la cual así no se hubieren incluido esas frases, lo cierto es que la competencia para conocer de esos delitos radica en la Jurisdicción Penal Militar;

f) De estas premisas colige el Procurador impugnante, que al no dar el mismo tratamiento a particulares y militares se está violando el principio de igualdad de todas las personas frente a la ley y por tanto, en la sentencia recurrida debió aplicarse la pena de acuerdo con los artículos 323 y 60 del Código Penal vigente y no el Código de Justicia Penal Militar, siendo la pena a imponer al condenado la de 40 meses de prisión en lugar de 36 meses de presidio como lo hizo el Tribunal Superior Militar.

El segundo cargo lo refiere al haberse omitido la aplicación por el Tribunal de segunda instancia de los artículos 40, 376 y 378 del Código Penal vigente.

Para sustentar su censura se apoya el demandante en la sentencia de casación de 7 de febrero de 1984, de acuerdo con la cual esta Sala fijó su criterio sobre la abolición de la pena principal de presidio tanto en la ley penal común como en las especiales, entre las cuales se encuentra el Código de Justicia Penal Militar, pues, el artículo 40 del Código Penal vigente no la incluyó, el artículo 377 *ibídem* fue explícito al disponer que quienes estuvieran cumpliendo pena de presidio "con-

tinuarán descontándola como si se tratara de pena de prisión" y en tales condiciones el Código Castrense contraría el ordinario.

Con este razonamiento, solicita el impugnante que se imponga al condenado la pena de 36 meses de prisión en lugar de 40 meses de presidio.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, solicita de la Sala en ejercicio del derecho que le reconoce el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, no se case la sentencia impugnada en cuanto se refiere al primer cargo y coadyuva el segundo para que esta Corporación proceda a casar el fallo recurrido y dicte el que deba reemplazarlo imponiéndole al condenado la pena principal de 36 meses de prisión.

En cuanto al cargo primero, sustenta su oposición la Delegada en reciente pronunciamiento de esta Corporación en el cual concretamente se especificó que el actual Código Penal no derogó el Código de Justicia Penal Militar, pues no es posible darle este alcance al mandato dispuso la aplicación de los principios generales a otras leyes penales.

En relación con el segundo, al igual que lo hizo el casacionista, considera el Procurador Delegado, que los fundamentos dados por la Corte en sentencia de 7 de febrero de 1984 hacen que prospere dicho cargo.

Consideraciones de la Corte:

1º Como se colige de la demanda y del criterio expuesto por el señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, sobre los dos cargos propuestos por el recurrente para sustentar la censura hecha a la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, la cual ubica en la causal primera de casación por violación directa de la ley sustancial, ya se ha pronunciado la Corte en sede de esta Sala en recientes decisiones y no se encuentra razones válidas que permitan modificar el criterio.

2º En cuanto al primer cargo, que *de acuerdo con la exposición hecha por el demandante, prácticamente solicita que se declare sin vigencia el Capítulo II, del Título VII, Libro Segundo del Código de Justicia Penal Militar y por ende, no se aplique el artículo 194 ni el 27 del mismo Estatuto sino los artículos 323 y 60 del Código Penal común, clara ha sido la Corte al considerar, que si bien muchas de las disposiciones del Decreto 250 de 1958 (convertido en legislación permanente por la Ley 141 de 1961) fueron tomadas en "forma textual del Código Penal de 1936, aun cuando también ... en algunos casos se hicieron modificaciones en relación con el sujeto activo de la infracción, o atinentes a la pena, como en el delito de peculado... No obstante, es cierto que el legislador especial no se limitó a hacer una referencia a la codificación de la cual se hacía la adaptación, sino que creó un estatuto diferente y, por lo tanto, con vigencia jurídica independiente".*

Por esta razón, se agregó en esta decisión, "... y por cuanto el Estatuto Penal Militar no era un simple apéndice del Código Penal de 1936, al entrar a regir el Nuevo Código Penal aquél continúa teniendo plena operancia, aún en relación con disposiciones que tenían consagración en los dos estatutos".

De otra parte, se explicó: "Muy posiblemente se presenten casos tratados en diversa forma, pero dada la independencia de los dos Códigos ello resulta inevitable. Sólo el legislador tiene facultades para dictar las leyes que impidan el indicado tratamiento disímil".

Y en cuanto a la ley de facultades referida por el casacionista, también se ocupó la Corte en los siguientes términos:

"También es conveniente anotar que la Ley 5ª de 1979 sólo facultó al Ejecutivo para modificar la legislación penal y en manera alguna para derogar parte del articulado del Código de Justicia Penal Militar, de suerte que no puede llegarse indirectamente a esta conclusión por el simple hecho de que el nuevo ordenamiento penal haya dispuesto que los principios generales de la nueva codificación, sean aplicables a otras leyes penales. De aceptarse el planteamiento del actor la Sala terminaría convirtiéndose en legislador y creando una especie de tercera legislación penal castrense..., pues, ...tampoco ha habido la expedición de 'una ley nueva que regule íntegralmente la materia', pues, para que tal caso ocurriera con efectos en el tema que ahora se estudia, habría sido necesaria la expedición de un nuevo Código de Justicia Penal Militar" (Providencia de 25 de abril de 1986. Magistrado ponente: Doctor Luis Enrique Aldana Rozo).

3º *Estas razones de por sí relevan a la Sala de hacer otras consideraciones para concluir que el cargo propuesto no puede prosperar, pero además, impera observar que los planteamientos propuestos por el casacionista parten de un presupuesto equivocado y sobre el cual edifica toda su tesis, y es el de no tener en cuenta que las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar como el de las demás leyes especiales constituyen, en efecto, una unidad sustancial con la normatividad común, pero respetando la naturaleza y fines de cada estatuto.*

Así las leyes especiales de carácter penal deben entenderse derogadas en cuanto se opongan a la ordinaria, pero siempre y cuando lo permita su naturaleza y claro resulta reconocer que la prohibición de las conductas castrenses consagradas en el Código de Justicia Penal Militar se refieren a un especial deber por cumplir por parte de sus destinatarios; de ahí que se considere el derecho penal militar como un "derecho penal especial".

4º El segundo cargo sí está llamado a prosperar en cuanto se refiere a la cualificación de la pena impuesta al condenado, pues es incuestionable que le asiste la razón al demandante respecto a que la pena de presidio se encuentra derogada en nuestra legislación penal, de una parte, porque el artículo 41 del Código Penal vigente no la incluyó y en segundo término, debido a lo expreso del artículo 377 del mismo estatuto, de acuerdo con el cual a partir del 28 de enero de 1981, fecha en que entró a regir ese Código "... quienes estén cumpliendo condena de presidio, o de Relegación a Colonia Agrícola Penal, continuarán descontándola como si se tratara de pena de prisión...".

Como también lo expresó la Sala al tratar este punto: "El contenido inequívoco de este mandato permite llegar al siguiente corolario: La pena principal de presidio fue expresamente derogada por el nuevo Código Penal al ser sustituida de plano por la de prisión para los que habían sido condenados a ella y se encontraban en ese momento purgándola. Esto significa además, que ha quedado reemplazada por la de prisión para todos los casos a que haya lugar" (Casación de 7 de febrero de 1984, Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero).

En consecuencia, prospera este cargo y de conformidad con lo dispuesto por el numeral primero del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, se procederá a imponerle al condenado, Elkin de Jesús Restrepo Osorio la pena principal de 36 meses de prisión, pues las circunstancias genéricas y específicas de agravación y atenuación punitiva tomadas en cuenta por el Tribunal Superior Militar sobre el tipo básico descrito en el artículo 194 del Código Castrense al aplicar los artículos 27, 36, 37, 38 *ibídem* son acertadas y por ende, únicamente se procederá a modificar la sentencia impugnada en cuanto se refiere a la calidad de la pena, pues como quedó expuesto, debe ser la de prisión y no presidio. En efecto, la pena mínima de 8 años rebajada a una tercera parte por el atenuante de la ira permitiría imponer 32 meses, los cuales deben aumentarse en 4 meses por las circunstancias genéricas de agravación resultantes del estado de sitio existente para el momento en que se cometió el delito, la mayor jerarquía del ofendido y el haber abusado de las circunstancias desfavorables del mismo, obteniendo el total de 36 meses de prisión, pues también concurre la circunstancia genérica de atenuación referida a la buena conducta anterior del procesado.

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

Resuelve:

Casar parcialmente la sentencia impugnada y en consecuencia, se impone al soldado Elkin de Jesús Restrepo Osorio la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión como autor responsable del delito de *homicidio* cometido en la persona del Cabo Segundo Rafael Eliécer Puerto Arí.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz. Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PARTICIPACION

Ante un caso de tránsito de legislación, la figura de la complicidad correlativa tiene oportunidad de ser aplicada en forma ultractiva, con criterio de favorabilidad

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

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 13.

Vistos:

El Tribunal Superior de San Gil en sentencia de junio 7 de 1985 confirmó integralmente la proferida por el Juzgado 3º Superior del Socorro, en la cual condenó a *Alfonso Antonio Galvis González, Marco Tulio Rangel Herrera y Marco Antonio Duarte Pereira,* a la pena principal de diecisiete (17), dieciocho (18) y diecinueve (19) años de prisión, más las accesorias de ley, por los delitos de homicidio y homicidio y hurto respectivamente. El defensor del primero de los mencionados interpuso contra el fallo de segundo grado, recurso de casación que fuera concedido por el *ad quem* y declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda que se estimó ajustada a los requerimientos formales establecidos por el legislador y allegada la opinión del Ministerio Público se procede a resolver:

Hechos:

Se procesó a Alfonso Antonio Galvis González, Marco Tulio Rangel Herrera y Marco Antonio Duarte Pereira, por haber dado muerte al Agente de la Policía Orlando Rodríguez Solano, mediante el empleo de arma de fuego, según hechos que empezaron a ocurrir en el prostíbulo "Siboney" de la ciudad del Socorro, el sábado 31 de mayo de 1980 cuando Rangel Herrera le propinó un balazo en el muslo a Rodríguez Solano, acto seguido los tres sujetos arrastraron al herido y lo subieron a un vehículo en que se transportaban y en la vía que conduce a los Municipios de Galán y Zapatoca adelante del sitio conocido como "Punteadero" en el puente sobre el río Suárez, obligaron a la víctima a descender del vehículo, le propinaron dos balazos más con los cuales lo remataron. Consumado el crimen, despojaron al occiso de su revólver y de la placa de Policía y arrojaron su cadáver al río de donde fue rescatado días después.

Actuación procesal:

La Delegada en su concepto sintetiza la actuación procesal así:

"Con base en los anteriores acontecimientos, el Juzgado 72 de Instrucción Penal Militar abrió la correspondiente investigación el 3 de junio de 1980, recaudando en los días siguientes versiones de testigos y las indagatorias de los procesados, pruebas que lo motivaron a dictar nueve días después su detención preventiva. Posteriormente, el Comando de la 5ª Brigada dispuso el envío del expediente a la justicia ordinaria por considerar que el Agente de Policía ultimado '...estaba excusado de servicio, ni se hallaba en ninguna misión que tuviera relación con él, sino que se encontraba en un tiempo de descanso obligatorio por razones al parecer de enfermedad...' (114, C. 1), hecho que fue aceptado en principio por el señor Juez 3º Superior del Socorro (S.) razón por la cual dictó el 17 de junio de 1981 un auto de proceder en contra de los implicados (236), pero a instancias del *ad quem* (302) debió pronunciarse sobre la colisión de competencias negativa propuesta por la Justicia Penal Militar en desacuerdo con las razones esbozadas por ésta siéndolo a la postre adjudicado el conocimiento al Tribunal Disciplinario (353) y finalmente confirmado el auto de proceder en segunda instancia (367), advirtiendo sobre la inclusión a hacerse del agravante contemplado en el artículo 186 del C/36, recogido en el artículo 62 del C/80. Posteriormente se realizó la audiencia pública que terminó con el veredicto común a los tres procesados de 'sí es responsable por complicidad' (88 y ss., C. 2) y en noviembre 21 de 1984 se condenó a Marco Antonio Duarte Pereira (19 años de prisión), Marco Tulio Rangel Herrera (18 años) y Alonso Antonio Galvis González (17 años), decisión que fue confirmada en todas sus partes en segunda instancia".

La demanda de casación:

El defensor del procesado Antonio Alfonso Galvis González acusa la sentencia impugnada con apoyo en las causales primera y segunda de casación. En relación con el primer cargo estima que se violaron en forma directa los artículos 62 del actual estatuto penal y 385 del Código Penal de 1936 vigente para la ocurrencia de los hechos, por cuanto la primera de las disposiciones nombradas señala agravación del hecho punible, cuando este se comete contra empleado oficial por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, y en el presente caso "el homicidio en Orlando Rodríguez Solano no se cometió por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo de Agente de la Policía Nacional", por lo cual no le era aplicable. En cuanto al artículo 385 del Código de Procedimiento Penal de 1936 afirma también error de selección de esta norma, que define la "complicidad correlativa", ya que tal situación "no la contenían los autos de proceder como resumen concreto del caso y no podría decirse que el jurado de conciencia la dictaminó y la reconoció".

Formula el recurrente el segundo cargo con base en el numeral segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues en su opinión la sentencia se dictó en "desacuerdo con el veredicto del jurado que respondió "sí es responsable por complicidad". "Esta respuesta no autoriza ni permite una interpretación de la naturaleza

analizada, porque el juez de derecho puede interpretar el veredicto pero jamás convertirse en jurado para agregar conceptos jurídicos, palabra esencial que modifique la opinión del *juri*. Esto es hacer otra respuesta, otro veredicto, por cuenta propia".

Solicita que se case el fallo y se dicte la sentencia que proceda.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal recomienda casar parcialmente la sentencia recurrida por cuanto observa que el juzgador de segunda instancia incurrió en error de selección al escoger y aplicar el artículo 62 del Código Penal, norma que en concepto del delegado no tiene aplicación en el asunto que se revisa por cuanto la muerte de Rodríguez Solano, no ocurrió por causa ni con ocasión del servicio, considerando por ello que la sentencia debe reformarse en el quantum punitivo para disminuirle la cantidad de pena agregada por cuenta del aludido artículo 62 indebidamente aplicado.

Con relación a los restantes cargos formulados a la sentencia, los encuentra infundados, sustentando su apreciación en la consideración de que el veredicto del jurado fue correctamente interpretado. Discurre así el Procurador:

"En el caso que nos ocupa la investigación no pudo precisar con exactitud al autor del homicidio pero sí arrojó la certeza sobre que entre el grupo de implicados se hallaba. Fue por esto que en el vocatorio a juicio, el *a quo* les elevó el pliego de cargos como coautores (263) modificando su actitud en el fallo condenatorio, respetando no sólo el veredicto emitido, sino interpretando a cabalidad el principio de favorabilidad, lo que permitió una rebaja sustancial de la pena impuesta (144 y ss., C. 2), lo que no hubiera ocurrido de haber ignorado dicha institución ya que se hubiera visto obligado a aplicar la pena sin derecho a esta diminuente (art. 19, C. 36) pues como es obvio, no podía catalogarse a los implicados como cómplices no necesarios. En consecuencia, el fallador acertó en la selección de la figura, sin que le pueda caber ningún reproche por su actitud".

Consideraciones de la Corte:

La Corte se ocupa en su orden de los cargos hechos por el censor a la sentencia recurrida:

Causal primera:

Primer cargo: Partiendo de un hecho relievante aceptado por el Tribunal que la víctima no se encontraba en funciones de servicio, y que su muerte no ocurrió por razones de su oficio, el demandante acusa la sentencia de segunda instancia, por violación directa de la ley, aplicación indebida del artículo 186 del Código Penal anterior, reproducido en el 62 del estatuto vigente.

En efecto el cargo así plantcado está destinado a prosperar, porque constituye una verdad procesal inconmovible que la muerte de Orlando Rodríguez Solano, no fue un hecho cometido "por razón o causa del ejercicio de sus funciones", y la aplicación del artículo 186 del dero-

gado Código Penal, requiere necesariamente que el delito se cometa contra el funcionario público, como reacción a la actividad oficial que éste desplegaba, es el caso por ejemplo de quien lesiona o mata al funcionario por haber dado este orden de desalojo en una diligencia policiva, siendo claro que para predicar agravante no basta la sola condición de funcionario público, que es precisamente lo que ocurre en el caso que ocupa a la Sala ya que la muerte del policía, se cumplió en circunstancias en que este no desempeñaba ninguna función propia de su cargo, ni como consecuencia de actividad de esa naturaleza realizada con anterioridad sino en desarrollo de pendencia por razones personales, suscitada en el interior de una cantina como se acepta en el proceso.

Es claro entonces, que el Tribunal Superior al deducirle la agravante, incurrió en violación directa de la ley por aplicación indebida de la norma sustancial artículo 186 del Código Penal de 1936.

El cargo prospera y la Corte al casar la sentencia hará las modificaciones a que da lugar tal decisión, la cual, cobijará a los procesados no recurrentes.

Segundo cargo: Dentro del mismo cuerpo primero de la causal primera, concreta el demandante el segundo cargo en la aplicación indebida del artículo 385 del Código Penal de 1936, que regula la denominada "complicidad correlativa" "como quiera que el caso concreto no está contemplado ni subsumido en dicha norma. No la contenían los autos (sic) de proceder como resumen concreto del caso y no podría decirse que el jurado de conciencia la dictaminó y la reconoció", se afirma en la demanda.

Para examinar este cargo *debe recordarse que la complicidad correlativa rigió en el derecho penal colombiano durante la vigencia del Código Penal de 1936, estatuto que la contenía en la siguiente formula legal: "En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y no sea posible determinar su autor, quedan todos sometidos a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuida de una sexta parte a la mitad".*

Tal figura hacía parte del instituto de la participación criminal y pretendía solucionar las deficiencias probatorias en torno a la determinación del autor del hecho dentro de varios coparticipes, estableciendo para ello la fórmula citada que significaba una "transacción legal" en cuanto los asumía como autores del hecho sin tener la certeza de ello y por lo mismo autorizaba disminución punitiva de una sexta parte a la mitad de la sanción.

La denominada complicidad correlativa fue eliminada del Código Penal vigente, dadas sus contradicciones con el principio de culpabilidad que rige ese estatuto (art. 5). Sin embargo, entratándose del tránsito de legislación la figura de la complicidad correlativa,, tuvo oportunidad de ser aplicada en forma ultractiva, como ocurre en el presente caso, *con criterio de favorabilidad y teniendo en cuenta su vigencia en el momento en que ocurrieron los hechos.*

Alega el censor que tal fenómeno, no tuvo figuración procesal, que no fue reconocido en el auto de proceder y que tampoco lo reconoció

el jurado de conciencia en su veredicción, y en ese sentido le falta razón al impugnante, puesto que como se recordará, el juez *a quo*, en el auto de proceder (decisión confirmada en su momento por el Tribunal, consideró probada la participación de los procesados Alfonso Antonio Galvis González, Marco Tulio Rangel Herrera y Marco Antonio Duarte Pereira, como coautores del homicidio, y bajo esas condiciones se celebró la audiencia pública, certamen en el que particularmente el abogado de Marco Tulio Rangel Herrera, sostuvo la tesis de la complicidad correlativa, y durante la audiencia pública fueron recurrentes los defensores y voceros en afirmar que no había en el proceso prueba suficiente para determinar con certeza quién fue de los tres procesados el autor del hecho.

En su momento el jurado pronunció su veredicto que para los tres procesados fue de idéntico tenor. "Sí es responsable por complicidad", respuesta que fue entendida por el juez de derecho en el sentido de que *ei juri*, al afirmar la responsabilidad penal de los procesados los ubicó en el ámbito de la complicidad correlativa, atendiendo con ello las observaciones de los defensores en la audiencia.

Debe concluirse, que el juez de derecho tanto en la primera como en la segunda instancia del proceso estuvo acertado en la interpretación del veredicto, cuyos alcances fijó correctamente teniendo en cuenta la realidad del proceso y sobre todo las alegaciones de los defensores en audiencia, que permiten predicar sin lugar a equívocos la ubicación conceptual de los procesados dentro de la complicidad correlativa.

La jurisprudencia ha reconocido que entratándose de jurados de conciencia, no es posible, en razón a la ausencia de conocimientos jurídicos de sus integrantes, exigirles en su veredicción respuestas técnicamente elaboradas, y formal y sustancialmente ajustadas a las instituciones jurídico penales. Por el contrario es preciso aceptar que el jurado al hacer los agregados normalmente utiliza lenguaje propio y profano como expresión de su pensamiento, correspondiéndole al intérprete la labor de traducirlo a la realidad jurídico normativa; cuidándose si de no desnaturalizarlo.

También ha sido constante la jurisprudencia en indicar como el intérprete debe tener como guía hermenéutica del veredicto la realidad probatoria y las alegaciones de las partes dentro de la audiencia y esto es precisamente lo que ha hecho con probidad el juez de derecho en este caso, ya que las alegaciones de las partes y particularmente las dudas planteadas por los defensores en cuanto a la certeza en la determinación del autor, propiciaron tal respuesta en el jurado.

Una razón más que afirma la correcta interpretación del veredicto, está dada por la idéntica literalidad de la respuesta para los tres procesados al decir en cada caso "sí es responsable por complicidad", lo cual expresa que para el jurado no existió un autor cierto y determinado. Situación distinta sería si para uno o dos de los procesados hubiera señalado claramente la autoría y para el otro la complicidad, pues en

tal hipótesis se debería partir de la innegable conclusión de que el jurado distinguió entre autor y cómplice, lo cual no ocurrió en el presente caso en el que el *jurí* no atinó a señalar y determinar un autor dentro de los partícipes.

No prospera el cargo.

Causal segunda:

Al invocar la causal segunda de casación y considerar que existe desacuerdo entre la sentencia y el veredicto, opina el actor que la decisión del jurado de conciencia debe ubicarse en el ámbito de la complicidad conforme al artículo 24 del Código Penal vigente. En este aspecto existe confusión por parte del casacionista al referirse al estatuto vigente ya que el caso está resuelto por indiscutibles razones de favorabilidad a la luz del código derogado de 1936.

Pero además de ello debe concluirse que no le asiste razón al actor por las razones expuestas al resolver la impugnación de la sentencia por la causal primera donde se precisó la acertada interpretación del veredicto y su correcta ubicación dentro del instituto de la complicidad correlativa conforme al Código Penal anterior.

En consecuencia esta censura tampoco está destinada a prosperar.

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

Resuelve:

1º *Casar* parcialmente la sentencia impugnada.

2º *Condenar*, como consecuencia de lo anterior, al procesado recurrente Alfonso Antonio Galvis González y a los no recurrentes Marco Tulio Rangel Herrera y Marco Antonio Duarte Pereira, a la pena principal de trece (13), catorce (14) y quince (15) años de prisión respectivamente, por los delitos de homicidio, y homicidio y hurto, materia del procesamiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PREVARICATO

No toda omisión o irregularidad constituye prevaricato. Empero cuando la indolencia es acto consciente y causa inmediata en el incumplimiento del deber legal, la conducta no puede ser sino punible y de hecho sancionable

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada Acta número 13.

Vistos:

Corresponde a la Sala resolver la apelación propuesta por el defensor del auto enjuiciatorio (24 de julio de 1986) proferido en contra de la doctora *Muriel Miranda de Useche,* por el Tribunal Superior de Quibdó por el delito de *prevaricato.*

Hechos:

Los relata y resume el Procurador Delegado de esta manera:

"El 25 de febrero de 1985, el Director Seccional de Instrucción Criminal del Chocó practicó una visita ordinaria al Juzgado 9º de Instrucción Criminal Ambulante, con sede en Quibdó, quedando al descubierto algunos hechos anómalos que de inmediato puso en conocimiento del Tribunal Superior del referido Distrito Judicial, enviándole la copia al carbón del acta correspondiente (fls. 3 y ss.).

En ella se consigna que, mediante Resolución 0032 de marzo 10 de 1984, el mencionado Director ordenó el desplazamiento del Juzgado 9º de Instrucción Criminal al Municipio de Pie de Pato —Alto Baudó—, para adelantar la investigación preliminar de acuerdo con la denuncia que se había instaurado contra Leoncio Palacios Agualimpia y José Mosquera Cabrera, según la comisión impartida por el Juez 2º Superior de Quibdó.

De igual manera, el citado funcionario profirió la Resolución 056 de abril de 1984 que encargó también al citado Juzgado de hacerse cargo de la investigación iniciada en contra de José Plácido Moreno Vivas y otros, ordenando su traslado al Municipio de Bagadó, que haría efectiva la comisión ordenada por el Juzgado Penal del Circuito de Quibdó.

Solicitados los avances correspondientes a la Administración de Impuestos de Quibdó, sólo hasta junio 12 de 1984 se produjo el que lleva el número 002, mediante el cual se le concedieron viáticos y gastos de transporte a la titular del Juzgado por un valor de $ 59.840.10, suma global que cubría lo concerniente a las dos comisiones referidas, girándole al efecto el cheque número 067622 del Banco Popular de Quibdó, fechado el 14 de junio de 1984 y cobrado por la beneficiaria cinco días más tarde (fl. 184).

Sin embargo, ninguna de las dos comisiones se cumplió en los días siguientes y sólo hasta el 17 de julio se realizó la segunda y luego, en julio 28, la primera, ambas realizadas por el reemplazo transitorio de la titular quién, desde el 12 de julio, había entrado a disfrutar de las vacaciones...".

Antecedentes procesales:

1º A más de la calidad de funcionario judicial debidamente comprobada mediante los correspondientes documentos la incriminada (fls. 25, 140 y 143), se hallan establecidas las subsiguientes constancias procesales:

a) Resoluciones números 032 de 19 de marzo de 1984 y 056 de abril del mismo año, originarias de la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Quibdó designando a la Juez 9º de Instrucción Criminal, doctora Muriel Miranda de Useche, para que cumpla comisiones dentro de los procesos seguidos a Leoncio Palacios y otros y José Plácido Moreno y otros, solicitadas por el Juez Segundo Superior, en el Municipio de Pie de Pató —Alto Baudó— y por el Juzgado Penal del Circuito en Bagadó;

b) Copia del avance de viáticos a favor de la doctora Miranda de Useche hecho por la Administración de Impuestos el día 12 de junio de 1984 por el valor de $ 59.840.10. Suma cobrada por la misma funcionaria el 19 del mismo mes y año en el Banco Popular de esa plaza;

c) Así mismo es cosa indiscutida que la comisión aludida fue agotada por el doctor Francisco Alvarez Córdoba, quien reemplazó a la titular por entrar ésta a disfrutar de sus vacaciones concedidas a partir del 12 de julio de 1984 por Resolución de 9 del propio mes y año;

d) La procesada al ser inquirida por el incumplimiento de la comisión ordenada respondió, en síntesis, que como los primeros meses del año no hay dinero para sufragar los viáticos no pudo hacerlo inmediatamente recibió la comunicación de la oficina Seccional de Instrucción Criminal y que cuando ya la Administración de Hacienda giró el avance "...para esa época yo estaba próxima a salir a vacaciones, además había solicitado un permiso por tres días por los días 4, 5 y 6 de julio de 1984. Y salí a vacaciones el 12 de junio luego entonces cuando entregaron el cheque que no alcanzaban los días para cumplir la comisión..." (fl. 156);

e) Conviene advertir que la licencia de maternidad de la doctora Muriel Miranda de Useche por el lapso de 56 días, comenzó el 13 de enero de 1984 y terminó el 9 de marzo de dicho año. O sea que cuando

la Administración de Hacienda giró los dineros (12 de junio) la juez estaba en capacidad laboral para ejercer las funciones judiciales.

2º El Procurador Segundo Delegado en interesante concepto sostiene que la conducta de la ahora exjuez no tiene adecuación típica, puesto que dadas las circunstancias como son el reciente parto, la edad de su hija, el lugar donde debía cumplirse la comisión y el tiempo que emplearía en realizarla, naturalmente le impedían cumplir con los deberes de madre en detrimento del bebé. Fuera de que decretadas las vacaciones "... el juez reemplazante entraría a cumplir sin demora las comisiones pendientes, como en efecto ocurrió, ya que la de Bagadó se realizó a partir del 17 de julio (12) y la de Pie de Pató —Alto Baudó— comenzó el 28 de julio (14) (fl. 8).

Piensa, por lo tanto, que el delito endilgado y descrito en el artículo 150 del Código Penal, no se cumplió.

A pesar de lo expuesto hace esta afirmación: "En lo que a nuestro caso se refiere, es claro que a partir del 19 de junio de 1984, fecha en que la doctora de Usecche cobró los viáticos y gastos de transporte necesarios para su desplazamiento a Bagadó por 10 días y a Pie de Pató —Alto Baudó—, por ocho días surgió a plenitud la obligación de cumplir con dichas comisiones. También se advierte que la juez omitió este cumplimiento pese a tener el tiempo necesario para ello, por lo que el encargo debió realizarlo el juez que la reemplazó cuando ella salió a vacaciones el 12 de julio (fls. 8 y 9).

Aunque de todos modos —remata— 'los presupuestos exteriores' hacían difícil llegar hasta el lugar de la comisión aún en circunstancias normales, aumentadas en el caso de la doctora Muriel, no sólo por su condición de mujer sino por su parto reciente y las dificultades extremas que se le presentarían en el caso de que pretendiera llevar consigo a su bebé, que aún necesitaba de su directa atención" (fl. 9).

Pide, por lo tanto, revocar el auto de proceder y en su lugar sobreseer definitivamente a la enjuiciada.

3º Por su parte el señor defensor sostiene también que su representada no incurrió en "delito alguno por cuanto ella no obró con dolo ni mala fe al no haber cumplido oportunamente la comisión asignada...". Puesto que la doctora Muriel explicó suficientemente los motivos por los cuales se abstuvo de hacerlo. Por consiguiente las exigencias procesales para llamar a juicio no se hallan satisfechas. Respalda sus argumentos con citas jurisprudenciales de la Corte y doctrina de autores nacionales y extranjeros, reiterando que la providencia objeto de alzada sea infirmada.

Consideraciones de la Corte:

1º *Se imputa a la procesada el delito de prevaricato por omisión (art. 150, C. P.) por cuanto dejó de cumplir la comisión ordenada. Se trata, en consecuencia de infracción contra la Administración Pública, cuyo título regula en forma amplia todos aquellos atentados de los empleados públicos cuando se apartan del fiel cumplimiento de sus funciones oficiales. Nada nuevo se dice si se afirma que el legislador es bastante exigente respecto a esta clase de conductas, pues, la infide-*

lidad en el ejercicio de los deberes produce sobresalto y desconfianza dentro de la colectividad.

Exigencia que parece mayor entratándose de funcionarios judiciales, dada la misión especifica que les corresponde atender. En estos, como en ningunos otros, la responsabilidad, el decoro, la eficacia y aún el desinterés, tórnase más imperativos, especialmente en estos tiempos en que la sociedad experimenta crisis en sus principales valores. Tiene razón entonces el señor Procurador Delegado cuando recuerda que en el juez "... como en ningún funcionario, recurre en su investidura los ideales de justicia y equidad, sustituto del bien común y razón misma de la sociedad".

2ª Volviendo al caso que se revisa se tiene que la doctora Miranda de Useche dejó de cumplir la comisión impartida, o dicho de otra manera omitió lo que legalmente estaba obligada a ejecutar. Se impone por lo tanto examinar si las razones dadas para incumplir la diligencia judicial, son justificadas que la releven de responsabilidad o por el contrario carecen de entidad.

Debe aclararse en primer término que la incapacidad de maternidad que imposibilitó transitoriamente a la señora juez su asistencia al Despacho, había concluido antes de la comisión, conforme ya se reseñó en esta providencia. De suerte que este motivo no era obstáculo para el desplazamiento.

En cuanto a la falta de suministro de viáticos por parte de la Administración de Hacienda, si bien los funcionarios no tienen porqué sufrir las consecuencias de la incuria administrativa, sucede que el día 12 de junio de 1984 ya se había ordenado el pago de gastos y cobrados por la propia funcionaria el 19 de ese mismo mes. Significa lo anterior que para aquella fecha el inconveniente, que en un principio estaba justificado, había desaparecido.

Superados los inconvenientes aludidos y por consiguiente libre el camino de dichos escollos para que la juez se trasladara a cumplir la comisión, surge de nuevo otro problema que es el de las vacaciones decretadas en su favor para el 12 de julio, sin olvidar, así mismo, de un permiso solicitado para los anteriores días, 4, 5 y 6.

Circunstancias que sin mayor esfuerzo indican la manera liberada con que actuó la doctora Miranda de Useche, con el único propósito de sustraerse a ejecutar la comisión hasta el preciso momento de ser reemplazada por el juez que debía suplirla durante el período vacacional. Propósito mucho más evidenciado si se repara en que a partir del citado 19 de junio —día que cobró los viáticos— pudo perfectamente trasladarse a los lugares de comisión hasta el día 11 de julio víspera de sus vacaciones.

Asiste por lo tanto razón al Tribunal cuando afirma: "Encuentra la Sala inadmisible las explicaciones rendidas por la doctora Miranda de Useche conforme las razones que nos permitimos relacionar con anterioridad. Evidentemente se hallaba justificada la demora en cumplir la comisión, desde la fecha en que se había ordenado (marzo 12 de 1984) hasta la fecha en que se giraron los dineros correspondientes (junio 19 de 1984), fecha que precisamente coincidió con la licencia por

maternidad otorgada a la exjuez (56 días a partir del 13 de enero, que vencían el 9 de marzo), por lo que no podía atribuirse a este acontecimiento de la maternidad, la morosidad de que se habla, sumado además de que para esa fecha no se giraron los valores correspondientes por la Administración de Impuestos de Quibdó. La excusa en mensión (sic) podría admitirse en la medida en que tal acontecimiento se hubiese presentado después del 19 de junio, fecha en que cobró la doctora Miranda de Useche los dineros del caso para el cumplimiento de la comisión asignada. Pues además para esa fecha la hija menor de la juez, tendría cinco (5) meses de edad y el período de lactancia innegablemente había vencido, es decir, que la licencia por maternidad ya estaba cumplida para esa fecha y la funcionaria se hallaba activa debidamente reintegrada a sus funciones. A tal punto, que pudo en esos días, solicitar el reconocimiento de sus vacaciones que disfrutaría a partir del doce (12) de julio, las que fueron concedidas por Resolución 030 de 1984, julio 9 por concepto de tiempo servido entre el 11 de enero de 1983 a la misma fecha de 1984; lo que indica a las claras que la explicación que presenta la funcionaria no tiene aceptación. Si su deseo en su condición de madre era realmente proteger la integridad de su hija menor como justificante para no cumplir la comisión, lo que bien podría ser admitido en gracia de discusión, lo recomendado en el período de morosidad endilgable, era solicitar una licencia administrativa renunciable para atender dicha emergencia, puesto que ya no tenía oportunidad para que se le reconociera licencia por otro concepto.

"Y es que el propósito de la juéz para no cumplir con dicha comisión es notorio en la medida en que bien pudo pedir vacaciones desde antes del 19 de junio, fecha en que se le entregaron los dineros para cumplir la referida comisión, pues ya tenía el derecho a aquellas desde el 11 de enero de 1984, conforme lo indica la Resolución arriba mencionada. Pero no es menos cierto que entregados los tales dineros era su obligación a partir de esa fecha, adelantar de inmediato las gestiones encaminadas a trasladarse al sitio o lugar que se le había asignado y dar acatamiento a lo dispuesto por el Comitente, mas no dilatar maliciosamente tal actividad en beneficio de sus intereses y en perjuicio de la justicia" (fls. 201-202, cuaderno del Tribunal).

3º *Cierto es que en nada aparentemente se perjudicó la Administración Pública y por ende la justicia*, si finalmente el doctor Alvarez Córdoba cumplió el encargo. *Con todo la instrucción se vio retrasada, cuestión que innegablemente incide y afecta toda investigación, pues es en esta etapa en la que se hace la recolección de las pruebas en busca de la realidad de lo acontecido. Si tal acopio no se efectúa prontamente la instrucción camina hacia el fracaso e incuestionablemente nace la impunidad. Mucho se ha insistido por jueces y doctrinantes en que mientras el tiempo transcurre la verdad se esfuma.*

Claro está, que no toda omisión o irregularidad constituye prevaricato. Empero cuando la indolencia es acto consciente y causa inmediata en el incumplimiento del deber legal, la conducta no puede ser sino punible y de hecho sancionable.

De ahí que los motivos exculpativos —se insiste— suministrados por la funcionaria *resultan injustificados, bien por que no existieron o por cuanto si acaso alguna circunstancia le impidió hacerlo en un*

principio no alcanzó la entidad suficiente para dejar de ejercer las funciones normalmente de juez instructora, para lo cual había sido elegida, aceptado voluntariamente y comprometida a cumplir fielmente el cargo, es decir a cabalidad, responsable y honestamente. Y si esto es así la decisión impugnada resulta concordante no sólo con la realidad procesal sino con las exigencias de orden legal, de allí que su aprobación sea pertinente.

Por lo expuesto, oído el concepto del Ministerio Público, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, *confirma* el auto materia de apelación.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

NARCOTRAFICO. PENA

En vigencia de la Ley 30 de 1986 por la cantidad y calidad de la droga incautada, sin que se considere modificada la sentencia recurrida en casación y proferida en vigencia del Decreto 1188 de 1974, debe efectuarse un cómputo real de la sanción, por aplicación del principio de favorabilidad

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta número 014.

Vistos:

El procesado *Campo Elías Guauta Romero* solicita nuevamente el beneficio de libertad provisional con fundamento en lo preceptuado en el artículo 72 del Código Penal y la Ley 32 de 1971 al considerar suficiente el tiempo en reclusión y el que le corresponde como redención de pena por trabajo y estudio, dada la calificación de su conducta como "ejemplar".

El señor Procurador Delegado para la Policía Nacional ha emitido concepto desfavorable a la excarcelación del procesado con fundamento en la decisión de esta Sala de fecha 18 de septiembre de 1986 que le negó al procesado el beneficio de libertad provisional.

Consideraciones de la Sala:

El Tribunal Superior Militar mediante providencia de 21 de mayo de mil novecientos ochenta y cinco, confirmó en todas sus partes la sentencia de primera instancia que condenó a los procesados Fidel Gómez Estupiñán, Campo Elías Guauta Romero y Luis Alejandro Castro Rojas a la pena privativa de la libertad de *cuatro (4) años de prisión* como autores responsables del delito de concusión y de infracción al Decreto 1188 de 1974. Al procesado Héctor Lozano Avila a la pena privativa de la libertad de *tres (3) años de prisión* como infractor al Decreto 1188 de 1984 y les impuso las penas accesorias de rigor.

Como quiera que en diligencia de reconocimiento, identificación y pesaje de la sustancia alucinógena incautada se pudo establecer una cantidad de noventa y seis (96) gramos *que según el Instituto de Medicina Legal resultó positivo para cocaína base (fls. 26 y 188), la sanción prevista en el Decreto 1188 de 1974, sufre sustancial modificación a la luz de la Ley 30 de 1986, artículo 33, inciso 2º, que establece para esta*

precisa conducta una pena privativa de la libertad de un (1) año *en su mínimo.*

Para los efectos de esta petición de libertad y sin que se considere modificada la sentencia recurrida en casación, pues, ello es privativo del juez de primera instancia, considera la Sala que debe efectuarse un cómputo real de la sanción que le corresponde al procesado de acuerdo con las normas vigentes y por aplicación del principio de favorabilidad consagrado en la Constitución y la ley, obviamente siguiendo los criterios de los juzgadores de instancia al imponer la pena principal.

Para la tasación de la pena antes mencionada, se partió del mínimo previsto en el Decreto 1188 de 1974 en su artículo 45, esto es, tres (3) años de prisión, pena incrementada para los tres primeros procesados, en un (1) año de prisión en razón del concurso de hechos punibles (art. 26 del C. P.), para un total de *cuatro (4) años de prisión* y tres (3) años para Lozano Avila por violación del Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Entrada en vigencia la Ley 30 de 1986, por la cantidad y calidad de la droga incautada a los procesados, la pena mínima que les correspondería sería la de un (1) año de prisión, esto es, inferior a los dos (2) años de la misma calidad que consagra el artículo 140 del Código Penal para el punible de concusión por el cual fueron declarados responsables, por lo cual, para los cálculos respectivos, la Sala debe partir del mínimo previsto en la ley para este último delito *(dos años de prisión)*, incrementados en *un (1) año* por el concurso de hechos punibles, para un total de *tres (3) años de prisión.*

En el caso concreto de Campo Elías Guauta Romero, por hallarse privado de su libertad desde el 10 de febrero de 1984 según Resolución número 0399 por la cual fue suspendido en el ejercicio de sus funciones (fl. 110), ha de considerarse que ha cumplido la pena en su totalidad, máxime que el peticionario tiene derecho a una redención de pena por trabajo y estudio equivalente a siete (7) meses y tres (3) días.

Quiere decir lo anterior que Guauta Romero debe ser puesto en libertad inmediata e incondicional en razón de este proceso, por pena cumplida, pero, en el evento de existir auto de detención vigente contra él (así lo consignó el Tribunal Superior Militar en su sentencia a folio 288), debe ser puesto a disposición del funcionario que esté conociendo del proceso que por los delitos de hurto y fuga de presos se le adelanta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado para la Policía Nacional,

Resuelve:

1º *Ordénase* la inmediata e incondicional libertad del procesado Campo Elías Guauta Romero, por pena cumplida.

2º Para librar la correspondiente orden de excarcelación se comisiona al señor Comandante del Departamento de Policía Caquetá a quien se le librará la comunicación telegráfica respectiva, con la adver-

tencia de que *sólo producirá sus efectos en el evento de que el procesado no se halle solicitado por otra autoridad en razón de asunto diferente*, en especial dentro del proceso por los delitos de hurto y fuga de presos que se le sigue al parecer en el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL

Las conclusiones de un dictamen no son vinculantes para el juez. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, el juez está en libertad de acogerlas o rechazarlas expresando las razones de su decisión, sin que la valoración quede así librada sólo a su criterio

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 14.

Vistos:

Mediante sentencia de 30 de julio de 1986, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó al doctor *Alvaro León Benítez Acevedo*, Exjuez Tercero Superior de Aduanas de Bogotá, a la pena principal de doce (12) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, al hallarlo penalmente responsable del delito de prevaricato por el cual había sido llamado a responder en juicio.

En virtud del recurso de apelación debidamente interpuesto y oportunamente sustentado por el señor Fiscal Décimo del Tribunal y por el incriminado, procede la Corte a resolver, luego de haberse agotado el trámite propio de esta instancia.

Hechos y actuación procesal:

Por medio de memorial presentado ante el Juzgado Tercero Superior de Aduanas de Bogotá, el apoderado judicial del señor Jorge Eliécer Perea Vélez, quien se hallaba legalmente detenido dentro de un proceso que allí cursaba por los delitos de contrabando y falsedad en documentos (auto de 21 de abril de 1983), solicitó que se ordenara la suspensión de la detención preventiva de su poderdante, "por cuanto en la actualidad se encuentra atacado de una enfermedad de *litiasis renal bilateral*, la cual necesita control permanente situación ésta que no ha podido cumplir el señor Perea, por cuanto en la cárcel no le dan tal facilidad" (fl. 136). Al día siguiente el juzgado ordenó el examen médico del procesado, el cual se le practicó el 17 de agosto del mismo año por el Instituto de Medicina Legal de la ciudad de Bogotá, y cuya conclusión, luego de juiciosas consideraciones y análisis, fue la de que "el paciente en el momento del examen no padece una grave enfer-

medad" (fls. 142 y 143). No obstante lo anterior, el juzgado mediante auto fechado el 22 de agosto del mismo año y suscrito por el doctor Alvaro León Benítez Acevedo, en su calidad de Juez Tercero Superior de Aduanas de Bogotá, resolvió suspender la detención preventiva que afectaba a Perea Vélez, previa caución depositaria por valor de $ 3.000.oo (fls. 190 a 193).

Notificado de la anterior providencia el respectivo Agente del Ministerio Público interpuso el recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Aduanas, acatando el concepto de su colaborador Fiscal, la revocó por considerarla contraria a lo previsto en los artículos 452 y 673 del Código de Procedimiento Penal.

Posteriormente y luego de practicada una visita especial al proceso adelantado contra Perea Vélez, el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial resolvió enviar a la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá copia de las diligencias practicadas por dicha oficina, acogiendo así el concepto de la Abogada Vistadora, según el cual "la providencia que excarceló al procesado sin el lleno de los requisitos establecidos para su viabilidad, resulta en principio manifiestamente contraria a la ley" (fls. 27 y 28).

Practicada una indagación preliminar (fl. 56) y con base en los nuevos elementos de juicio aportados a las diligencias, el Tribunal Superior de Bogotá abrió la investigación penal correspondiente (fl. 268) dentro de la cual se escuchó en indagatoria al doctor Benítez Acevedo. Clausurada debidamente esta etapa investigativa (fl. 297), el Tribunal procedió a residenciar en juicio criminal al sindicado para que respondiera por el delito de prevaricato (fl. 347), no obstante las alegaciones de su apoderado judicial que en plena coincidencia con el concepto del señor Fiscal del Tribunal demandaban un sobreseimiento definitivo.

Inconformes con el auto de proceder, tanto el defensor como el Fiscal del Tribunal interpusieron el recurso de apelación, pero la Corte, apartándose del concepto emitido por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien también solicitó la revocatoria del auto impugnado para que en su lugar se sobreseyera definitivamente al sindicado, lo confirmó en su integridad (fls. 28 a 42 del cuaderno número 1 de la Corte).

Finalizada la primera instancia con la condena impartida al doctor Benítez Acevedo, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el sindicado y por el señor Fiscal Décimo del Tribunal.

Razones de la impugnación:

Tanto el señor Fiscal del Tribunal como el procesado, sustentan su inconformidad con el fallo recurrido fundamentalmente en dos consideraciones: La primera, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, el dictamen pericial no es por sí plena prueba, sino que debe ser apreciado por el juzgador quien puede acogerlo o desecharlo, total o parcialmente, expresando las razones que lo determinen en uno u otro sentido. En este orden de ideas, agregan, el funcionario acusado se limitó a cumplir la ley, porque

en el auto del 22 de agosto de 1983, tenido como contrario a la ley, con claridad y precisión se expresaron los motivos que lo hicieron desestimar el peritaje rendido por Medicina Legal. El otro argumento para pedir la revocatoria de la condenación, sobre la base de que el procesado hubiera podido incurrir en error en su pronunciamiento, es la falta de prueba sobre el dolo en la conducta del incriminado. Sobre este aspecto, se critica el mérito dado por el Tribunal al testimonio de los empleados del funcionario acusado, y también, se argumenta sobre lo poco indicadores de responsabilidad que son los hechos apreciados como indicios en la sentencia recurrida.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su concepto, también pide a esta Corporación que se revoque el fallo, toda vez que el procesado tenía plena facultad legal para separarse del concepto de Medicina Legal, tal como en efecto lo hizo, con base en la historia clínica total del detenido y "...en la dialéctica, puesto que elementales conocimientos médicos indican que la litiasis renal o cálculos renales representan grave enfermedad que predispone al paciente a múltiples complicaciones, entre ellas la infección urinaria, y que los cálculos prosiguen formándose luego de la expulsión o extracción de los preexistentes". Analiza los indicios que tuvo en cuenta el Tribunal para deducir dolo en la conducta del doctor Benitez Acevedo y concluye afirmando que todos ellos son equívocos, para rematar su concepto con la siguiente argumentación: "Si el juez Benítez prevaricó, indiscutiblemente lo hizo para favorecer al sindicado Perea Vélez. Y si lo quería favorecer, por qué no aprovechó las elocuentes oportunidades procesales que le brindaron las peticiones de revocatoria del auto detentivo y archivo del expediente?, ¿a instancia del propio fiscal del juzgado?...".

Consideraciones de la Corte:

Plenamente se demostró la calidad de Juez Tercero Superior de Aduanas de Bogotá, que para la época de los hechos (22 de agosto de 1983) tenía el doctor Alvaro León Benítez Acevedo; igualmente demostrado está que Jorge Eliécer Perea Vélez se encontraba legalmente detenido por los delitos de falsedad y contrabando, dentro de un proceso que instruyó el Juzgado Sexto Penal Aduanero (fls. 85 a 88), quien no repuso su auto de encarcelación (fls. 97 a 101), providencia ésta que también el funcionario acusado se negó a revocar en proveído del 27 de julio de 1983 (fls. 129 a 135).

Así mismo se comprobó que el apoderado judicial de Perea Vélez solicitó al Juzgado Tercero Superior de Aduanas la suspensión de la detención preventiva de su poderdante, con base en que éste se hallaba atacado de grave enfermedad (art. 673-2, en armonía con el artículo 452 del C. de P. P.); no hay duda tampoco de que el dictamen emitido por Medicina Legal de Bogotá no establecía la causal de suspensión invocada, y está demostrado de manera fehaciente también, que el funcionario acusado, doctor Benítez Acevedo, en providencia del 22 de agosto de 1983 accedió a suspender la detención (fls. 190 a 193).

Nada de lo anterior se discute y los recurrentes y el señor Procurador Delegado, desde luego, lo admiten sin protesta ni reserva. Lo que debe en definitiva, resolver la Corte, es si el doctor Benítez Acevedo prevaricó o no al firmar su providencia del 22 de agosto de 1983.

Acéptase, obviamente, que las conclusiones de un dictamen no son vinculantes de manera obligatoria para el juez. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, el juez está en libertad de acogerlas o rechazarlas, pero en cada caso, debe expresar las razones de su decisión, lo cual, excluye tajante y terminantemente, que la valoración de un perito quede librada al arbitrio del juzgador, pues el proceso penal no puede estar sometido a su capricho. El grado de desarrollo alcanzado por la disciplina (ciencia, técnica, arte) que le sirve de fundamento a la peritación; la idoneidad científica del experto, determinada por sus conocimientos y experiencia; su conciencia profesional, esto es, que su opinión sea ajena al tenor y a la penalidad; la seriedad de sus averiguaciones y análisis y la calidad de los elementos de que se ha servido para hacerlos; la precisión y claridad de las premisas del dictamen y la coherencia lógica que exista entre éstas y la conclusión, así como la concordancia de esta última con los otros medios probatorios aportados al proceso, son los principales criterios recomendados por la doctrina y la jurisprudencia para una adecuada y correcta valoración de la prueba pericial. Si tenidos en cuenta éstos y otros semejantes, el juez llega a la persuasión razonada de que el dictamen no refleja la realidad histórica, bien puede apartarse de éste. Mas la prudencia recomienda que antes de tomar tal decisión, haga uso de su facultad legal para exigirle al experto que explique, amplíe o rinda con mayor claridad el dictamen (art. 276 del C. de P. P.), o para designar uno o varios peritos más (art. 267 ibídem*).*

Si se lee con detenimiento el dictamen emitido por el Instituto de Medicina Legal el 17 de agosto de 1983 y se analiza a la luz de los anteriores criterios, razonablemente se llega a la conclusión de que reúne todos los requisitos y condiciones para ser aceptado: Muy alto es el desarrollo actual de la medicina, de cuya calidad científica nadie puede dudar; en ningún momento se ha cuestionado la idoneidad objetiva del perito ni hay ningún elemento que autorice desconfiar de su conciencia profesional; reconoció personalmente a Perea Vélez y acudió a exámenes radiológicos y de laboratorio, lo mismo que a la historia clínica del paciente. Si con base en las anteriores premisas, claras y bien fundamentadas, llegó a la conclusión de que Perea Vélez para la época del examen (17 de agosto) no padecía de "grave enfermedad", lo cual está en perfecto encadenamiento lógico con la motivación del peritaje, no encuentra la Sala razón alguna para que éste fuera desechado, máxime cuando no había ningún otro elemento probatorio que lo contradijera.

Si Perea Vélez, pues, *no padecía de ninguna "enfermedad grave", tal como categórica y científicamente lo había determinado el perito del Instituto de Medicina Legal en su dictamen, el acusado no podía, sin entrar a contrariar abierta y manifiestamente la ley, decretar la suspensión de la detención preventiva, porque faltaba el presupuesto esencial exigido por el artículo 673 del Código de Procedimiento Penal: "El juez podrá aplazar la ejecución de la pena (en este caso se trataba de suspender la detención preventiva, art. 452* ibídem*) . . . 2. Cuando el sentenciado (Perea Vélez)* se hallare atacado de grave enfermedad . . . a juicio de los médicos oficiales . . ." *(Subraya la Sala).*

Claro que como se afirmó antes, el doctor Benítez estaba facultado por la ley para desechar el dictamen, dando las razones para ello. Y

esto es lo que no plasmó el juez acusado en su resolución. En ella se limita a mencionar el dictamen: "Medicina Legal analizó al paciente y da su concepto respectivo", pero no se encuentra una sola réplica o crítica a las motivaciones del peritaje o a su conclusión. De nada, pues, valen sus argumentaciones, de las cuales hace eco la defensa, en el sentido de que podía desechar el dictamen, porque esta facultad la otorga la ley para que sea ejercida razonadamente ("para acogerlo o desecharlo, total o parcialmente, han de expresar clara y precisamente las razones...") y no de manera caprichosa o arbitraria. Ni una sola razón, ni la más mínima, esbozó el juez acusado para desconocer el peritaje.

Pero en el fondo, y esto surge nítido de la lectura de su providencia, el doctor Benítez Acevedo no se apartó del dictamen médico, sino de la norma legal. El no sostuvo que el perito se hubiera equivocado, lo cual, como ya se expresó, bien podía legalmente hacerlo en la medida de que dispusiera de razones serias para ello; no, el acusado aceptó la peritación en comento, admitió que en verdad Perea Vélez no padecía de grave enfermedad para el día en que dispuso que cesara su detención, y a pesar de esto, contrarió el contenido de la norma legal, haciéndole decir a ésta lo que en verdad no decía con base en una interpretación que abierta y ostensiblemente contraría su letra y espíritu. Claro es el tenor literal del artículo cuando exige para su aplicación que el detenido *"se hallare atacado de grave enfermedad"*, y claro es también el espíritu humanitario que le sirve de fundamento y justifica su existencia.

No obstante lo anterior, el doctor Benítez Acevedo decretó la suspensión, a sabiendas, porque así se lo había dictaminado Medicina Legal y él lo aceptaba, de que el beneficiado con esta medida (Perea Vélez) no padecía de "grave enfermedad" para ese momento. Este desobedecimiento de la ley, manifiesto e inexcusable, tipifica indudablemente el delito de prevaricato por acción, previsto en el artículo 149 del Código Penal.

En el auto que se viene comentando no se hace la más mínima crítica al dictamen médico; éste se acoge pero se tergiversa inocultablemente el texto con claro desconocimiento de la finalidad de la norma que sirvió de base legal a la determinación. Dice el funcionario acusado: "Piensa el juzgado, *que si el interno (Perea Vélez) en el actual momento no presenta una extrema gravedad, no significa que no pueda complicarse en cualquier momento...*" (Subrayas de la Sala). Es decir, que como viene sosteniendo la Sala, el acusado no desecha el dictamen de Medicina Legal, porque diáfanamente acepta que Perea Vélez al momento de la determinación no padece de una enfermedad grave o extrema. Para tomar su decisión el procesado se fundamenta en que la dolencia que ahora no es de "extrema gravedad" puede llegar a serlo ("no significa que no pueda complicarse en cualquier momento") en un futuro y esta eventualidad no autoriza la excepcional medida que la norma prevé para un presente, para cuando el encarcelado se "hallare atacado" de grave enfermedad, y obviamente que sólo durante el tiempo en que ésta se prolongue.

Claro que el doctor Benítez ya había advertido que se separaría de la norma legal, pretextando una interpretación diferente de la literal:

"En este orden de ideas, es del caso establecer y afirmar que en verdad, Jorge Perea es una persona que desde hace mucho tiempo padece enfermedades que deben tratarse a la mayor brevedad posible como lo comprueban los diferentes conceptos médicos. El Despacho que ahora dispone, considera que si un interno padece sucesivamente ataques que comprometen la vida del paciente, debe evitarse cualquier desenlace que perjudique a la familia... El artículo 673 del Código de Procedimiento Penal dice entre otras cosas lo siguiente: 'El juez podrá aplazar la ejecución de la pena: ... cuando el sentenciado se hallare atacado de grave enfermedad...'. En el evento *sub júdice*, teniendo en cuenta los antecedentes de Jorge Perea respecto a sus enfermedades, *debemos alejarnos de la escuela exegética y darle una interpretación a la norma mencionada, distinta a la general de las palabras*. Si existe una enfermedad bastante prolongada en el tiempo y difícil de sortear, además de ser imposible tratarse en el centro carcelario; debe el juzgado proceder a suspender la ejecución de la pena". Lo que el acusado hace no es interpretar la norma, sino cambiarle su contenido de manera arbitraria y caprichosa, hacerle decir lo que no dice, para que se pueda aplicar a situaciones que no contempla. Y en esto consiste, precisamente, el prevaricato por acción: En proferir resoluciones (o dictámenes) manifiestamente contrarias a la ley.

En este orden de ideas no pueden aceptarse las explicaciones del encartado cuando afirma en su indagatoria que él se limitó a hacer uso de la facultad de valoración prevista en el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, porque no fue eso lo que hizo, sino más: Cambió arbitrariamente el contenido de un texto legal (art. 673-2 del C. de P. P.) para aplicarlo a situaciones no previstas en él. La detención preventiva puede suspenderse cuando *"a juicio de los médicos oficiales"* el detenido "se hallare atacado de grave enfermedad", *y no cuando a criterio personal del juez*, el encarcelado se hallare atacado de una enfermedad "que pueda complicarse en cualquier momento". Esto último fue lo que hizo el doctor Benitez Acevedo, y este proceder suyo, indudablemente que se adecúa al hipotético comportamiento descrito en el artículo 149 del Código Penal. No se trató, pues, de que un juez valorara las conclusiones de un dictamen y se apartara razonablemente de él, como parecen entenderlo todos los recurrentes y el mismo Procurador Delegado, a juzgar por sus argumentaciones, sino de un juez que profirió una resolución manifiestamente contraria a la ley.

No duda tampoco la Corte en afirmar que el proceder del acusado fue doloso. Muy demostrativos al efecto son los indicios que el Tribunal tuvo en cuenta para condenarlo. Las frecuentes visitas que la esposa de Perea hizo al juez en los días inmediatamente anteriores a su determinación ("visitó al juzgado reiteradamente y hablaba con el señor juez" fl. 254; declaración de Iván Ernesto Zarama, Oficial Mayor del Juzgado, que es corroborada por la Secretaria Margarita Cortés, fl. 250); el exagerado interés del doctor Benitez por el dictamen pedido a Medicina Legal ("se mostró muy interesado y averiguaba en Secretaria constantemente si había llegado el resultado de Medicina Legal"; testimonio de Margarita Cortés); la coincidencial llamada telefónica supuestamente hecha desde la Cárcel Nacional Modelo, informando sobre el

mal estado de salud de Perea y de su imposibilidad para atenderlo, que el acusado hizo escuchar, por la extensión telefónica, a su Secretario, preconstituyendo así inusitadamente una prueba, en actitud que refleja la conciencia de la ilicitud que cometía, ya que por fuera de esta hipótesis este hecho no tiene sentido alguno, así él se empeñe en sostener que para nada influyó en su determinación, no obstante que expresamente lo hizo constar en el auto. Y si a estos hechos, debidamente acreditados con el testimonio de los empleados del juzgado a cargo del doctor Benítez, a los cuales no se les puede restar credibilidad por el solo hecho de que se atrevieron a delatar a su jefe, se suma el que relata Aura Erminia Suescún, Secretaria de la Dirección de la Cárcel Nacional Modelo, cuando sostiene que la esposa de Perea fue personalmente a solicitar que se le expidiera una constancia escrita sobre la ya referida llamada telefónica hecha al juzgado, constancia ésta que aportó a la investigación disciplinaria el apoderado del doctor Benítez (fl. 51) y que pese a su autenticidad no corresponde a la verdad (testimonio de Myriam Lucía Galvis fl. 257), la Corte no puede tomar otra determinación diferente a la de confirmar el fallo condenatorio protestado, pues en su sentir los requisitos exigidos por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal se encuentran cabalmente satisfechos. Que el procesado hubiera escogido para prevaricar esta oportunidad y no otra anterior —argumento presentado por la Procuraduría Delegada—, es asunto que nada demuestra y que en manera alguna debilita la serie de indicios que acreditan su plena responsabilidad, los cuales para su valoración deben ser analizados en conjunto y no en forma separada, pues la prueba, toda, pero más específicamente la indiciaria, adquiere significado y sentido cuando se integra y relaciona entre sí.

Se confirmará, pues, la sentencia impugnada, y esta confirmación será integral, toda vez que nada tiene la Sala para objetar a la pena impuesta ni al otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

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

Resuelve:

Confirmar en todas sus partes la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. Técnica

La alegación simultánea de la violación directa e indirecta respecto a una misma disposición representa insuperable contradicción e imposibilita el estudio de sus planteamientos

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

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 15.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de febrero doce del año inmediatamente anterior confirmó integralmente la proferida por el Juzgado Quinto Superior de este Distrito Judicial, en la cual condenó a *Nazario Guzmán Donoso* a la pena principal de diez (10) años de prisión y las accesorias de ley, por el delito de homicidio. El defensor del procesado interpuso contra el fallo de segundo grado recurso de casación que fuera concedido por el *ad quem* y declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda que se declaró ajustada a los requerimientos formales establecidos por el legislador y allegada la opinión del Ministerio Público se procede a resolver:

Hechos:

Ocurrieron el veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), en el sitio conocido como San Gabriel jurisdicción del Municipio de Viotá (Cundinamarca), cuando en desarrollo de una gresca entre Carlos Castillo y Disman Alberto Calderón que trató de apaciguar Leonidas González, intervino Nazario Guzmán Donoso, quien disparó el arma de fuego que portaba contra el segundo de los mencionados, determinando las lesiones que finalmente le causaron la muerte (fls. 1 y ss.).

Actuación procesal:

1º La investigación penal fue iniciada por el Juzgado Penal Municipal de Viotá que decretó auto de detención en contra del procesado y practicó diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos (fls. 4 y 21).

2º El conocimiento del proceso se atribuyó al Juzgado Quinto Superior de Bogotá que en providencia de mayo 7 de 1982 dictó auto de

proceder contra Nazario Guzmán Donoso por el delito de homicidio. Tal calificación luego de ser apelada recibió confirmación integral del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial (fls. 120 y 171).

Tramitada la causa, el día 12 de septiembre de 1984 se celebró audiencia pública al transcurso de la cual el jurado de conciencia respondió por unanimidad de la única cuestión propuesta por el juez de derecho, "no es responsable". Tal decisión fue declarada contraevidente por el funcionario de primera instancia confirmada por el *ad quem*. Posteriormente, sorteados los nuevos integrantes del jurado de conciencia y celebrada la respectiva audiencia pública el 28 de octubre de 1985, los jueces populares decidieron en esta ocasión por mayoría, afirmativamente sobre la responsabilidad de Nazario Guzmán Donoso (fls. 309, 324, 350, 362 y 403).

4º En noviembre 20 de 1985 el juez del conocimiento acogió la citada veredicción y profirió sentencia condenatoria en contra del acusado a quien impuso la pena principal de diez (10) años de prisión y las accesorias de ley por el delito de homicidio en la persona de Disman Alberto Calderón. Esta decisión que puso fin a la primera instancia fue confirmada en todas sus partes por el juez de segundo grado (fls. 418 y 12, cuaderno del Juzgado y del Tribunal respectivamente).

La demanda de casación:

Dentro del marco de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente censura la sentencia atacada, por ser violatoria de manera directa e indirecta de la ley sustancial.

El actor, luego de hacer un esbozo de los hechos que generaron la actuación procesal, concluye: Quebrantamiento directo del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, en consonancia con el 247 *ibidem*, como quiera que la decisión recurrida se apoyó principalmente en prueba testimonial ilegalmente producida, pues en las respectivas actas no se hizo constar que las declaraciones fueron recepcionadas directamente por el juez, lo cual, aunque no le consta, le resta todo su valor a las versiones incriminatorias: Violación indirecta por apreciación errónea de tal prueba testimonial, con lo que se vulneraron los artículos 26 de la Carta Política y 35 del Código Penal al condenar por un hecho punible que no aparece debidamente probado en la investigación.

Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Corte:

Para la Sala, la sentencia acusada se apoya en fundamentos jurídicos y probatorios, que, de estudiarse los planteamientos de la demanda harían nugatoria la prosperidad del recurso. Este análisis precisamente no se puede cumplir, pues los manifiestos errores de técnica de que adolece el escrito sustentatorio de la impugnación conducen a la desestimación de los cargos.

Hasta la saciedad ha recordado la Corte como lo relieva el Ministerio Público que la violación directa e indirecta de la ley sustancial "tienen contenido y significaciones inconfundibles y distintas y que, en la primera no se impugna la prueba, porque es de su esencia que el

quebranto de la ley se produzca de inmediato, es decir, sin desvío. Y si tal es su contenido, resulta de exigencia lógica aceptar, en su integridad, los hechos que declara probados la sentencia, para edificar sobre ellos la censura. En cambio, es propio de la violación indirecta discutir la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la norma sea mediato, esto es, a través de ella. Y si este es su sentido, resulta de imperativo lógico rechazar, en forma total o parcial, los hechos que declara probados la sentencia para demostrar que se violó la prueba y que, por este modo se conculcó la ley".

"En la violación directa, se afronta un problema de fondo: la aplicación de la norma sustancial, bajo tres sentidos diferentes: Su falta de aplicación indebida a su interpretación errónea. En la violación indirecta se afronta un problema de forma; la contemplación del hecho y de su prueba, bajo dos aspectos diferentes: El error manifiesto de hecho y el error de derecho".

"...si el actor se interna en el estudio de las pruebas o de los hechos que ellas demuestran para discutir la apreciación que les dio o les negó el fallador, se sitúa dentro de la valoración indirecta. Esto acontece cuando se formula un error de hecho (contemplación material), porque se deformó el alcance fáctico de la prueba, porque estando en el proceso no fue considerada, o porque no hallándose materialmente en él fue imaginada o supuesta; y cuando se propone un error de derecho (contemplación jurídica), porque se violó la legalidad de la prueba en su aducción, se le negó el valor que la ley le atribuye, o se restringió o excedió el que ella le asigna".

Consecuencia de lo anterior es que la alegación simultánea de la violación directa e indirecta respecto a una misma disposición, como se desprende de las pretensiones del censor en su demanda, representa insuperable contradicción e imposibilita el estudio de sus planteamientos pues es apenas inconcebible que a la vez se acepte y no la prueba y su valoración.

No sobre agregar igualmente que, la forma de violación indirecta de la ley, tampoco procede en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, por las siguientes razones:

"a) Los miembros del jurado deciden en conciencia y atendida su convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga (art. 560 del C. de P. P.), de manera que no deben fundamentar su respuesta ni hacer un justiprecio de las razones de índole probatoria que los llevaron a tomar su determinación. En estas condiciones no es posible afirmar que incurrieron en desconocimiento de la realidad probatoria o que la valoraron equivocadamente, que es presupuesto esencial en los cargos por violación indirecta, porque falta el necesario elemento de comparación entre las bases probatorias del proceso y las que fueron tenidas en cuenta en la veredicción";

"b) El artículo 519 del Código de Procedimiento Penal dispone que en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate, esto es, que la base de la sentencia no es la prueba en forma inmediata, como ocurre en los casos en que interviene el jurado, sino la respuesta de los jueces popu-

lares. Ante este imperativo mandato legal el juez de instancia, salvo casos de inexistencia o de contraevidencia frente a los cuales no podrá dictar fallo de mérito, deberá dictar sentencia con fundamento exclusivo en la respuesta de los jueces de hecho. De no hacerlo así incurrirá en desconocimiento de las formas propias del juicio y, además daría razón para la prosperidad de la causal segunda de casación que se presenta precisamente cuando la sentencia se dicta en desacuerdo con el veredicto del jurado";

"c) Las causales de casación son taxativas de modo que no puede ser alegado en sede de este recurso extraordinario un motivo distinto de los previstos en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Como la injusticia notoria del veredicto o su falta de conformidad con la realidad probatoria no están elevadas a la categoría de causal de casación, no es válido plantear este tema en la Corte cuando la ley lo ha deferido de manera expresa a la consideración de los jueces de derecho en las instancias";

"d) En el supuesto de que en sede de casación llegare a admitirse que el veredicto es injusto o contrario a la evidencia de los hechos, a la Corte no le quedaría camino distinto de casar la sentencia y dictar la que debe reemplazarla; al proceder en esta forma tendría que desconocer el veredicto, con violación de lo preceptuado por el ya citado artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, a la vez que daría motivo para que tuviera operancia la causal segunda de casación por falta de concordancia entre el veredicto y la sentencia" (Casación, noviembre 23 de 1984 y septiembre 9 de 1986).

Los defectos técnicos aludidos y las razones expuestas impiden la estimación de la demanda y hacen imperativo el rechazo de los cargos formulados, que, en tales condiciones, no están llamados a prosperar.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

AUTO INHIBITORIO

Tratándose del auto inhibitorio no puede hablarse de la causal de recusación a que alude el artículo 78-4 del Código de Procedimiento Penal, cuando es el mismo funcionario que en determinado momento resolvió no abrir investigación y luego, en presencia de hechos nuevos, debe concluir si hay o no lugar a idéntica decisión

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

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 16.

Vistos:

El secretario de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, ha hecho llegar a esta Corporación "fotocopias de los cuadernos números 1, 2 y 3 del expediente número 011-45816 (Reg. Nº 46200) contra el doctor *Gilberto Rodríguez Vargas,* en su condición de magistrado del Tribunal Superior de Aduanas, de conformidad con lo dispuesto en auto de diciembre 5 de 1985 (fls. 516 y ss. del cuaderno número 1)", según dice el respectivo oficio remisorio de 29 de enero de 1987.

Del referido auto se transcribe lo siguiente:

"Tienen su origen los antecedentes relacionados (diferentes actas de visita de la Procuraduría y fotocopias de diversas actuaciones) en una importancia de material CKD para el ensamblaje de vehículos automotores en el país hecha por la Fábrica Colombiana de Automotores S. A. 'Colmotores S. A.', llegado el cual a la zona aduanera respectiva, se estimó que existían hechos investigables penalmente, según denuncia formulada por un supuesto delito de contrabando, lo que dio lugar a lo siguiente:

"1º El doctor Gilberto Rodríguez Vargas, obrando como Juez 4º Superior de Aduanas, al conocer de la citada denuncia, en providencia del 12 de noviembre de 1982 por considerar de *'suma gravedad'* lo planteado, dispuso la práctica de *diligencias preliminares* conforme al artículo 320 *Bis* del Código de Procedimiento Penal, procediendo en forma personal a evacuar las diligencias que consideró necesarias (fls. 8 a 232, cuaderno número 2).

"2º Surtidas las distintas diligencias ordenadas, el propio doctor Gilberto Rodríguez Vargas, como Juez 4º Superior de Aduanas, el 18 de diciembre de 1982 dictó *auto inhibitorio,* absteniéndose en consecuencia, de abrir investigación penal (fls. 218 a 232, cuaderno número 2).

"3º El auto anterior fue confirmado el 29 de julio de 1983 por el Tribunal Superior de Aduanas, siendo para tal fecha miembro del mismo, en su condición de magistrado, el doctor Gilberto Rodríguez Vargas, motivo por el cual se declaró impedido para conocer, según quedó anteriormente expuesto (fls. 16, 30, 31 y 75 a 106, cuaderno número 3).

"4º El 5 de marzo de 1984, la doctora Evangelista Yira Perea Henríquez, obrando como Juez 5º de Instrucción Penal Aduanera, por los mismos hechos que fueron objeto de las diligencias preliminares adelantadas por el doctor Gilberto Rodríguez Vargas, dictó auto cabeza de proceso y, en consecuencia, abrió investigación penal, que coincidencialmente correspondió en conocimiento, luego, al Juzgado 4º Superior de Aduanas donde era titular para esa fecha el doctor Luis Enrique Liévano Liévano (fls. 172 y 342 a 344, cuaderno número 1).

"5º El 3 de abril de 1984, la Juez 5º de Instrucción Penal Aduanera dispuso tener como *pruebas anticipadas*, conforme al artículo 185 del Código de Procedimiento Civil las practicadas en el proceso que adelantó el doctor Gilberto Rodríguez Vargas (diligencias preliminares (fl. 324, cuaderno número 1).

"6º Solicitada la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, el Juzgado 4º Superior de Aduanas accedió a ello mediante providencia del 31 de agosto de 1984, ordenando en consecuencia la cesación de todo procedimiento, decisión que puesta en conocimiento del Tribunal Superior de Aduanas, dio lugar a que el Fiscal se declarara impedido por haber emitido concepto con anterioridad sobre los mismos hechos ya que no habiendo sido aceptado por esta Corporación se hubiera enviado a la honorable Corte Suprema de Justicia, quien se declaró inhibida para conocer de tal circunstancia (fls. 467 a 471, cuaderno número 1).

"7º Tramitado en el Tribunal Superior de Aduanas el recurso a que dio origen la providencia del Juzgado 4º Superior de Aduanas, al resolver sobre la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, el 5 de marzo de 1985, con ponencia del doctor Roberto Vélez Paternina *confirmó* lo dispuesto por el *a quo* (fls. 492 a 513, cuaderno número 1), en providencia que suscribió el doctor Gilberto Rodríguez Vargas.

"Estudiados en conjunto los antecedentes a que se ha hecho referencia, se establece que las diligencias preliminares y la investigación adelantada una vez dictado el auto cabeza de proceso tenían por objeto los mismos hechos imputables, supuestamente, a directivos de Colmotores S. A., y que en ambos casos conoció el doctor Gilberto Rodríguez Vargas como Juez en el primero y como Magistrado en el segundo.

"El artículo 77 del Código de Procedimiento Penal establece:

" 'Los jueces, magistrados y conjueces *deben declararse impedidos para conocer de procesos criminales, cuando exista respecto de ellos alguna causal de recusación*, tan pronto como adviertan su existencia'.

"El artículo 78 del mismo estatuto legal indica como causal de recusación:

" 'Haber sido el juez o magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas, *o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso*' (numeral 4. Lo subrayado es de este Despacho).

"En consecuencia, de las diligencias practicadas y de la documentación allegada, aparece contra el doctor Gilberto Rodríguez Vargas, en su condición de Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas, el siguiente cargo:

"Que habiendo conocido como Juez 4º Superior de Aduanas de las diligencias preliminares de orden penal a que dio origen una importación de partes CKD para el ensamblaje de vehículos automotores, efectuada por la Fábrica Colombiana de Motores S. A., 'Colmotores S. A.', donde el 18 de diciembre de 1982 profirió auto inhibitorio, intervino luego el 5 de marzo de 1985 en la Sala Plena del Tribunal Superior de Aduanas como Magistrado, sin manifestar causal de impedimento alguno, al resolver éste el recurso sobre la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, declarando la cesación de procedimiento dentro de la investigación que por los mismos hechos abrió el 5 de marzo de 1984 el Juzgado 5º de Instrucción Penal Aduanera.

"Los hechos descritos resultan contrarios a lo dispuesto en el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal, pues al conceptuar en primera instancia como juez y luego como magistrado sobre las cuestiones materia de las diligencias procesales, no advirtió que estaba incurso en causal de recusación al tenor del numeral 4º del artículo 78 *ibídem*, máxime cuando al conocer de los mismos hechos con anterioridad se había declarado impedido...".

Dispuso, entonces, el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, correrle traslado de cargos al doctor Gilberto Rodríguez Vargas, por posibles faltas disciplinarias. Y, "teniendo en cuenta que en sus aspectos subjetivos la actuación del citado funcionario sale de la órbita de competencia propia de la Procuraduría, dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, envíese copia de los antecedentes a la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia para lo que considere pertinente".

Una vez el doctor Rodríguez Vargas presentó sus descargos, la misma Procuraduría Delegada, pero ya no en cabeza del doctor Miguel Angel Enciso Pava, sino del doctor Edilberto Solís Escobar, dispuso "abstenerse de proferir resolución acusatoria", con base en las siguientes consideraciones:

"Las pruebas pedidas por el doctor Gilberto Rodríguez Vargas, fueron practicadas en su totalidad y de la valoración de éstas como de los argumentos expuestos por él en sus descargos, se considera que no existe mérito para acusarlo, por cuanto, de acuerdo con el cargo que se le formuló es cierto que habiendo conocido del proceso adelantado contra 'Colmotores S. A.', profirió auto inhibitorio que fue confirmado por el Tribunal Superior de Aduanas sin su intervención, habiéndose declarado impedido cuando el Tribunal conoció del recurso de apelación y que posteriormente cuando la Juez 5º de Instrucción Penal Aduanera abrió investigación, el Juez 4º Superior de Aduanas, doctor Enrique Liévano Liévano, ordenó la cesación de procedimiento que fue

confirmada en Sala Plena por el Tribunal Superior de Aduanas, entre otros por el doctor Gilberto Rodríguez Vargas, Magistrado de este Tribunal. Es evidente que en el primer caso el doctor Rodríguez Vargas debía declararse impedido para tomar en 2ª instancia decisión sobre el auto inhibitorio, por cuanto él fue quien lo profirió, mas no se encuentra razón para que se declarara impedido cuando conoció del recurso de apelación interpuesto como miembro de la Sala Plena del Tribunal Superior de Aduanas, si no tuvo intervención en la providencia de primera instancia. Consideramos que el doctor Rodríguez Vargas, cumplió con sus deberes oficiales...".

A pesar de esta resolución, el secretario de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, hizo llegar a esta Sala las fotocopias mencionadas *ab initio*.

Breves consideraciones de la Sala:

Cuando el funcionario acusado presentó sus descargos ante la Procuraduría, trajo a colación el siguiente pronunciamiento de esta Corte:

"Como se advierte nítidamente del texto de la causal cuarta del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, los motivos de recusación allí indicados se refieren de manera exclusiva a actuaciones de particulares que más tarde, como jueces o magistrados, tienen que conocer de asuntos en los que intervinieron con anterioridad o, sin haber intervenido en ellos, respecto de los cuales dieron su consejo o manifestaron su opinión:

"a) Haber sido el juez o magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes o contraparte de cualquiera de ellas, no es, por supuesto, el motivo alegado en este asunto;

"b) Tampoco puede serlo la circunstancia de haber dado consejo, como funcionario sobre el asunto materia del proceso, luego que a los empleados del orden judicial y a los agentes del Ministerio Público les está expresamente prohibido 'aconsejar a cualquiera de las partes litigantes', so pena de incurrir en delito (art. 79 del C. P.) y,

"c) *Ni puede ser motivo de recusación, finalmente, el hecho de que el funcionario haya cumplido con sus deberes oficiales en el proceso*, porque el ejercicio de la función es obligación impuesta al empleado por disposición expresa de la ley y de su inexcusable cumplimiento, no puede derivarse, simultáneamente, una inmediata o posterior inhabilidad, incapacidad o impedimento en su contra para conocer de las mismas (El subrayado es nuestro).

"La causal de que se trata, en efecto, fue tomada del artículo 65 del Código Italiano y tratadistas tan eminentes como Giovani Leone dice, respecto de ella, que sólo puede darse en las personas que, fuera del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, han dado su consejo o han manifestado su opinión sobre el asunto 'objeto del procedimiento de que más tarde viene a conocer como juez o magistrado'.

"....."

"Así lo había ya reconocido la Corte, de otra parte, como puede verse en providencias de 3 de enero de 1978 y 29 de marzo de 1979, entre otras, en las que en lo pertinente dijo la Sala: '...(La causal cuarta) se refiere al abogado que, dentro del proceso, ha asumido alguno de los papeles enumerados por el numeral cuarto del artículo 78 citado, y, posteriormente, es designado juez o magistrado, correspondiéndole conocer de ese mismo negocio. Los consejos u opiniones que, en su carácter de consultor, haya emitido, constituirán franco impedimento para que como juez o magistrado administre justicia en dicho proceso.

"'Cosa diversa es cuando un juez ha tramitado un proceso, en sus dos etapas del sumario y del juicio, dentro de cuyo trámite ha ido haciendo calificaciones, como lo son la que formula al dictar auto cabeza del proceso, al proferir auto de detención, al revocar o mantener esta decisión, al calificar el mérito del sumario, etc. etc. Las opiniones jurídicas que el juez expresa en las providencias enumeradas, y en otras similares, no son las que el numeral 4º del artículo 78 eleva a la categoría de causal de impedimento, por tratarse de conceptos emitidos en función jurisdiccional, en tanto que las de la causal cuarta implican el ejercicio de la abogacía...' (Auto de 3 de enero de 1978).

"'...Los actos ejecutados por los jueces y magistrados en cumplimiento de sus deberes oficiales no pueden constituir, al propio tiempo, motivo de impedimento para su posterior conocimiento del asunto, afirmación tanto más cierta entre nosotros cuanto que la legislación procesal colombiana entrega de tal modo a un mismo funcionario el conocimiento de la totalidad del proceso, que bien puede éste actuar en un proceso desde el auto con que se inicia, hasta la sentencia que le pone término' (Auto de 29 de marzo de 1979)." (Sala de Casación Penal, 13 de mayo de 1980. Magistrado ponente doctor Dante Luis Fiorillo Porras).

Es, pues, *incuestionable que el magistrado acusado se limitó a cumplir con su deber, declarándose impedido cuando como magistrado había de conocer del auto inhibitorio por él mismo dictado como funcionario de primera instancia, como quiera que estaba incurso en la causal de recusación plasmada en el artículo 78-7, y no separándose del conocimiento cuando el Tribunal debía revisar la providencia que daba aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, así se tratara de los mismos hechos, porque la actuación que en tal proceso había tenido era eminentemente judicial, limitándose al cumplimiento de sus obligaciones oficiales, sin que se pudieran tener las opiniones así vertidas como las que constituyen la causal de recusación a la luz del artículo 78-4.*

Tratándose del auto inhibitorio que, como es sabido, no tiene el carácter de cosa juzgada, sino cuando se profiere con base a encontrarse prescrita la acción penal, mal puede hablarse de presencia de la causal de recusación a que alude el artículo 78-4, como lo sostuvo la Procuraduría en un evento como el sub exámine, *cuando por la misma naturaleza de la resolución comentada, es el mismo funcionario que en determinado momento decidió no abrir investigación, el que, en presencia de hechos nuevos, debe decidir si hay o no lugar a apertura de averiguación. La ley no puede prohijar el absurdo, y tal haría si se le*

diera validez a la tesis que se critica, pues se colocaría al juez en la obligación de pronunciarse sobre procedencia o no del auto cabeza de proceso y, al propio tiempo, por estar cumpliendo con su deber, se le habría de procesar por prevaricato por no haberse declarado impedido, siendo que estaba presente la causal de recusación en referencia.

No está por demás observar lo siguiente: La orden de expedición de estas copias se cumplió antes de hacerse una adecuada valoración de lo averiguado y, por la demora en su cumplimiento, dio lugar a que la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, aceptara los descargos presentados por el doctor Gilberto Rodríguez Vargas, decisión y explicaciones coincidentes con lo que ahora la Sala ha resuelto. Pues bien, si se hubiera obrado con la debida prudencia, por una u otra circunstancia, se habría evitado todo este innecesario trámite, en el cual resulta lamentable la posición contradictoria en que se han colocado las propias dependencias de la Procuraduría.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

No es el caso de abrir sumario contra el doctor Gilberto Rodríguez Vargas, en su condición de Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas, por haber limitado su actuación al cumplimiento de sus deberes oficiales.

Notifíquese, cúmplase y archívese.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. Admisión

La parte civil carece de interés para impugnar el fallo de segunda instancia a través del recurso extraordinario de casación, cuando no pretenda discutir el tema del resarcimiento de perjuicios

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 16.

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de hecho interpuesto por el apoderado de la parte civil, al serle negado el de casación que formuló contra la sentencia de 30 de mayo de 1986, mediante la cual, al confirmar la del Juzgado Tercero Superior de Cali, el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial condenó a *Ibis Jahir Cruz*, por el delito de homicidio.

El Tribunal negó dicho recurso extraordinario sobre el argumento cardinal de que "la sentencia que se recurre en casación es una sentencia condenatoria que cubre el interés de la parte civil, pues ella contiene la correspondiente condenación, en abstracto, al pago de los perjuicios, es decir que hay satisfacción plena del interés de la parte civil y por ello no le asiste ningún interés legítimamente para recurrir en casación".

Por su parte, el recurrente sostiene, ante el Tribunal y luego en esta Sala, que en manera alguna su impugnación tiene que ver con la indemnización de los perjuicios, sino que con ella "combato el auto de proceder que convirtió la calidad de un homicidio agravado en uno por culpa", precisamente por no haberse practicado "una prueba fundamental".

Insiste, entonces, en que su interés radica en "el esclarecimiento de la verdad sobre el delito y por ende la responsabilidad penal".

Consideraciones de la Corte:

El fallo impugnado fue proferido en segunda instancia por el Tribunal Superior de Cali en un proceso por el delito de homicidio: Este trípode procesal da luz verde a la interposición del recurso extraordinario de casación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

También es una verdad que el recurrente es el apoderado de la parte civil dentro de este mismo proceso, y, por tanto, es titular de la mencionada impugnación, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 570 ibídem.

Mas ocurre que no es dable equiparar la titularidad del recurso al interés para ejercitarlo, pues si bien la primera calidad nace —en forma general y abstracta— del hecho de ser "parte", ello no puede actualizarse, concretarse, si no está legitimada. Y esta legitimación la proporciona únicamente el decurso procesal, es decir, el sentido e intensidad de las decisiones del juez; ésto para precisar y medir el agravio causado con la resolución judicial, y determinar, simultáneamente, cuál fue el interés afectado con ella.

Esas premisas conducen, pues, a interrogar una vez más por el rol de la parte civil en el proceso penal. La respuesta la dan en primer término el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal: "La acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal, se ejercerá...". Este objetivo indemnizatorio constituye, por tanto, la única razón legal de la existencia de dicha "parte" en el proceso penal, y así fue ratificado (con una redacción más técnica, y también más explícita en lo que atañe a la facultad electiva de la parte civil respecto de los cauces penal y civil) por el artículo 28 de la Ley 2ª de 1984.

Desde luego que la ley no podía consagrar tal derecho sin a la vez disponer los medios para efectivizarlo. De ahí que así lo haya hecho mediante el artículo 134 del mismo estatuto: "La persona que se haya constituido en parte civil, admitida su demanda, tendrá derecho de solicitar pruebas para el esclarecimiento de la verdad sobre el delito, los autores o partícipes, la responsabilidad penal de ellos y la naturaleza y cuantía de los perjuicios que se le hayan ocasionado y desarrollar las demás actividades que la ley le concede".

Ese cúmulo de facultades (que la coloca en igualdad de condiciones con la defensa —aquí su "contraparte"—) no puede, sin excepción, perseguir meta diferente al resarcimiento de la ofensa infringida por el autor o cómplice del delito, desagravio que, a su turno, no puede salir avante sin una sentencia penal de condena.

Obtenido tal fallo, que invariablemente debe llevar anexo la condenación privada (art. 103, C. P.), la parte civil cumple su cometido procesal y no está legitimada para combatirlo, salvo que aquél desconozca o recorte el derecho a la indemnización.

En otras palabras, y en síntesis, si la impugnación no pretende discutir el tema del resarcimiento del perjuicio, la carencia de interés emerge inmediata y apabullantemente. Esta es la hipótesis que, en el presente caso, ha materializado el recurrente.

En efecto, como inicialmente se anotó, es él mismo quien insiste en que si bien es cierto la sentencia recurrida fue condenatoria "repito, el recurso extraordinario interpuesto en forma legal y por persona que puede hacerlo, no tiene nada que ver con la indemnización de perjuicios" (fl. 25, se subraya). Y en el recurso de reposición ante el Tribunal había sustenido en la misma directriz: "Se debe conceder el recurso

máxime en el caso sub exámine en donde él no versa sobre la indemnización de perjuicios *sino por lo mencionado anteriormente 'para el esclarecimiento de la verdad sobre el delito'" (fl. 31).*

Ya desde antiguo y de manera reiterada la Sala ha expuesto el criterio que hoy de nuevo ratifica y amplía. Así en providencia del 13 de febrero de 1975 (citada en la del 24 de junio de 1980), dijo:

"Es así, como si bien tiene derecho (la parte civil) de interponer el recurso de casación, sólo puede hacerlo cuando persiga finalidades que se relacionen con la indemnización de perjuicios, siendo ajena a sus facultades la persecución de otros objetivos como los relacionados con la especie del delito, la naturaleza y cantidad de la pena, la personalidad del procesado, etc.... No le está concediendo (el art. 570 del C. de P. P.) la plenitud de la facultad de impugnar sino sólo una limitada a los fines expuestos".

En consecuencia, como el señor apoderado de la parte civil no está legitimado para recurrir en casación la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, su impugnación resulta improcedente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *declara bien denegado* el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia de fecha y origen anotados.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CONCUSION

El bien jurídico objeto de tutela en el delito de concusión es el de la Administración Pública, por "abusar del cargo o de las funciones", no siendo, entonces, suficiente que el sujeto activo del comportamiento tenga la calidad de empleado oficial, sino que lo realice excediéndose en el ejercicio de sus actividades oficiales

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

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta número 16.

Vistos:

Procede la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a decidir sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Luis Eduardo Quintero Rincón*, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 17 de abril de 1986, por medio de la cual confirmó la de 16 de febrero del mismo año, dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito que condenó a *Luis Eduardo Quintero Rincón* y a *Alberto Motta Caballero* a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión y a *Roberto Grajales Durán* a la de cuarenta y cuatro (44) meses de prisión, todos como coautores del delito de extorsión.

Hechos:

1. En la tarde del día 15 de mayo de 1984, el comerciante José Belén Buitrago Jaimes, fue visitado por Víctor Orlando Tapias Visbal, quien le presentó a un sujeto desconocido que pretendía comprarle wisky de contrabando. Por la noche del mismo día para concretar la compra, se presentaron en la casa de Buitrago el comisionista y el extraño, acompañados de una mujer, pactando la venta en la suma de $ 163.000.oo.

2. Al día siguiente a tempranas horas, estuvieron de nuevo Tapias, el desconocido y una mujer con el fin de llevarse los licores y cancelar su precio. En ese momento la mujer intimidó con un revólver al comerciante y arrojó al suelo una caja, al tiempo que se presentaban dos hombres armados, uno de los cuales fue reconocido por Buitrago como el agente Alberto Motta Caballero. Este se dirigió a su compañero como "el Teniente González", al comprador del wisky como "el señor Procurador" y a la mujer como detective.

3. Los cuatro, previa apertura de la caja que aseguraron contenía cocaína, le comunicaron al contrabandista que si no les entregaba un millón de pesos, estaban en condiciones de comprometerlo penalmente. En esos momentos llegó Alfredo Cala Moreno, quien necesitaba a Buitrago para que le cambiara un cheque, reconociendo al llamado "Teniente" como el agente Luis Eduardo Quintero Rincón, pues en esa calidad lo había conocido en la ciudad de El Socorro.

Al fin el comerciante Buitrago accedió a entregarles $ 400.000.oo para cuya obtención acudió junto con Quintero a la residencia de la señora Mercy de Niño y luego al Banco Tequendama donde cambió el cheque que le fuera dado, procediendo a entregar el dinero a los delincuentes, quienes lo previnieron de las consecuencias negativas que se sobrevenían si los denunciaba.

En efecto, Buitrago se abstuvo de denunciar hasta el 14 de junio siguiente cuando vio en un periódico local el retrato de Roberto Grajales Durán, sujeto éste que de acuerdo con la información venía cometiendo una serie de fechorías, reconociéndolo como el que llamaban "el Procurador" en la escena referida; resolvió entonces formular la respectiva denuncia.

Actuación procesal:

1. Iniciada la investigación el 21 de junio de 1984 por el Juzgado Setenta y Dos de Instrucción Penal Militar de Bucaramanga, el 15 de agosto del mismo año se decretó la detención preventiva de los agentes de la Policía Nacional Luis Eduardo Quintero Rincón y Alberto Motta Caballero, sindicados del delito de extorsión.

2. El Comandante del Departamento de Policía de Santander, Juez Primera de instancia, mediante auto de 17 de octubre de 1984, declaró que la Justicia Penal Militar no era la competente para seguir conociendo del proceso y ordenó su envío a la justicia ordinaria, correspondiéndole al Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, quien avocó el conocimiento.

3. Adelantada la investigación que prosiguió y finalizó el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante providencia de 30 de octubre de 1985, dispuso citar a audiencia pública a Quintero Rincón, Motta Caballero y Grajales Durán como responsables del delito de extorsión y de conformidad con el procedimiento dispuesto por la Ley 2ª de 1984 para esta clase de hechos punibles.

4. Ejecutoriado el anterior pronunciamiento y rituada la etapa del juicio, el juzgado de conocimiento profirió sentencia de primera instancia el 10 de febrero de 1986 condenando a Luis Eduardo Quintero Rincón y a Alberto Motta Caballero a la pena principal de 40 meses de prisión y a Roberto Grajales Durán a la de 44 meses de prisión, todos como coautores del delito de *extorsión*.

5. Interpuesto recurso de apelación por el defensor del procesado Quintero Rincón contra el fallo de primer grado, el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante sentencia de 17 de abril de 1986 impartió

confirmación a la decisión impugnada, al tiempo que negó decretar la nulidad impetrada por errónea calificación del delito.

Consideró el Tribunal de instancia, que la conducta realizada por los procesados se tipifica como delito de extorsión y no el de concusión, como reiteradamente lo viene sosteniendo el defensor de Quintero Rincón.

Demanda de casación:

Con fundamento en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, solicita el censor se decrete nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder por cuanto la sentencia se ha proferido en un proceso viciado de nulidad, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, situación ésta que hace aplicable el numeral quinto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma el casacionista que los hechos por los cuales se condenó a Luis Eduardo Quintero Rincón, son constitutivos de un delito de concusión en lugar del de extorsión, motivo por el cual el Tribunal Superior de Bucaramanga, debió adecuar la conducta en la descripción típica del artículo 140 y no en el artículo 355 del Código Penal.

Para demostrar el único cargo en que sustenta el ataque a la sentencia de segundo grado, toma el recurrente el testimonio del comerciante José Belén Buitrago Jaimes, para resaltar el hecho de que la víctima sabía que el procesado Quintero Rincón era agente de Policía, pues lo reconoció en el momento en que cometió el delito, al igual que lo hizo el testigo Alfredo Cala.

Explica, en consecuencia, que Buitrago Jaimes entregó el dinero exigido para no denunciarlo por el almacenamiento de licores de contrabando y la tenencia de cocaína por el temor que sintió ante la autoridad al tener pleno conocimiento de que el constreñimiento no provenía de personas particulares, sino de agentes de la Policía.

Apoya su tesis el impugnante en una decisión proferida por esta Sala el 7 de junio de 1979, de la cual fue ponente el doctor Luis Enrique Romero Soto y en citas de algunos doctrinantes nacionales, criterios todos que se remiten a explicar que el delito de concusión también se puede cometer por parte del empleado oficial que abusa del cargo, concluyendo que esta segunda situación es la que no tuvo en cuenta el juzgador, pues Quintero Rincón si bien no abusó de sus funciones, sí lo hizo del cargo.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita de la Sala, no casar la sentencia recurrida, por cuanto la conducta investigada es constitutiva de un delito de extorsión y no de concusión, encontrándose, por tanto, bien realizado el proceso de adecuación típica llevado a efecto por el Tribunal de Bucaramanga y por ende, el que hizo el juez competente al momento de calificar el mérito del sumario.

Se adentra el Procurador Delegado a analizar la conducta concusionaria desde el punto de vista normativo y fáctico para colegir, que en este caso la calidad de agentes de la Policía que detentaban para el día de los hechos los procesados Luis Eduardo Quintero Rincón y Alberto Motta Caballero en ningún momento incidió para la comisión del delito, sino que se trató de una simple coincidencia "irrelevante" para la ejecución del mismo, pues cuando intimidaron al referido comerciante "no desataron ilícitamente dicha autoridad real, sino que simularon poseer una muy distinta y superior a la ostentada".

Además, no puede perderse de vista, que las cabezas visibles en toda la actividad delincuencial no fueron los citados agentes de la Policía, sino los otros dos delincuentes y hasta ahora desconocida mujer.

Expone finalmente el Procurador, que el delito de concusión exige que se presente inequívocamente la doble relación abuso de poder público exigencia indebida, lo cual indica que la calidad del autor de la conducta además de ser real y ostensible debe trascenden sicológicamente en la víctima quien debe creer "a ciencia cierta que el agente posee la autoridad que invoca".

Y si una persona que ostenta un cargo público, estando investida de funciones y autoridad, no menciona para nada su verdadera investidura ni abusa de sus atribuciones oficiales, esto es, obra como simple particular, finge o se atribuye posición, poder y atribuciones, que ciertamente no posee, para constreñir a otra persona a que le de alguna suma de dinero o cualquier otra utilidad ilícita, inclestionablemente se debe concluir, que se incurre en un delito de extorsión.

Consideraciones de la Corte:

1. El casacionista fundamenta su censura en la errónea calificación del delito por el cual se profirió sentencia condenatoria contra Luis Eduardo Quintero Rincón al habérsele imputado la comisión del delito de extorsión en lugar del de concusión, habiendo desconocido el Tribunal Superior de Bucaramanga, que se trata de una conducta ejecutada por un empleado oficial que abusó de su cargo de agente de la Policía y que al tener la víctima conocimiento de esta situación, la entrega del dinero se hizo por cuanto la amenaza de denunciar al comerciante por la posesión de licores de contrabando y de cocaína, provenía de representantes de la autoridad policial.

2. Estos concretos cuestionamientos exigen a la Sala, determinar cuál de estos delitos es el que se tipifica en este caso, aclarando desde ya, que el Tribunal acertó al tipificar la conducta investigada como un delito contra el patrimonio económico y concretamente, el de extorsión.

3. En efecto, *para que exista el delito de concusión, es necesario que el empleado oficial, abuse de sus funciones, lo cual sucede cuando se desbordan o restringen indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos o que abuse del cargo, esto es, que aproveche de modo indebido la vinculación que pueda tener con una situación concreta que no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones.*

4. *Pero como se desprende de las expresiones normativas empleadas en el artículo 140 del Código Penal, el autor calificado debe "abusar del cargo o de sus funciones", lo que significa, indudablemente, que no es suficiente que el sujeto activo del comportamiento tenga la calidad de empleado oficial, sino que la realice excediéndose en el ejercicio de sus actividades oficiales y para esto, como lo consideró la Sala en anterior oportunidad, debe existir "una relación causal entre el cargo y las funciones que le son ajenas, y el comportamiento de inducción, constreñimiento o solicitud de dinero o cualquier otra indebida utilidad" (Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía, enero 18 de 1983.*

5. Ninguna contradicción existe, entonces, entre el pronunciamiento de esta Corporación de fecha 7 de junio de 1979 en el que trata de encontrar asidero el demandante para impetrar la declaración de nulidad, e inclusive con la doctrina que cita en su libelo, con el criterio del juez de conocimiento ni el del Tribunal, toda vez que aquí no se trata de concretar qué se entiende por abuso de las funciones o del cargo y cuál es el alcance que se le debe dar a estos elementos normativos, sino de establecer el fundamental supuesto que debe concurrir para que ese comportamiento se vincule con la calidad de empleado oficial, como es la referida "relación causal".

6. *El bien jurídico objeto de tutela en el delito de concusión, es el de la Administración Pública, por tanto, para que se vulnere debe actuarse ilícitamente en su nombre y para que esto se logre impera que la calidad que se detenta se exteriorice, pues es la autoridad del agente la que hace que el sujeto pasivo se sienta intimidado y tema que si no hace u omite lo que el funcionario pretende, pueda resultar un perjuicio en su contra. El comportamiento de la víctima está determinado por el* "etus potestatis", *o sea, el temor a la perturbación que en su ánimo produce el poder del empleado oficial y si la víctima no tiene conocimiento de que quien le hace la ilegal exigencia, por ejemplo es funcionario, no es entendible que en ella surja ese temor.*

7. Se argumenta por el denunciante que efectivamente el comerciante entregó el dinero determinado por el *"metus potestatis"* por cuanto una vez fue intimidado por los delincuentes se dio cuenta que a uno de ellos, Luis Eduardo Quintero Rincón, lo había conocido como Policía.

El sofisma que contiene este planteamiento, surge de contera si se tiene en cuenta los principios que gobiernan doctrinariamente la "teoría del delito", debido a que no se puede confundir el análisis dogmático del delito que permite comprender los denominados "elementos del delito" o "características de la acción" con la unidad de éste, pues lo analítico es el concepto, mas no el delito.

Esta confusión lleva al casacionista a atomatizar el delito y analizar independientemente cada "elemento" dejando de lado la dinámica que conlleva en su complejidad monolítica. Así, el delito de concusión encierra una duplicidad de comportamientos ejecutados por el autor de una parte y de otra, por la víctima, los cuales necesariamente deben coexistir para que pueda estructurarse el delito y no es posible deslindarlos en la forma como lo plantea el libelista.

8. *El funcionario público debe "abusar de sus funciones o su cargo" y para hacerlo debe actuar conociendo su calidad y valiéndose de ella para constreñir, inducir o solicitar a la víctima a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos; entonces, el agente no puede actuar presentándose como particular, sino como empleado oficial, pues si simula la calidad o no la exterioriza comete un delito de extorsión y no el de concusión al no valerse de su poder estatal para obtener el fin ilícito y por tanto la víctima no accede a lo exigido por temor a la autoridad, sino por motivos diferentes.*

De acuerdo con la tesis del recurrente, se debería aceptar que existe delito de concusión cuando la víctima cree que es constreñido, inducida o que le hace la solicitud un funcionario público cuando en realidad el victimario no lo es y por ende, no se ha abusado del poder ni se ha vulnerado el bien jurídico de la Administración Pública, lo cual sería absurdo.

9. Bajo estas premisas, concluye la Sala, que fue acertada la calificación del delito que se hizo en el auto de convocatoria a audiencia y en la sentencia impugnada.

Ninguna duda existe en el proceso respecto a que Quintero Rincón y Motta Caballero, poseían la calidad de empleados oficiales cuando realizaron su conducta delictiva, pero es igualmente cierto, que no ejercitaron dicha autoridad, pues no actuaron bajo la forma de un "operativo del F-2", ni el mismo comenzó anteponiéndose la verdadera y real calidad, como lo afirma el señor Procurador Delegado, toda vez que el propio Quintero Rincón fingió no solamente su verdadera investidura, sino que el engaño lo extendió hasta su identidad, pues se hizo pasar como el "Teniente González".

Estos agentes de la Policía, actuaron en compañía de otros delincuentes, siendo significativo el hecho de que fueron estos últimos los que intervinieron como cabezas visibles y principales de la actividad delictual ocultando la calidad que ostentaban, pues no se puede llegar a otra concusión, si se tiene en cuenta la modalidad utilizada para no dar a conocer su investidura, simulando diversos cargos tales como el de "procurador", "detective", "teniente", etc.

No actuaron, en consecuencia, Quintero Rincón ni Motta Caballero como empleados oficiales, sino como delincuentes comunes, pues no existe el nexo causal necesario entre el comportamiento de estos condenados y el cargo o las funciones que ostentaban; por tanto, no prospera el cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

EMPLEADO OFICIAL. PREVARICATO

La excepción se convertiría en regla general si el nombramiento en un cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, de quien no reúne los requisitos constitucionales y legales, pudiera ser por tiempo indefinido y no de manera provisional o interina

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

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 16.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en auto de cuatro (4) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis, decidió "abstenerse de abrir investigación penal en contra del doctor *Gonzalo Chaparro Gómez,* en calidad de Juez Décimo de Instrucción Criminal de esta ciudad, por el presunto delito de prevaricato por omisión". Contra tal determinación, el denunciante *Gerardo Ardila Martínez,* interpuso recurso de apelación. Surtido el trámite propio de la segunda instancia, es el momento procesal oportuno para que la Corte se pronuncie sobre la procedencia o no de tal determinación.

Hechos y actuación procesal:

Los primeros los consigna el *a quo,* así:

"El exsecretario Gerardo Ardila Martínez, denunció al titular del Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de este Distrito Judicial, por el delito de prevaricato por omisión, por cuanto al concluir el período judicial, el doctor Gonzalo Chaparro Gómez no le nombró como secretario de ese despacho, cargo que desempeñó hasta el 31 de agosto del año próximo pasado.

"Afirma el querellante que el doctor Chaparro nombró al ciudadano Luis Enrique Jiménez Quintero, quien a la fecha del nombramiento y de la posesión, no reunía los requisitos exigidos por el artículo 63 del Código de Procedimiento Penal, por lo que el nuevo secretario hubo de renunciar al 25% de su sueldo. Considera, además, el quejoso que en el momento de ser relevado de su cargo, no existía ausencia de empleados que reunieran los requisitos de ley" (fl. 34, C. Trib.).

Durante la etapa preliminar se acreditó la calidad de juez de la República del acusado, para la época de los hechos (fls. 24 y ss.); se obtuvo la ratificación de la denuncia por parte de Ardila Martínez (fl. 8 vto.); se allegó copia auténtica del Decreto 02 de 1985, mediante el cual el doctor Chaparro nombró como secretario a Luis Enrique Jiménez Quintero (fl. 28) y se recepcionó el testimonio de éste (fl. 17) y de la pagadora Myriam Rosa de Bermúdez (fl. 14 vto.).

Fundamentos de la providencia impugnada

El acusado, doctor Chaparro Gómez, en ningún momento cometió el delito que se le imputa porque si bien es cierto que la persona a quien nombró como secretario del juzgado no reunía los requisitos para desempeñarlo, también es verdad que la designación se hizo en interinidad y con base en la facultad de libre nombramiento que para esa época lo asistía, como quiera que "...la estabilidad judicial concluye con el vencimiento del respectivo período...".

Consideraciones de la Sala y de la delegada

1. La disconformidad del denunciante radica en que, vencido el correspondiente período judicial, no se le designó nuevamente como secretario del Juzgado Décimo de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Bucaramanga, cargo que venía desempeñando desde tiempo atrás, en tanto que sí se nombró a persona que no reunía los requisitos legales del artículo 63 del Código de Procedimiento Penal, descartando a otros que satisfacían tales exigencias y habían hecho la respectiva petición, permaneciendo el designado más allá de los tres meses propios de la interinidad, en el desempeño de sus funciones. De tales circunstancias desprende la posibilidad de hecho punible, concretamente prevaricato por omisión.

2. Preciso es anotar que, *de acuerdo con el artículo 62 de la Constitución Nacional, corresponde al legislador determinar "las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución". Igualmente que los hechos aquí examinados se desarrollaron en vigencia de los Decretos 250 de 1970, 717 de 1978 y 1660 de la misma fecha.*

3. *El artículo 5º del Decreto 250, dispone: "Para desempeñar en propiedad cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, se requiere el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos para él, y además haber sido seleccionado mediante concurso...".*

A su turno, el artículo 3º del Decreto 717, ordena: "De los requisitos para el ejercicio de los empleos. Para desempeñar los empleos a que se refiere el presente decreto (del Ministerio Público y de la Rama Jurisdiccional, según el art. 1º) será necesario reunir los requisitos fijados en la Constitución, en las leyes especiales sobre funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, o en el manual de requisitos mínimos que expida el gobierno para los cargos cuyas condiciones de ejercicio no estén determinadas en la ley".

Y el artículo 46 del Decreto 1660 preceptúa que "Para ser designado titular de un cargo se requiere reunir la totalidad de las condiciones constitucionales, legales o reglamentarias exigidas para su desempeño".

4. El nombramiento de persona que no reúna las calidades exigidas para el empleo sólo puede ser en interinidad o provisionalmente. En efecto, el artículo 42-2 del Decreto 1660 dispone: "La autoridad nominadora podrá proveer en interinidad un cargo en los siguientes casos:

"...2. Cuando no pueda proveerse una vacancia definitiva con persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño, caso en el cual la interinidad no podrá exceder de tres meses...". (Subrayas de la Sala).

Y el artículo 47 ibídem, *preceptúa: "El nombramiento será provisional cuando se vincule a personas que no reúnan los requisitos para el cargo, o cuando se provea una vacante transitoria con persona ajena al servicio".*

Los mencionados artículos desarrollan el 3º del Decreto-ley 717 de 1978 y el 4º, 5º, 8º y siguientes del Decreto 250 de 1970.

También ha dicho la ley (art. 45 del Decreto 1660) que "la provisionalidad es la vinculación transitoria al servicio".

5. Sobre la prelación legal cuando deba hacerse nombramiento en interinidad, se tiene lo siguiente:

El artículo 9 del Decreto 250 ordena: "La corporación o funcionario a quien corresponda la provisión en propiedad, designará al interino entre quienes reúnan los requisitos constitucionales y legales propios del cargo y dentro de ellos seguirá este orden:

"1. Funcionarios de carrera del grado inmediatamente inferior;

"2. Funcionarios de servicio de ese grado;

"3. Funcionarios de carrera de grados inferiores;

"4. Funcionarios de servicio de esos grados;

"5. Personas extrañas a la carrera y al servicio.

"Igual orden se seguirá para la provisión en propiedad cuando debiendo hacerse por concurso éste no se haya realizado o se haya agotado la lista".

Y el artículo 10 ibídem, *dispone que "Sólo a falta de candidatos idóneos, podrá designarse en interinidad a quien carezca de los requisitos de ley".* (Las subrayas fuera de texto).

A su vez, el artículo 43 del Decreto 1660, manda que "...la corporación o funcionario a quien corresponda la provisión en interinidad hará la designación en personas que reúnan los requisitos y calidades exigidos, y dentro del siguiente orden de prelación:

"1º Funcionarios del grado inmediatamente inferior, y

"2º Funcionarios de otros grados inferiores.

"Sólo a falta de los anteriores, la designación podrá recaer en funcionarios del servicio que no reúnan los requisitos y calidades o, en último término, en personas ajenas al mismo. (Las subrayas son de la Sala).

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

6. Está demostrado que cuando el juez acusado prescindió de los servicios de Gerardo Ardila Martínez, se había vencido el respectivo período judicial, el cual concluyó exactamente el 31 de agosto de 1985, siendo designado en su reemplazo Jiménez Quintero, a partir del 1º de septiembre del mismo año. Y, *según lo dispone el artículo 27 del Decreto 1660, "La designación en propiedad da derecho a no ser suspendido ni destituido durante el respectivo período, o por lo que falte para completarse, sino en los casos y con las formalidades que determine la ley". (Subrayas fuera de texto). No hay, pues, irregularidad alguna en la concreta circunstancia de la no reelección de quien venía desempeñando las funciones de secretario, por que ningún derecho de permanencia podía éste oponerle al de libre designación que, para ese momento, le asistía al juez. Pero, en donde sí se observa quebranto legal con posible repercusión penal, es en la actuación cumplida por el funcionario al nombrar a Jiménez Quintero, sin satisfacer éste los requisitos a que alude el artículo 63 del Código de Procedimiento Penal, como quiera que no había ejercido, por lo menos durante un año, "el cargo de subalterno de un despacho judicial penal o del Ministerio Público, o el cargo de inspector de policía, alcalde o corregidor", y siendo que otros* (Braulio Triana Silva y Gonzalo Carvajal Ramírez) *que satisfacían con creces tales exigencias, le habían solicitado el puesto que quedaba vacante. Si bien el juez acusado tenía, para el nuevo período judicial, facultad de libre nombramiento de sus empleados subalternos, al hacerlo debía sujetarse a los mandamientos legales que le ordenaban preferir a quienes sí reunían los requisitos legales para su desempeño.*

7. Existe, también, posibilidad de violación a la ley penal, en el hecho de que la interinidad se haya prolongado más allá de los tres meses, cuando existe norma (art. 42-2 del Decreto 1660 de 1978) que terminantemente lo prohíbe.

La delegada al respecto anotó:

"Ahora bien, es cierto que todo empleado tiene el *derecho* de ser nombrado en propiedad y es por ello que el nombramiento en interinidad tiene una vigencia de hasta tres meses, entendiéndose que a partir de este lapso el empleado pasa a ejercer, por derecho propio, el empleo en propiedad, siempre y cuando reúna los requisitos y calidades pertinentes. Con esto se buscó frenar los abusos del nominador quien, al prolongar tal estado, le negaba los beneficios prescritos por el artículo 27 del Decreto 1660 de 1978.

"Pero qué sucede si al vencerse los tres meses el trabajador no reúne dichos requisitos? Es obvio que su derecho queda *suspendido*, pues de lo contrario se vulneraría la ley. Pero ello no quiere decir que tenga que ser separado del servicio, pues si ha cumplido con eficiencia y responsabilidad sus deberes, mal podría el Estado negarle su

derecho a continuar en el cargo, y es entonces cuando la interinidad puede prolongarse más allá de los tres meses, sin que se entienda por eso que el nominador ha vulnerado la ley".

Es obvio que esta final interpretación no es de recibo porque va contra expreso y claro mandato legal, así se trate de apoyar en una rechazable y desacertada aplicación *del artículo 50 del Decreto 1660 de 1978, que dice: "Si dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de posesión, los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y los fiscales nombrados en propiedad no hicieren los nombramientos de que trata el artículo 48, los empleados que venían prestando sus servicios al correspondiente despacho tendrán derecho a la estabilidad en sus cargos hasta el vencimiento del período respectivo, siempre que no se encuentren en ninguna de las situaciones señaladas en el artículo precedente".*

La norma o regla es que el desempeño de funciones exige que la persona investida reúna las calidades constitucionales y legales, y sólo por excepción se admite que quien no las tenga sea nombrado provisionalmente, interinidad que no puede por mandato legal sobrepasar los tres meses. *Entonces, la provisionalidad de un nombramiento puede convertirse en estabilidad o propiedad exclusivamente cuando el designado en interinidad lo fue reuniendo los requisitos constitucionales y legales, una vez que hayan transcurrido los noventa días o cuando nombrado sin satisfacer tales exigencias, en el lapso de los tres meses, logró reunirlas.*

Es lógico que, cumplidas las condiciones y transcurrido el mencionado tiempo, como adquieren la propiedad, devenguen el sueldo que a estos empleados corresponde y no el 75%. Porque está claro que este porcentaje es para los empleados que no reúnen aquellas imprescindibles formalidades (art. 11 del Decreto 717 de 1978), los que no pueden continuar, se reitera, en la interinidad más allá de los tres meses (art. 42-2 del Decreto 1660 de 1978). Aparece pues obvio que una cosa es la cuestión salarial y otra bien distinta la permanencia en la interinidad, por modo que no es dado desprender del susodicho artículo 50 autorización para continuar provisionalmente en el cargo, así sea devengando el 75% del que lo desempeña en propiedad. Por eso a los fines de presencia o no de evento punible de prevaricato nada importa que el secretario hubiera devengado el 75%, porque lo que se tiene por presuntamente delictuoso es la vulneración de la norma que limita la interinidad, siendo imperioso reconocer que si hubiera cobrado el 100% podría estarse ante otro ilícito, el de peculado.

Si el nombramiento en un cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, de quien no reúne los requisitos constitucionales y legales, pudiera ser por tiempo indefinido y no de manera provisional o interina, lo que es la excepción se convertiría en regla general, con quebranto de las disposiciones que regulan la materia y con evidente y grave perjuicio de quienes sí los satisfacen y que son los llamados por la ley a ocuparlo preferentemente.

No es en consecuencia, como lo sostiene la delegada, que con interpretación como la que se prohija, se conculquen los derechos del nombrado en interinidad, porque queda claro que la ley no se los dio

de permanencia en el cargo, por preferir, lo que es apenas justo, a quienes tienen un mejor derecho, como quiera que satisfacen las condiciones que la propia ley demanda para el desempeño de empleos en la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público. Permite, al contrario, esta hermenéutica darle vigencia a un precioso y útil instrumento, corrector de inveteradas prácticas viciosas que demeritan la altura y el respeto a la ley con que deben proveerse estos empleos públicos.

Existe, pues, sobrados argumentos como para que se investigue la conducta asumida por el doctor Gonzalo Chaparro Gómez, Juez Décimo de Instrucción Criminal de Bucaramanga, sobre los aspectos específicos referidos.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *revoca* el auto apelado, ya señalado en su fecha, origen y naturaleza, y en su lugar ordena abrir proceso penal contra el doctor Gonzalo Chaparro Gómez, a quien como Juez Décimo de Instrucción de Bucaramanga, le imputa acciones delictivas su exsecretario, señor Gerardo Ardila Martínez. Se practicarán, entonces, todas las diligencias señaladas en los artículos 319 y 334 del Código de Procedimiento Penal, para lo cual el Tribunal tomará las previsiones adecuadas.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

INJURIA

Con reiteración ha expresado la Corporación que no todo concepto mortificante para el amor propio, toda descortesía o falta de cultura, puede considerarse como imputación deshonrosa a la luz de lo dispuesto en el artículo 313 del Código Penal

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

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 16.

Vistos:

El doctor *Hernán Samacá Vargas*, Juez Segundo Civil Municipal de Tunja, formuló por escrito ante esta Corporación denuncia penal contra el doctor *Benjamín Herrera Barbosa*, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja por un posible delito de injuria.

Llegado el momento de determinar si es el caso de iniciar acción penal, la Sala resuelve previas estas consideraciones:

Hechos:

Dentro del proceso de expropiación adelantado por ISA y la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, contra los herederos de Manuel Roa Vaca, el juez Hernán Samacá Vargas, quien por entonces desempeñaba las funciones de Juez Civil del Circuito de Guateque designó para realizar el avalúo del bien un tercer perito, sin sujetarse a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 56 de 1981, que señala para este cargo a un funcionario del Instituto Agustín Codazzi.

Esta equivocada designación de perito, ocasionó al parecer perjuicio económico a la empresa demandante que sintiéndose perjudicada, formuló queja ante el Tribunal contra el juez encargado del proceso.

La Sala Disciplinaria del Tribunal de Tunja, de la cual formaba parte el doctor Benjamín Herrera Barbosa, sancionó al juez por su comportamiento que consideró inexcusable, con quince días de suspensión del cargo.

El juez sancionado, interpuso contra dicha providencia el recurso de reposición, alegando el error de buena fe y argumentando que ningún funcionario está exento de incurrir en equivocaciones dada la falibilidad humana. Para respaldar su aserto, acompañó fotocopia de una decisión proferida por el Magistrado Herrera Barbosa, cuando

desempeñaba las funciones de Juez Civil, la cual comentó en estos términos el recurrente:

"Soy un funcionario que busca con esmero y cuidado impartir justicia de la manera más acertada lo mismo que todos los demás que desempeñan la tarea de impartir justicia, pero nadie escapa a la comisión de errores y precisamente por accidente encuentro el juicio de sucesión de Miguel Briceño Morales, adelantado en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Tunja, siendo juez el doctor Benjamín Herrera Barbosa, donde se incurrió en errores procedimentales como el reconocimiento de un acreedor como *heredero*, el secuestro de un bien determinado en lugar de unos derechos comunes y proindiviso, poner bajo medida cautelar un inmueble sin que existiera discrepancia entre herederos siendo la divergencia necesaria para decretarla y prescindir del trámite de la herencia yacente. En las copias que agrego se reflejan los errores cometidos que en mi parecer son fruto de la condición humana y que en ningún momento entrañan mala fe, así con ellos desafortunadamente pueda causarse perjuicio".

Estas alusiones a posibles errores del Magistrado, hirieron su susceptibilidad y considerándose irrespetado formuló el doctor Herrera Barbosa queja de carácter disciplinario ante la Procuraduría Regional de Tunja en escrito al cual pertenece el siguiente aparte:

"Afirma que yo confundo los conceptos de acreedor y heredero y les da él la connotación de procesales. Ni de las copias que él anexa como prueba de mi falta, ni del expediente entero formado con ocasión del proceso a que el señor juez, hace referencia, ni en ninguna actuación que yo haya cumplido se puede establecer que yo incurra en semejante despropósito. Con ello persigue estigmar y ridiculizar a superior jerárquico, el Magistrado del Tribunal que se vio obligado a sancionarlo por conductas muy graves en las que incurrió y con las que causó perjuicios enormes a una entidad descentralizada, y cuando digo enormes me refiero a muchos millones de pesos".

A su vez, el juez Samacá sintiéndose injuriado por el Magistrado, dado el contenido del párrafo anterior, le formuló denuncia penal ante esta Corporación por el delito de injuria.

Se considera:

Ha expresado en diversas oportunidades esta Corporación, que para la tipificación del delito de injuria es indispensable que una persona impute a otra un hecho deshonroso, infamante o inmoral; que la imputación de ese hecho dañe o menoscabe la dignidad o el honor de la persona a quien se le atribuye y que el imputador tenga conciencia de que el hecho atribuido tiene esa capacidad de lesionar la honra o dignidad de esa persona.

Este tipo penal protege como bien jurídico la integridad moral, sancionando a quien con manifestaciones infamantes o ultrajantes, lesione la fama, honor, dignidad o buena reputación del vilipendiado.

Pero con la misma reiteración se ha expresado la Sala, que no todo concepto mortificante para el amor propio, toda descortesía o falta de cultura, puede considerarse como imputación deshonrosa a la luz de

lo dispuesto en el artículo 313 del Código Penal. Resultaría exagerado sancionar como delictuosas, afirmaciones que si bien pueden lesionar nuestra vanidad o amor propio, dejan intactos nuestro honor —nuestra reputación, dignidad o patrimonio ético—.

Recientemente expresó la Corte que "... la injuria debe ser suficiente para inferir daño y debe estar acompañada del animus injuriandi *por parte del sujeto activo. La gravedad de la injuria no depende por tanto de la susceptibilidad del ofendido ni de la interpretación que éste haga de la supuesta imputación deshonrosa sino de su verdadero contenido y alcance en forma tal que se traduzca en expresiones, términos o frases que constituyan o puedan constituir una afrenta al patrimonio moral de la víctima..." (Corte Suprema, auto del 27 de agosto de 1986).*

Examinando a través de los anteriores conceptos el comportamiento del Magistrado acusado, no puede considerarse como violatorio de la ley penal.

En el memorial calificado de injurioso, el Magistrado sólo está imputando al juez un error procedimental en la tramitación de un proceso civil, error que fue examinado y encontrado probado en juicio disciplinario y que debió ocasionar algún perjuicio a las partes cuando fue sancionado con especial severidad como fue la pena de quince días de suspensión. No se le está imputando al juez la comisión de un delito contra la Administración Pública, cohecho, concusión o prevaricato, sino un error que en concepto del Magistrado lesionó el patrimonio ajeno.

En ninguna parte se afirma por el Magistrado, que el juez hubiese procedido dolosamente para beneficiar a terceros o que en ilícito contubernio hubiese conseguido para sí prebendas o beneficios con detrimento de la Administración Pública.

El propio juez en sus descargos acepta sus errores, como "fruto de la naturaleza humana y que en ningún caso entrañan mala fe, así con ellos desafortunadamente se puedan causar perjuicios..." (Memorial de reposición).

Por otra parte, no se explica la Sala, cómo el juez Hernán Samacá se pueda sentir injuriado por un comportamiento del Magistrado Herrera Barbosa, que él mismo asume en sus memoriales cuando expresa que el Magistrado también cometió errores dentro de un proceso ejecutivo, que dieron origen a daños en el campo económico.

Dice así el doctor Hernán Samacá, refiriéndose a la actuación del Magistrado:

"... a fin de evidenciar, cómo los errores que resalté en la sucesión de Miguel Briceño Morales, dieron origen a daños que motivaron la denuncia ...".

Sólo puede deducirse que estos distinguidos funcionarios, se dejaron dominar de aquello que los antiguos llamaron *"animus retorquendi"*, con desmedro de la dignidad de su investidura, se olvidaron del debido respeto y natural cortesía que deben regular las relaciones entre los funcionarios encargados de administrar justicia.

La conducta atribuida al Magistrado Herrera Barbosa es atípica y en consecuencia, no permite iniciar contra él acción penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justacia, Sala de Casación Penal, *se abstiene* de iniciar proceso penal contra el doctor Benjamín Herrera Barbosa, Magistrado del Tribunal Superior de Tunja, por los cargos que le fueron formulados en estas diligencias. Archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

NARCOTRAFICO

No era necesario que estuviera incluido en el cuestionario sometido a consideración del jurado, en los casos que conoció la justicia penal militar por tráfico de estupefacientes, el ingrediente normativo "...sin permiso de la autoridad competente...", porque éste va incorporado en el tipo. La Sala ratifica su posición anterior de septiembre 2 de 1986.

Casación

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

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 16.

Vistos:

El Tribunal Superior Militar, por sentencia del diez de julio de 1985, confirmó la proferida por el Comando del Batallón de Infantería Juanambú, que dispuso entre otras cosas, condenar a *César Augusto Alarcón Cuéllar* como responsable del delito de tráfico de estupefacientes, a la pena principal de seis años de prisión y cien mil pesos de multa.

Contra la decisión aludida interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación el procesado, y su apoderado dentro del término legal presentó la demanda correspondiente y que fuera declarada admisible.

Agotado el trámite propio del recurso, la Corte resuelve, previas estas consideraciones:

Hechos:

Los compendia así el señor juez de la primera instancia a los folios 193 y 194 del cuaderno original:

"Se sabe de autos, que el día 29 de julio de 1984, aproximadamente a las 10:30 horas, el señor Capitán del Ejército Nacional José Guillermo Salcedo Ruiz, Ayudante para esa época de la Sección Segunda del Comando Operativo de Desarrollo Nº 12, recibió una llamada donde le informaban sobre el posible paso de cocaína a bordo de un vehículo que se dirigía en la ruta Florencia - Neiva versión que motivó al Oficial para instalar un retén en la mencionada vía, con tres suboficiales a su mando, integrantes del Grupo Especial. Luego de transcurrido algún

tiempo, hizo su aparición un automotor que no hizo la respectiva cola en el retén para someterse a la requisa reglamentaria, hecho que llamó la atención al Capitán Salcedo Ruiz, procediendo de inmediato a ordenar el desembarque de los acupantes del vehículo que en número de tres fueron capturados, dos de ellos eran los agentes de la Policía Nacional Carlos Arturo Morales Flórez y David Páez, resultando el tercero ser el particular César Augusto Alarcón Cuéllar, persona que manejaba el vehículo marca Ford, color rojo, modelo 81, 350, distinguido con las placas IB-8026, el cual llevaba un cargamento de treinta y cuatro (34) bultos de maíz trillado y además camuflada la cantidad de sesenta y una punto cinco libras de pasta de cocaína, la cual fue hallada una vez que el vehículo se encontraba en el Batallón Juanambú y para descubrirla fue necesario levantar el platón de la carrocería que es metálico y se encontraba debidamente soldado y atornillado, hechos que motivaron la presente investigación".

Actuación procesal:

Con fundamento en los anteriores hechos, el Comando de la Novena Brigada mediante Resolución número 002 del 31 de enero de 1985 convocó un Consejo de Guerra Verbal para juzgar al ciudadano César Augusto Alarcón Cuéllar por violación del Decreto 1188 de 1974 en su artículo 38.

El Consejo así convocado, se reunió en Florencia, Departamento del Caquetá y allí se sometió a consideración de los falladores de conciencia el siguiente cuestionario:

"*El acusado presente, particular César Augusto Alarcón Cuéllar, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.619.184 de Cali, de estado civil soltero, hijo de Jesús Evelio y Abigail, de profesión comerciante, es responsable, sí o no, de transportar en un vehículo de placas IB-8026, marca Ford 350, modelo 1981, color rojo, chasis número F3-7BNA53341, tipo camión con carrocería de estaca, 29 kilos 815 gramos de sustancia identificada como cocaína base del 45% de pureza y que se encontraba camuflada en un doble fondo del piso de la carrocería, cuando éste transitaba en la vía que de Florencia conduce a Neiva a las 11:00 horas del día 29 de julio de 1984...?*" *(fl. 170).*

Los vocales del Consejo de Guerra respondieron afirmativamente el cuestionario, aceptando por unanimidad la responsabilidad del acusado.

En la sentencia de primera instancia se acogió el veredicto del Consejo y se condenó a César Augusto Alarcón a la pena de seis años de prisión y absolvió de todo cargo al señor Humberto Gasca.

Recurrida en apelación esta sentencia, el señor Fiscal Sexto del Tribunal Superior Militar, solicitó la nulidad de lo actuado argumentando que se convocó al Consejo de Guerra sin haberse agotado la investigación, cuando existían dudas sobre la responsabilidad del acusado y porque además se resolvió la situación jurídica de un se-

gundo sindicado, Humberto Gasca a quien no se vinculó legalmente al proceso.

El Tribunal Militar desoyó las peticiones de su Fiscal, negó la nulidad de la actuación y confirmó la sentencia con la sola aclaración de decretar la cesación de procedimiento a favor de Humberto Gasca a cambio de la absolución con la cual había sido favorecido.

Demanda de casación:

Las causales de casación aducidas por el impugnante, son en el orden en el cual han sido presentadas las siguientes:

a) Con fundamento en la causal cuarta de casación de que trata el artículo 580 del Código Penal se formulan dos cargos. Se afirma en primer lugar que se quebrantaron las formas propias del juicio porque en el cuestionario sometido a la consideración de los vocales del Consejo de Guerra, no se les interrogó si el acusado había transportado estupefacientes sin el permiso de autoridad competente, circunstancia ésta que según el demandante por ser de aquellas que estructuran y especifican el delito, debía proponerse a la consideración del Consejo de Guerra.

En segundo lugar, se afirma, que el procesado Humberto Gasca fue juzgado y favorecido con una cesación de procedimiento sin haber sido vinculado legalmente al proceso;

b) Con fundamento en la causal primera del artículo 580, sostiene el censor que se incurrió en la sentencia en violación indirecta de la ley por error esencial de hecho "... al no existir materialmente dentro del proceso la prueba que acredite el elemento estructural o condicionante del artículo 38, inciso 1º del Decreto 1188 de 1974..." porque en concepto del demandante "... para que se pueda considerar punible la conducta de mi patrocinado, debió acreditarse a través de la correspondiente certificación expedida por el señor Ministro de Salud, que César Augusto Alarcón Cuéllar no poseía permiso para transportar el alcaloide...".

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares se ocupa en su concepto de la causal cuarta de nulidad alegada por el demandante y guarda silencio en relación a la censura por violación indirecta de la ley.

Su oposición a que el recurso prospere con base en la causal de nulidad alegada está fundada en estos razonamientos:

"... Sobre los cuestionarios mal elaborados de que nos habla el recurrente, por cuanto en ellos no se incluyó la expresión 'sin permiso de autoridad competente', la omisión de esa expresión sacramental, carece de consecuencia procesal alguna, al decir de la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de septiembre 2 de 1986 aprobada Acta número 87 siendo Magistrado ponente el doctor Lisandro Martínez Z. En efecto, nos sigue diciendo esa Alta Corporación, que la expresión 'permiso de autoridad competente' es un elemento norma-

tivo del tipo, cuya omisión no asume las proporciones que se le ha querido dar, ya que los planteamientos doctrinarios aceptados universalmente hacen que a pesar de la omisión, continúe siendo un elemento del delito y que la omisión de esa frase sacramental, resulta inocua, y su exigencia llevaría a una órbita exagerada de formalismo.

"Relacionado con el segundo cargo reseñado de la demanda, Humberto Gasca no se le sobreseyó en forma definitiva por el Tribunal Superior Militar, como así lo da a entender el doctor Colmenares Sayago, el procedimiento que se adoptó en el presente caso fue el de los Consejos Verbales de Guerra (art. 566, C. de J. P. M.) y por ello el fallador de segunda instancia cesó procedimiento en favor de Gasca y no sobreseimiento.

"Si a Humberto Gasca, al decir del recurrente, no se le vinculó legalmente al proceso y eso constituyera nulidad, esto sólo afectaría a Gasca y no a César Augusto Alarcón Cuéllar, a quien se le garantizó el derecho de defensa. Si a Humberto Gasca se le emplazó y no se le declaró reo ausente, esta no declaratoria no está erigida en nulidad al tenor del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. Es acorde este Despacho con lo expuesto por el honorable Tribunal Superior Militar en su providencia del 10 de julio de 1985".

Consideraciones de la Corte:

La pretendida nulidad de rango constitucional a que alude el demandante al invocar la causal cuarta de casación por quebrantamiento de las formas propias del debido proceso, se fundamenta en dos motivos: El primero, *que no se incluyó en el cuestionario sometido a consideración del jurado la expresión "sin permiso de la autoridad competente" que el censor considera elemento esencial para la tipificación del hecho punible.* El segundo, se hace consistir, en que al señor Humberto Gasca, a quien se favoreció con una cesación de procedimiento, no se le declaró previamente reo ausente, omisión que en concepto del recurrente ocasiona la nulidad de la actuación.

Se observa, que desde la resolución por la cual el procesado Alarcón Cuéllar fue convocado a Consejo de Guerra Verbal, como en el cuestionario sometido a la consideración de los vocales del Consejo, se afirmó y definió con claridad meridiana y en forma nítida el concreto cargo imputado al acusado, como era el de transportar cocaína base, en cantidad cercana a los treinta kilos, oculta en el camión que conducía cuando fue capturado por las autoridades.

En todo delito hay una acción o conducta realizada por el agente como comportamiento humano y que constituye el núcleo del tipo penal y que viene descrita por un verbo rector. Esa conducta puede ser única (como matar en el homicidio) o alternativa como sucede en el delito que se examina, donde los artículos 37 y 38 del Decreto 1188 de 1974, consideran merecedora de reproche penal la actividad del sujeto agente que se subsuma en alguno de los verbos: Cultivar, conservar, introducir, llevar consigo, "transportar", almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, etc., drogas o plantas de las cuales puedan extraerse sustancias que ocasionen dependencia psíquica o física.

El verbo "TRANSPORTAR", hace relación a la movilización de esas sustancias, utilizando cualquier medio ya sea aéreo, marítimo o terrestre.

Hay certeza completa en el sentido de que al procesado Alarcón Cuéllar se le imputó como actividad que reprime la ley penal, la de transportar estupefacientes. Este aspecto fue suficientemente examinado en el debate oral del Consejo de Guerra.

Todas estas actividades, todas estas descripciones de la acción o de la conducta, excepto la contemplada en el artículo 42 por razones obvias, llevan incorporado el ingrediente normativo... sin permiso de la autoridad competente.

Este ingrediente normativo fue necesariamente objeto de un juicio de valoración por parte del juez, pero su inclusión no era necesaria en el cuestionario, porque como es bien sabido dicho elemento normativo va incorporado en el tipo y sólo exige una posición violatoria para predicar su existencia, sin que sea necesario aportar al proceso el medio que sirvió de sustento para formar el criterio conceptual del juez.

Innecesario es repetir al respecto, la providencia de esta Sala, en idéntico sentido que recuerda en su concepto el señor Procurador Delegado y que hoy la Corporación ratifica y mantiene. No prospera la causal por este motivo.

Según motivo de la causal cuarta de casación:

Son igualmente inadmisibles los motivos que presenta el censor, para reclamar la nulidad de la actuación por quebrantamiento del debido proceso, con el fundamento de que se incurrió en nulidad de carácter constitucional por no haberse declarado reo ausente a un segundo sindicado a cuyo favor se decretó la cesación de procedimiento.

En doctrina de esta Sala de la Corte, expuesta con reiteración se ha sostenido, que no toda irregularidad o vicio en el procedimiento implica la existencia de una nulidad constitucional, sino que debe ser substancial, atinente a la existencia misma del proceso de modo que afecte las bases del juzgamiento, lesione los intereses de la justicia o quebrante el derecho de defensa de la parte legítima.

No se ve, cómo la irregularidad en el juzgamiento de Humberto Gasca que a la postre fue favorecido con una cesación de procedimiento pueda lesionar el debido proceso seguido contra el recurrente Alarcón Cuéllar, quien fue oído, juzgado y vencido en juicio con la plenitud de las formas propias del debido proceso. Y, menos puede afirmarse, como lo anota el señor Procurador Delegado, que esa irregularidad hubiese limitado o cercenado las garantías o el derecho de defensa del recurrente, que en nada se beneficiaría con un nuevo juzgamiento del sindicado absuelto.

No prospera en consecuencia, la causal invocada.

Causal primera. Violación indirecta de la ley.

Pretende el demandante que se invalide la sentencia y se absuelva al acusado mediante fallo de sustitución, por existencia de un error de hecho en relación con la prueba. Afirma que a su poderdante se le condenó por un delito de tráfico de estupefacientes, sin que existiera en el proceso la prueba de que carecía de licencia de las autoridades de salud para transportarlas.

El error de hecho se manifiesta por falsos juicios de existencia o de identidad.

Y es verdad que hay falso juicio de existencia, cuando se acepte una prueba que no existe o se desconoce una existente.

Sin embargo, como ya se expresara en acápite anterior, la expresión "..., sin permiso de autoridad competente" es un ingrediente normativo que se considera incorporado a la conducta y sólo demanda una valoración del juez para proclamar su existencia. Pudiera decirse, que es un elemento que se presume en esta clase de conductas punibles, siendo por consiguiente indispensable, la prueba en sentido contrario. El falso juicio de existencia sería evidente si el juez existiendo la certificación de autoridad competente sobre el permiso concedido para el transporte de la droga, lo desconociera para hacer objeto de sanción penal al inculpado. Por otra parte, ni el sentenciado en la diligencia de indagatoria ni su defensor, alegaron en ningún momento, la existencia del aludido premiso. La invocación de la causal no pasa de ser un gran esfuerzo dialéctico, una sofisticada argumentación sin respaldo legal alguno.

El cargo no prospera.

Aplicación de ley favorable:

Se observa que en la sentencia objeto de casación, César Augusto Alarcón Cuéllar, fue objeto de sanción penal privativa de la libertad de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, con el incremento señalado en el Decreto 1060 de 1984, o sea, que se le impuso una pena mínima de prisión de seis años.

Esta dosimetría penal necesariamente debe sufrir modificación por los efectos retroactivos de la ley favorable en este caso la Ley 30 de 1986, que para la conducta imputada al acusado contempla una pena mínima de cuatro años.

Pero la autoridad que debe efectuar la rebaja de pena, de acuerdo a la ley nueva favorable, es el juez que conoció de la causa como lo establece el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, al regresar el expediente a la oficina de origen, se tomarán las medidas conducentes para la aplicación de la nueva ley.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, obrando de acuerdo con el señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida de fecha y origen consignados en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Casandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

REVISION. NULIDAD

La revisión es un recurso extraordinario que sólo procede contra sentencias ejecutoriadas, teniendo en cuenta que su notificación sólo se perfecciona cuando se entera del contenido a todos los sujetos intervinientes

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 16.

Vistos:

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el apoderado de *Hernán Quiceno Holguín*, contra la sentencia proferida el 30 de junio de 1984 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia, mediante la cual fue condenado a la pena principal de dos (2) años y seis (6) meses de prisión, al ser declarado penalmente responsable de fraude procesal.

Hechos y actuación procesal:

El señor Pedro Londoño Navarro es propietario de un predio situado en la zona rural del Municipio de Circasia, el cual entregó, mediante contrato de aparcería, al señor Carlos Uriel Giraldo González. Como éste incumpliera con sus obligaciones contractuales, Londoño Navarro inició ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Circasia el respectivo juicio de "lanzamiento", dentro del cual acreditó que había cancelado a Giraldo González las mejoras que hizo a la finca, cuyo valor fue determinado pericialmente y con su audiencia.

No obstante lo anterior, dentro de proceso ejecutivo instaurado ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Circasia por Hernán Quiceno Holguín contra el aparcero Giraldo González, a instancias del primero se decretó y practicó el embargo y secuestro preventivos de las mismas mejoras que ya Londoño había pagado a Giraldo.

Al enterarse Londoño Navarro de lo anterior, presentó la denuncia penal respectiva, con base en la cual se inició la investigación que culminó con la condena de Quiceno y Giraldo por el delito de "fraude procesal", pues se consideró que estaba plenamente demostrado que entre los dos habían inducido en error al titular del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Circasia, obteniendo de este modo que se dictara resolución contraria a la ley.

La demanda:

Se formuló con fundamento en la causal tercera del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, porque según el recurrente el fallo fue determinado por los siguientes medios probatorios que él considera falsos:

a) Testimonio del doctor Juan José Gómez Jaramillo, Juez Primero Promiscuo Municipal de Circasia, quien afirmó que Londoño Navarro sí había cancelado a Giraldo González el valor de las mejoras, lo cual es falso, en sentir del recurrente;

b) Dictamen pericial rendido por Apolinar Arias y Pedro Bustamante, según el cual las mejoras hechas por Giraldo al predio propiedad de Londoño tenían un valor de $ 6.150.oo.

Aunque en el escrito que solicita la revisión se asevera que algunas afirmaciones de la funcionaria que instruyó el sumario son falsas, y que también lo son el auto de proceder y la sentencia, claro resulta que estas alegaciones no tienen cabida dentro de la causal invocada. De ser ciertas estas supuestas falsedades, ellas no serían sino la consecuencia de la aceptación de los medios probatorios que les sirvieron de fundamento.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero considera que el recurso no es procedente, toda vez que falta uno de los presupuestos esenciales, ya que en su sentir la sentencia condenatoria recurrida no está debidamente ejecutoriada, porque el Tribunal Superior de Armenia denegó mal el recurso de apelación que contra la misma se había formulado.

Consideraciones de la Corte:

Siendo la revisión un recurso extraordinario que pretende el restablecimiento de la justicia que ha sido lesionada con un fallo que se fundamentó en un error de hecho descubierto a posteriori, es lógico que sólo proceda contra las "sentencias ejecutoriadas", tal como expresamente lo dice el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal. Y una sentencia queda ejecutoriada cuando adquiere la calidad de inmodificable o irrevocable, porque ya no es susceptible de ningún recurso, excluido el extraordinario de revisión que constituye precisamente una excepción a la eficacia de la res iudicata.

El fallo que condenó al recurrente está fechado el 30 de junio de 1984 y ese mismo día le fue notificado personalmente al Fiscal y a los defensores de los procesados (fl. 532); al sindicado Giraldo González se le notificó por edicto que fue desfijado el 12 de julio (fls. 533 vto.) y a Quiceno Holguín se le hizo notificación personal el 11 de julio (fl. 540), oportunidad ésta que aprovechó para interponer el recurso de apelación.

Si se tiene en cuenta que de acuerdo con jurisprudencia de esta Sala, las providencias judiciales no tienen una ejecutoria sectorizada, como que la notificación de las mismas sólo se entiende perfeccionada cuando se entera de su contenido al último de los sujetos intervinientes en el proceso (Casación de 25 de marzo de 1982, Magistrado ponente

doctor Gómez Velásquez), claro resulta que el término de cinco (5) días previsto en el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal precluyó el 18 de julio de 1984, toda vez que el 15 de dicho mes no era día hábil por ser domingo. *Además, si se acepta como lo ha hecho esta misma Corporación, que la obligación de sustentar el recurso impuesto por el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984 puede cumplirse dentro del término de tres (3) días que de conformidad con el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil tiene el juez para dictar los autos de sustentación (Auto de 11 de octubre de 1984, Magistrado ponente doctor Velásquez Gaviria)*, obvio es que en el caso que se examina, este término vencía el 23 de julio del ya citado año (los días 20 y 22 no eran hábiles).

En armonía con la anterior concepción, bien puede sostenerse, como lo hace el Procurador Delegado, que tanto el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia como su respectivo Tribunal Superior se equivocaron, el primero, al declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por Quiceno Holguín por falta de sustentación (fl. 538), y el Tribunal, al abstenerse de conocer la sentencia por considerar que el recurso presentado por el defensor de Quiceno fue extemporáneo (fls. 553 a 556). *El origen del precitado error está en estimar que la ejecutoria de la sentencia se presentó individualmente para cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso, según la fecha de su respectiva notificación.*

En estas condiciones, *es obvio que la sentencia proferida por el* Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia y *que es objeto del recurso extraordinario de revisión, no está debidamente ejecutoriada. Es cierto que el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial ha considerado que sí lo está, pero como está conclusión está fundamentada en un claro error sobre la manera de computar los términos cuando la notificación de una determinada providencia se cumple en fechas diferente a varios de los sujetos procesales, este yerro en la interpretación de la norma de ninguna manera puede impedir el ejercicio de los recursos que las mismas leyes reconocen en favor de las partes que los interponen y sustentan oportunamente, como ocurrió en el caso* sub exámine. *Es preciso, entonces, que se corrija el error y se desate el recurso que equivocadamente se consideró extemporáneo y no sustentado en su oportunidad legal. Mientras ésto no suceda, no puede la Corte entrar a pronunciarse sobre la revisión solicitada, porque como ya se dijo, para ello es requisito indispensable que la sentencia esté legalmente ejecutoriada* y la que condenó a Quiceno no lo está, por las razones que se dejaron anotadas. *Establecido el error que sirvió de premisa para las decisiones* del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia y de su respectivo Tribunal, *es obvio que también sus conclusiones fueron equivocadas, y por ello no pueden ser de ninguna manera vinculante, máxime si se tiene en cuenta que el objeto de las normas procesales es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (art. 4º del C. de P. C.). A esta sustantiva finalidad del procedimiento no puede enfrentarse la simple formalidad de la ejecutoria de un auto equivocado, ya que ello implicaría sacrificar un derecho indiscutible en aras de una forma con apariencia de legalidad pero con fundamento contrario a las normas jurídicas.*

Se anulará, pues, toda la actuación de la Corte en sede de revisión, y el proceso se devolverá al juzgado de origen para que, de acuerdo con lo expuesto, se haga lo necesario a fin de que se resuelvan los recursos debidamente interpuestos contra la sentencia que condenó a Quiceno Holguín.

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

Resuelve:

1. *Decretar* la nulidad de lo actuado en este asunto a partir inclusive del auto por medio del cual esta Sala declaró admisible la demanda de revisión.

2. Disponer la devolución del proceso al juzgado de origen, para los fines indicados en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. Técnica

Es contradictoria y adolece de técnica la demanda de casación, en la cual se alegue violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea, al amparo del cuerpo segundo de la causal primera

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

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 016 de 17 de marzo de 1987.

Vistos:

Por sentencia del veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y seis la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales confirmó la providencia condenatoria de primera instancia por medio de la cual se había impuesto la pena principal de veinte (20) meses de prisión a *Samuel Vicente Rojas Duque* como responsable del delito de corrupción.

Interpuesto el recurso oportunamente se declaró admisible y posteriormente ajustada la demanda, sin que el Procurador Delegado ampliara la impugnación presentada por la Fiscal Tercera del Tribunal de Manizales.

Resuelve la Corte lo pertinente luego de los siguientes

Hechos:

El proceso se inició por la denuncia instaurada por la señora Sonia Lucía Rojas Duque por delito sexual cometido en perjuicio de su menor hijo Fabián Andrés Rojas, de un poco más de diez años al momento de los hechos, realizado por su tío Samuel Vicente Rojas Duque, quien de acuerdo al relato del menor, posteriormente confirmado por el propio procesado, realizaron mutuamente la *fellatio in ore* primero en el Municipio de Chinchiná y posteriormente en la ciudad de Manizales, en varias ocasiones, sin que se hubiera podido realizar el coito anal a pesar de haberlo intentado.

El procesado fue capturado en casa de la denunciante cuando se encontraba desnudo con el menor ofendido.

Se ordenaron compulsar copias para que se investigara la conducta de Mario Grand Arias, vecino de la casa del menor, pues éste relató que con anterioridad había realizado actos similares con el mencionado quien le daba dinero una vez los actos sexuales concluían.

Actuación procesal:

Por auto del dos (2) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales abrió proceso penal.

Por auto del dieciocho (18) del mismo mes y año se dictó auto de detención contra el procesado por el delito de acceso carnal abusivo.

Por auto del veintidós (22) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el mismo juzgado decretó la nulidad del auto de cierre de la investigación, al considerar que la competencia territorial le correspondía a los funcionarios jurisdiccionales de Chinchiná por haberse realizado allí el primer acto carnal abusivo.

Por auto del tres (3) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná asumió el conocimiento y ordenó compulsar copias para que se investigara la conducta de Mario Grand Arias.

Por auto del tres (3) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el Juzgado de Chinchiná abrió causa criminal por el delito de corrupción (art. 305 del C. P.).

Realizada la diligencia de audiencia pública se dictó sentencia condenatoria el veintitrés de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), imponiéndole pena de veinte (20) meses de prisión como responsable del delito de corrupción.

El Tribunal de Manizales confirmó la anterior decisión con proveído del veintiocho (28) de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986).

La demanda de casación:

Fue interpuesta por la Fiscal Tercera del Tribunal Superior de Manizales, sin que fuera ampliada por el Procurador Delegado en lo Penal.

Como causal única plantea la prevista en el cuerpo segundo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal al considerar que en el fallo impugnado se incurrió en interpretación errónea de la ley sustancial, concretamente del artículo 305, al analizar que el menor no era sujeto pasivo apto para el delito de corrupción en virtud de las experiencias sexuales que con anterioridad había tenido con otra persona, para terminar solicitando que se invalide el fallo recurrido y se dicte uno de sustitución de carácter absolutorio.

Los razonamientos en que fundamenta su petición son los siguientes:

"Un hecho para que sea punible debe ser típico, antijurídico y culpable, dice nuestro ordenamiento represor penal.

Típico es decir que contenga los elementos de la conducta punible de un modo inequívoco y preciso, que la persona sepa con claridad absoluta cuáles son los comportamientos sancionados por la ley penal; en efecto, el Estado no tiene potestad para san-

cionar aquellas conductas que previamente no hubiese definido como delictuosas y no sólo definirlas, sino hacerlo de forma inequívoca.

No podemos afirmar que la conducta descrita en el artículo 305 del Código Penal, no se refiera a la corrupción cuando describe conductas como las allí mencionadas, porque entonces qué sentido tendría ese título cuando bien pudo el legislador como lo hizo en el anteproyecto del Código Penal, titular los actos sexuales diversos del acceso carnal, ejecutados con menor de catorce años, 'acto erótico sexual abusivo'; ¿no sería que tal norma que no atendería a la culpabilidad, contravenía uno de los principios rectores del Código Penal que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva?

A mi juicio el artículo 305 del Código Penal exige que se corrompa al sujeto pasivo de la infracción, mediante la ejecución de los actos allí descritos, con su persona, en su presencia o mediante la inducción a prácticas sexuales, pues de lo contrario, cuál o cuáles perjuicios materiales o morales se cobrarían al presunto infractor si no hay sujeto pasivo susceptible de corrupción.

Bien nos dice el profesor Luis Carlos Pérez que la ley penal en estos casos, no puede extender su tutela a un bien inexistente, porque así se defiende lo que no tiene entidad, lo que no representa ningún valor jurídico, ni ningún valor para la persona humana, entonces, entraríamos en la esfera del absurdo al empeñarnos en defender lo que no tiene esas significaciones.

En cuanto a la culpabilidad, de la cual no se dice nada en el fallo impugnado y que para el caso sería a título de dolo, no se demostró, y de allí que se contravino lo dispuesto en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal para proferir sentencia condenatoria; para el caso de autos, no se demostró plenamente la responsabilidad del procesado.

Si el Juzgado del conocimiento, así como el Tribunal Superior de Manizales, dieron por probado el hecho de que el menor Fabian Andrés Rojas, ya había sido iniciado en el conocimiento de actos sexuales diversos del acceso carnal, por haberlos ejecutado con el señor Mario Grand, persona identificada e identificable, para el caso que nos ocupa, sólo procedería el fallo absolutorio, porque en tal evento el sindicado no ejecutó ningún hecho punible con la intención de infringir la ley penal, es decir, su acción no era dolosa.

'No es posible ningún hecho punible si el mismo no es culpable a título de dolo, culpa o preterintención.

El dolo es el conocimiento de la conducta descrita como punible en la ley penal y su ejecución con la manifiesta intención de infringir la disposición penal que describe esa conducta. Si el procesado Samuel Vicente Rojas Duque, sabía por manifestaciones del mismo menor Fabián Andrés Rojas que en anteriores oportunidades había sido objeto de actos sexuales diversos al acceso carnal, por parte de Mario Grand, no estaba en su intención, enseñarle a su sobrino actos que éste ya conocía y que le causaban

deleite, ya vimos cómo en declaración instructiva dice que realizó reiterados actos con el procesado porque le gustaba, nunca se mostró remiso a los requerimientos de su pariente.

De ahí que la conducta del procesado aun cuando reprochable desde el punto de vista moral, no tiene reproche en nuestra ley penal, por ausencia de culpabilidad, tipicidad y antijuridicidad.

Se dictó sentencia condenatoria, en contravención a lo dispuesto en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal ya que el sindicado desde la diligencia de descargos manifestó no haber tenido ninguna intención de infringir la ley penal, esto, por cuanto que sabía que el ofendido de autos no era sujeto apto del delito de corrupción, y cuando los juzgadores tanto de primera como de segunda instancia dieron por probado tal hecho con las declaraciones del ofendido y de su progenitora, y no obstante esto, condenaron al procesado y además por un concurso de actos delictuosos de la misma índole, quebrantaron la ley sustancial y le dieron al artículo 305 del Código Penal, un alcance que éste no tiene en la descripción de la conducta típica llamada corrupción, contraviniendo igualmente un principio rector del mismo Código que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 583, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal si se estima probada la causal aducida, que se invalide el fallo recurrido y se dicte el que debe reemplazarlo, un fallo absolutorio".

Consideraciones de la Sala:

En realidad la demanda no solamente no es clara, sino que es rancamente contradictoria, porque como ya se anotó, en la argumentación inicial del cargo único planteado, alega violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea, al amparo del cuerpo segundo de la causal primera y la contradicción es evidente porque si habla de violación directa ha de referirse es al cuerpo primero de la causal primera y, si a violación indirecta, al cuerpo segundo de la causal primera. Sin embargo en la demostración del cargo se olvida del cuerpo segundo planteado inicialmente para tratar de desarrollar un ataque de violación directa.

Es entonces incuestionable la contradicción y la falta de técnica en que se incurre, puesto que se trata de dos ataques inconciliables planteados en una misma demanda y al amparo del mismo cargo.

Reiteradamente ha sostenido la Sala que no pueden plantearse simultáneamente cargos contradictorios porque, si se alega la violación directa, que al parecer es la determinación que finalmente expone con mayor énfasis la demandante, se están reconociendo los hechos legalmente probados en el proceso y el ataque se circunscribe a errores eminentemente de carácter jurídico, pero si el ataque se circunscribe a errores eminentemente de carácter jurídico, pero si el ataque es por el cuerpo segundo, el fundamento de la impugnación es realmente por fallas de carácter probatorio, por errores de hecho o de derecho, que finalmente producen una violación indirecta de la ley sustancial.

Es evidente que la impugnación no puede serlo por el cuerpo segundo, como sostiene la libelista en la primera parte de su demanda, puesto que está reservado para el error que proviene de la apreciación errónea o falta de apreciación de alguna prueba, o de la violación de las reglas que regulan su valoración o su aducción, y en el caso que se analiza no se plantean problemas probatorios de ninguna naturaleza, de tal manera que la argumentación inicial de la demanda la hace incurso en errores de técnica perfectamente inaceptables, como lo ha sostenido la Corte de manera reiterada. En este sentido la Corporación ha dicho:

"Equivoca sin duda alguna, la violación directa con la indirecta, el inciso primero con el segundo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuyos contenidos y técnica impugnativa no pueden confundirse.

En la violación directa no se impugna la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la ley sustancial se produzca de inmediato, es decir, sin desvío. Y si tal es su contenido, resulta de exigencia lógica aceptar, en su integridad, los hechos que declara probados la sentencia, para edificar sobre ellos la censura. En cambio, es propio de la violación indirecta discutir la prueba, porque es de su esencial que el quebranto de la norma sustancial sea mediato, esto es, a través de ella. Y si éste es su sentido, resulta de imperativo lógico rechazar, en forma total o parcial, los hechos que declara probados la sentencia para demostrar que se violó la prueba y que, por este modo, se conculcó la ley.

Más concretamente:

En la violación directa se afronta un problema de fondo; la aplicación de la norma sustancial, bajo tres sentidos diferentes: Su falta de aplicación o su aplicación indebida o su interpretación errónea.

En la violación indirecta se afronta un problema de forma; la contemplación del hecho y de su prueba, bajo dos aspectos diferentes: El error manifiesto de hecho y el error de derecho.

Resulta claro que es presupuesto lógico de la violación directa aceptar los hechos en la forma como los apreció el fallador, pues así el caso concreto se convierte en fundamento inmutable para, de plano, ubicar el error en la aplicación de la norma misma. En cambio, si se rechazan los hechos que tuvo en cuenta el sentenciador y se ataca la manera como los apreció se destruye la forma específica del caso concreto para hacer recaer el error en la contemplación de la prueba como medio de llegar a la violación de la norma sustancial.

Entonces, si el actor se interna en el estudio de las pruebas o de los hechos que ellas demuestran para discutir la apreciación que les dio o les negó el fallador, se sitúa dentro de la violación indirecta. Esto acontece cuando se formula un error de hecho (contemplación material), porque se deformó el alcance fáctico de la prueba, porque estando en el proceso no fue considerada, o porque no hallándose materialmente en él fue imaginada o su-

puesta; y cuando se propone un error de derecho (contemplación jurídica), porque se violó la legalidad de la prueba en su aducción, se le negó el valor que la ley le atribuye, o se restringió o excedió el que ella le asigna".

En las condiciones anteriores, si se entendiera que el cargo lo fue por el cuerpo segundo de la causal primera de casación, debido a que el censor incurrió en un *lapsus calami* al utilizarse la expresión "cuerpo segundo" tampoco podría ser estudiada por la Corte, porque siempre se ha sostenido con incuestionable lógica que no es dable a la Corporación corregir los errores en que incurre el demandante.

Los errores de técnica en que se incurre en la demanda no pueden ser subsanados por la Corte, y por tanto ha de concluirse que la demanda debe ser rechazada.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

IMPEDIMENTO

La actuación que cumple el juez con base en la potestad disciplinaria no se origina en proceso alguno, su trámite es meramente incidental y por ello debe entenderse que el precepto 2 del artículo 39 de la Ley de Procedimiento Civil abarca este tipo de actuación y no permite la recusación.

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

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*.

Aprobado Acta número 016 de marzo 17 de 1987.

Vistos:

Surtido el traslado de rigor, y rituada correctamente la segunda instancia, procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a desatar el recurso de apelación interpuesto por el denunciante contra la providencia de fecha veintitrés (23) de junio de mil novecientos ochenta y seis (1986), emanada del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual dicha Corporación se abstuvo de iniciar investigación penal en contra de la doctora *María Derly Piñeros Olarte* por los presuntos delitos de falsedad, prevaricato y detención arbitraria.

Hechos:

Fueron resumidos en la providencia de primera instancia, así:

"El 18 de abril de 1986 la funcionaria denunciada, mediante Resolución, impuso arresto inconmutable de 3 días al señor Alfonso Moreno Melo por haberle faltado al respeto en el ejercicio de sus funciones. El afectado otorgó poder al denunciante para que interpusiera los recursos necesarios a fin de evitar la sanción él interpuso recurso de reposición en donde sostiene que tal medida debe ser revocada porque no se escuchó al afectado con ella en descargos ya que tal proceso disciplinario tiene la misma naturaleza que cualquiera otro proceso judicial; seguidamente pasa escrito recusándola por enemistad de tiempo atrás y por tenerla denunciada ante el Tribunal por otros hechos. Como la titular del juzgado no aceptara la recusación y decidiera la reposición en forma desfavorable, estima que cometió el delito de prevaricato por lo que decide formularle denuncia en su contra".

Actuación procesal:

La denuncia elevada por Jorge I. Medina A., fue posteriormente ratificada bajo la gravedad del juramento. En ella, narró el denunciante los hechos atrás relacionados y agregó consideraciones suyas según las cuales la acusada incurrió en el delito de falsedad ideológica toda vez que en la Resolución dictada para sancionar a quien le faltó al respecto, afirma que las faltas verbales, se dirigieron en plural a los funcionarios del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Girardot, cuando en verdad los insultos fueron hechos con el destinatario en singular, y dirigidos exclusivamente al secretario del Despacho.

Aportó además el quejoso copia auténtica de las siguientes piezas procesales: Informe secretarial, fechado el dieciséis (16) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986), según el cual el señor Alfonso Moreno entró al Despacho de la juez María Derly Piñeros Olarte, debidamente autorizado por el secretario, increpándole a los gritos que le entregara unas copias que había solicitado su apoderado; ante la no obtención de los documentos, Moreno abandonó la oficina de la juez y "desde la entrada al recinto del Despacho donde me encontraba yo, manifestó que le iba a faltar al respeto y que le puedo decir la palabra que dice, no sea hijueputa y se retiró de la oficina". Este informe fue debidamente ratificado bajo la gravedad del juramento el mismo día, e igualmente en dicha fecha se escuchó en declaración jurada a los señores Mario Zanella Abril, Jorge Rodrigo Castilla Rentería y Fausto Díaz Moreno, todos ellos testigos presenciales de los hechos y quienes confirmaron, en términos generales, la información del secretario del juzgado, si bien uno de ellos consignó en su versión que según su criterio personal el insulto había sido dirigido en contra del secretario.

El dieciocho (18) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986), la Juez Cuarta Civil Municipal de Girardot dictó la Resolución número 001 en la cual impuso al señor Alfonso Moreno Melo una sanción correspondiente a tres días de arresto inconmutable, decisión que fue debidamente notificada al afectado el mismo día de haberse proferido. El sancionado entonces confirió poder a Jorge I. Medina A. para que éste sustentara el recurso de reposición ya interpuesto en contra de la mencionada Resolución, quien así lo hizo mediante memorial recibido en el juzgado el día veintiuno (21) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986). En esta misma fecha, el mismo apoderado recusó a la funcionaria, pretendiendo con ella separarla de la resolución del recurso.

Para desatar la impugnación, la juez acusada profirió resolución el día dos (2) de mayo de mil novecientos ochenta y seis (1986), en la cual se negó a acoger las razones del recurrente y ordenó en consecuencia el cumplimiento de la sanción de arresto impuesta contra Moreno Melo, a la par que se negó a separarse del conocimiento del asunto. Así, la sanción fue cumplida.

El propio denunciante aportó al proceso las pruebas pertinentes acerca de la calidad de Juez Cuarta Civil Municipal que ostentaba la denunciada para la época en que sucedieron los hechos, y el ejercicio del mismo cargo por la misma época.

Con este material probatorio, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia de fecha veintitrés de junio del presente año, se abstuvo de iniciar investigación penal en contra de la acusada, al considerar que la conducta denunciada se ajustó completamente a las prescripciones legales y por tanto el hecho no constituye delito alguno. Contra esta determinación, el denunciante interpuso el recurso de apelación que ahora se resuelve.

La opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de hacer un resumen de los hechos y del recaudo probatorio, entra a analizar cada uno de los cargos formulados contra la juez Piñeros Olarte. Respecto al delito de falsedad ideológica, afirma que ella no se estructura porque según las pruebas aportadas por el propio denunciante, el insulto que dio origen a la sanción fue evidentemente dirigido en contra de la funcionaria hoy acusada y de su secretario, pese a lo que en sentido contrario depone uno de los declarantes, quien además lo hace consignado en su dicho que según su parecer las palabras injuriosas fueron dirigidas exclusivamente en contra del secretario. Sostiene igualmente que el prevaricato omisivo que se denunció tampoco puede considerarse cometido por la inculpada, ya que ella no estaba obligada a consignar su propia versión jurada de los hechos, porque lo contrario sería obligar al juez a escucharse y analizarse a sí mismo. Por lo demás, la funcionaria recibió las declaraciones de los testigos presenciales, con lo cual se garantizó la seguridad de la decisión y, finalmente, que el no haber aceptado la recusación tampoco constituye delito alguno porque la misma ley asigna al juez agredido la función de expedir la sanción correspondiente.

Consideraciones de la Sala:

Al momento de sustentar el recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia, el denunciante hace énfasis a su personal opinión de que el proceso disciplinario fundamentado en el naturaleza penal y como tal, deben observarse en él todas las exigencias naturaleza penal y como tal, deben observarse en él todas las exigencias procesales establecidas para éste; reclama, en consecuencia, la recepción de indagatoria al procesado, al escuchar las versiones juradas de los testigos, la realización de careo, y en fin, la práctica de pruebas como en cualquier proceso penal, y aun cuando no lo menciona, parece ser que extraña también el auto calificatorio, la audiencia pública y la sentencia final.

Bien lejos de la realidad se encuentran las apreciaciones del denunciante. *En varias ocasiones ha señalado la Corte la naturaleza de la sanción disciplinaria que aplica el juez con base en el precepto 2 del artículo 39 de la ley de procedimiento civil, y por ello baste ahora con decir que cuando de actuaciones de tal tipo se trata, no se pueden seguir las prescripciones del procedimiento penal. El ejercicio de la facultad disciplinaria es meramente administrativa, aunque se ejerza por un funcionario jurisdiccional, y de ahí porqué se entregue a los jueces civiles, laborales y penales la potestad de ejercerla; si se tratase de asunto penal, su competencia sería exclusiva para el juez de tal*

naturaleza, y por tanto los demás funcionarios deberían remitir a éstos su actuación para lo que fuere conducente. Así mismo, no se trata de la aplicación de una pena como consecuencia de un delito, sino de una medida correctiva que busca garantizar la dignidad de la justicia y el respeto que a ella deben los coasociados. Como bien lo apunta el mismo denunciante, si se tratara de una acción penal, la conducta debería estar descrita en el ordenamiento penal, cosa que no sucede. En fin, nada respalda las consideraciones del recurrente, y por ello de plano se debe desechar su argumento.

Igualmente, obvio resulta que en casos como el que se estudia no deben aplicarse los procedimientos establecidos en la ley procesal penal; es verdad que el artículo 26 de la Constitución Nacional consagra el principio del debido proceso, según el cual nadie podrá ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio; empero, este principio general tiene a renglón seguido consagrada su excepción, cuando el artículo 27 de la Carta dispone:

> *"La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley:*
>
> *1. Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo.*
>
> *2. .....*
>
> *3. ....."*

Según esta disposición constitucional, pues, los jueces pueden omitir las formalidades del juicio en cuanto se les falte al respeto o se los injurie con ocasión del desempeño de las funciones propias de su cargo.

Este precepto es el que desarrolla el artículo 39, numeral 2º del Código de Procedimiento Civil, y por tanto su tramitación debe ceñirse exclusivamente a las condiciones allí consagradas, esto es, a no obrar sino mediante previa certificación de un empleado de la oficina que haya presenciado el hecho, o prueba testimonial o copia del escrito respectivo; que luego se profiera una Resolución que sea notificada y contra la cual procede el recurso de reposición, y finalmente, que no se ejecute la sanción hasta tanto no se encuentre en firme la providencia que impone la sanción, requisitos a todas luces observados en cabal forma por la juez denunciada.

No se requiere pues de más consideraciones, para concluir con toda certeza que la funcionaria acusada, por este aspecto, no incurrió en conducta penal alguna, y por ello resulta procedente la decisión tomada por el *a quo*.

Por lo que hace a la conducta de no haber aceptado la recusación planteada por el hoy denunciante, tampoco encuentra la Sala que la inculpada haya incurrido en conducta ilícita alguna. En efecto, *el fenómeno de la recusación se ha establecido para garantizar la imparcialidad en la administración de justicia, referida obviamente a las actua-*

ciones que los funcionarios han de desarrollar en el cumplimiento de sus funciones; sin embargo, clara resulta la disposición del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, cuando al respecto establece que la recusación procede en cualquier momento del proceso o de la actuación que se adelante para la práctica de pruebas anticipadas, mas no en los incidentes, ni con relación a funcionarios comisionados o a quienes deben dirimir conflictos de competencia. La actuación que se surte con base en la potestad disciplinaria, como ya se anotó, no es originada de proceso alguno entendido éste como la regulación de instancias, con términos probatorios, con ritualidades en su tramitación y con finalización mediante sentencia; su trámite es meramente incidental, y por ello debe entenderse que la norma citada abarca a este tipo de actuación, prohibiendo la recusación.

Por lo demás, resulta contrario a la lógica y a la adecuada interpretación sistemática de la ley, el pretender que el funcionario irrespetado, quien debe imponer la sanción sin juicio previo, sea susceptible de recusación. Ello es tanto como aceptar que ningún funcionario podría ejercer la potestad disciplinaria, toda vez que luego de proferida la ofensa o el irrespeto, podría hábilmente quien así actúa recusar al juez pretextando la existencia de una enemistad grave entre ellos, o bien podría irrespetarse al funcionario para seguidamente formular en su contra denuncia penal y así plantear la recusación, evitando por esta vía la impunidad del acto que da origen a la sanción. No procede entonces la recusación en estos eventos, y así se revela ajustada a las prescripciones legales la conducta de la acusada, razón por la cual la Corte confirmará, también por este aspecto, la decisión de primera instancia.

Finalmente, merecen algunos breves comentarios las consideraciones del recurrente en cuanto al pretendido delito de falsedad ideológica en que incurrió la acusada. Se centra la acusación en una utilización del plural en cuanto a las ofensas a que hace relación la Resolución número 001 de 18 de abril 1986. El denunciante considera que Moreno Melo profirió el insulto en número singular, dirigido exclusivamente en contra del secretario del Despacho; esta afirmación, a más de encontrarse infirmada por los testimonios recibidos durante la actuación, carece de fundamento para estructurar un delito de falsedad ideológica. En efecto, así hubiese sido dicho el insulto en singular, y en contra directa del secretario (como se ha probado que no lo fue), ello no es óbice para que la juez acusada haya considerado que la falta de respeto se extendió a ella y vulneró también la dignidad de la justicia por ella representada.

Los poderes disciplinarios del juez consagrados en el inciso 2º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil no se refieren exclusivamente a las injurias directamente proferidas contra el jefe de la oficina judicial, porque bien se puede irrespetar al funcionario de agravios dirigidos directamente contra otros empleados o a la majestad de la justicia, en presencia del juez y con el conocimiento de éste, por medio de expresiones o acciones que vayan en desmedro del debido miramiento que el Estado exige para con sus funcionarios. Así, aun cuando en la conducta irrespetuosa no se haya mencionado al juez, siendo ella vulneradora de los principios que rigen la relación entre los particula-

res y el Estado, se justifica su sanción con las medidas establecidas en la ley.

En conclusión, aún en el evento de que el sancionado Moreno Meto hubiese dirigido las soeces palabras en contra del secretario del despacho, tal actitud grosera y descomedida constituye un irrespeto al funcionario y por lo tanto lo habilita para el ejercicio de la potestad disciplinaria. Así las cosas, también en este punto deberá confirmarse la providencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

INDAGATORIA. PREVARICATO

La falta de ratificación bajo el juramento del indagado cuando declara "contra otro", no constituye de por sí conducta típica de prevaricato por omisión, lo que no implica que hay ocasiones en que la conducta omisiva del juez pueda, violar preceptos legales

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

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 016 de 17 de marzo de 1987.

Vistos:

Reconstruido en lo posible el proceso y tramitada la segunda instancia de acuerdo con la ley, procede la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a resolver lo que fuere pertinente con relación a la apelación del auto inhibitorio que dictara el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja a favor de la doctora María Antonia Cuevas Rodríguez.

Hechos:

Los que dieron origen a la actuación se desarrollaron dentro del expediente que en el Juzgado 19 de Instrucción Criminal radicado en Moniquirá se tramitara en contra de *Juan Evangelista Sotelo Cortés* y *otros* por el delito de homicidio en la persona de *Heraclio Vargas*, en el cual la acusada dictó algunas providencias y realizó varias actuaciones en su calidad de Juez de Instrucción Criminal.

El abogado Luis Carlos Sotelo, quien actuara en dicho proceso como apoderado judicial de Sotelo Cortés, formuló la denuncia que contiene varios cargos. El primero de ellos, presuntamente constitutivo de un delito de prevaricato por omisión lo hizo consistir en la no ratificación bajo juramento de las acusaciones que el indagado Juan Evangelista Sotelo Cortés hiciera en contra de agentes del F-2 por haberle exigido la suma de sesenta mil pesos ($ 60.000.oo) a cambio de protección contra personas indeterminadas que le estaban hurtando su ganado. El segundo de los cargos constituye, según la versión del quejoso, delito de prevaricato por omisión y abuso de autoridad por acto arbitrario, como que la funcionaria acusada ocultó al denunciante Sotelo la práctica de unas diligencias investigativas desarrolladas en la ciudad de Moniquirá luego de la indagatoria de su patrocinado, y sin haberlas ordenado por auto previo.

Un tercer cargo fue la actitud de la juez acusada quien se trasladó nuevamente a la ciudad de Tunja y allí, pese a su manifestación de que despacharía en un local del Palacio de Justicia, no encontró el denunciante más que al secretario quien según se dijo, manifestó al quejoso que no se sabía en dónde se encontraría la juez, lo que a su vez imposibilitó al apoderado de Sotelo Cortés obtener unas copias del proceso para sustentar adecuadamente unos recursos interpuestos. Igualmente se acusa a la doctora Cuevas Rodríguez de haberse trasladado a las oficinas del Comando de Policía de Tunja, en donde regañó a los oficiales que permitieron que el procesado Sotelo Cortés permaneciera en tales oficinas luego de haberse decretado su detención, gestionando personalmente su traslado a la cárcel de El Barne. Allí, en la cárcel, la acusada se entrevistó con otros dos detenidos dentro del mismo proceso de Sotelo Cortés, a quienes hizo llamar a la guardia justamente en el momento en que hacía su ingreso el acusado ya mencionado, dizque con el fin de que los otros dos detenidos pudieran reconocer a Sotelo y así identificarlo al momento de enfrentarse con él en un careo; por lo demás, dice el denunciante, si la juez acusada fue a notificar el auto de detención a los privados de libertad, incurrió en delito de abuso de la función pública, porque tal acto corresponde al secretario del juzgado.

Otro de los cargos formulados contra la juez presuntamente constitutivo de un delito de abuso de autoridad, fue el hecho de que el día dieciocho (18) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) la doctora Cuevas Rodríguez fue a la cárcel de El Barne a notificar a Sotelo Cortés que al día siguiente practicaría un careo con él, pese a que para dicha fecha ya no estaba ella tramitando el proceso por homicidio a que se ha hecho referencia. Finalmente, dijo el denunciante, también constituye delito el hecho de que la juez 19 de Instrucción Criminal se presentó efectivamente el día diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) acompañada de algunos agentes del F-2 para realizar diligencia de confrontación entre éstos y el acusado Sotelo Cortés, dentro del expediente que ella misma tramitaba en contra de los agentes de la autoridad, y sin haber solicitado la venia del Juzgado 2º Superior de Tunja a cuya disposición se encontraba detenido Sotelo Cortés.

Resultandos:

Dentro de las diligencias de reconstrucción del expediente, se aportaron copias de los acuerdos de nombramiento, acta de posesión y constancia de desempeño de las funciones de la acusada, con los cuales se comprobó que efectivamente María Antonia Cuevas Rodríguez desempeñaba para la época de los hechos denunciados el cargo de Juez 19 de Instrucción Criminal radicado en Moniquirá. Igualmente se aportó copia del auto de fecha veintiséis (26) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja se abstuvo de abrir investigación en contra de la acusada, y de la providencia calendada el seis (6) de septiembre del mismo año, por medio de la cual se concede el recurso de apelación interpuesto por el denunciante contra el primer auto referido.

Igualmente se aportó copia del Acta de visita especial practicada por la Procuraduría Regional de Tunja al proceso que por el delito de homicidio se tramitara en el Juzgado 19 de Instrucción Criminal de Moniquirá en contra de Juan Evangelista Sotelo Cortés y otros, en la cual se consigna que no se observó en dicho proceso irregularidad alguna, y en cambio sí se apreció el correcto y rápido diligenciamiento del expediente.

Así mismo, se recibió declaración jurada al denunciante Luis Carlos Sotelo Cortés de conformidad a lo previsto en el Decreto 3829 de 1985, quien aportó al expediente copias de la denuncia que formulara en contra de la doctora Cuevas Rodríguez, de algunos memoriales por él presentados ante el juzgado y ante esta Corporación, y algunas otras copias de documentos obrantes en el proceso antes de su destrucción, expedidas por la Secretaría de la Sala Penal de la Corte.

Finalmente, se aportaron en la etapa de reconstrucción copias íntegras del expediente que por el delito de homicidio se adelantara en contra de Juan Evangelista Sotelo Cortés y otros ante los Juzgados 19 de Instrucción Criminal de Moniquirá y Segundo Superior de Tunja.

Opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la confirmación del auto inhibitorio apelado. Como fundamento de su petición, dijo con relación al primero de los cargos formulados:

> "En verdad, el indagado Sotelo Cortés no fue juramentado cuando decide atribuir a personas de la Policía Nacional exigencias relativas a entregas de dinero, postura que podría evidenciar un posible incumplimiento de un acto de sus funciones.
>
> Sin embargo ocurre, que la vinculación de Sotelo Cortés en proceso por homicidio surgió precisamente de los testimonios de los miembros del F-2 y al rededor de tales versiones giró la diligencia de indagatoria, esgrimiendo el indagado a su favor los cargos contra ellos, argumento que podría desvirtuar el elemento vinculante en su contra.
>
> Tal omisión 'involuntaria' como específicamente es calificada por el denunciante, carece a criterio de este Despacho de la entidad suficiente para tornar típico el proceder de la funcionaria de instrucción".

Por lo que hace relación al cargo hecho por el denunciante en el sentido de que la acusada omitió informarle el desplazamiento del juzgado a otras localidades, y haber practicado diligencias sin el previo ordenamiento exigido por las normas procesales, dijo el Ministerio Público que las pruebas aportadas en la fase preliminar acreditan que tal situación no se presentó, porque fehacientemente se comprobó que el propio denunciante presentó memoriales petitorios ante el Juzgado 19 de Instrucción Criminal, con lo cual se demuestra que conocía el paradero de la entidad jurisdiccional a más que en las copias aportadas existen las correspondientes del auto que ordenó el desplazamiento del Despacho para efectos de practicar algunas diligencias. Así mismo, consignó luego el señor Procurador:

"La doctora Cuevas Rodríguez tenía que desplazarse del sitio habitual de su trabajo a otra ciudad, motivo por el cual no le resultaba fácil precisar el sitio exacto donde practicaría las diligencias para las cuales había sido comisionada. A pesar de lo anterior del texto de la propia denuncia se deduce que se mantuvo en contacto con el doctor Sotelo Cortés, habiendo ordenado el desplazamiento del juzgado mediante el auto correspondiente que fue conocido por el apoderado".

También sostuvo el colaborador Fiscal que si la funcionaria acusada recriminó a los oficiales de Policía de Tunja por permitir la permanencia del procesado Sotelo Cortés en las instalaciones de la Policía Nacional, bien hizo porque las leyes pertinentes establecen que el lugar de detención preventiva lo es la cárcel del lugar y no la Comisaría o instalaciones de Policía; por lo demás, si ella personalmente notificó la providencia detentiva a los encartados, ninguna intromisión realizó en las funciones de otro empleado o funcionario jurisdiccional; por lo demás, no existe en el expediente, dijo, el más leve indicio de que el fin del traslado de la acusada a la cárcel de El Barne haya sido para permitir a los demás procesados la identificación de su coacusado Sotelo Cortés.

En cuanto a la práctica de las diligencias el día diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), apuntó el Procurador Delegado que ya para aquella fecha había la acusada reasumido la competencia para investigar, con base en nueva comisión que le fuera concedida por el juzgado de conocimiento. Finalmente, consignó el agente del Ministerio Público:

"Si la imputación que se formula bajo este numeral está relacionada con la pretensión de la funcionaria de someter a diligencias de confrontación a Juan Evangelista Sotelo sin la debida anticipación, debe declararse desde ya que tales diligencias fueron ordenadas debidamente y que correspondía a su apoderado hacerse presente si fuera de su interés hacerlo, por cuanto el implicado tenía su representante y por lo tanto no era del caso recordarle la facultad que poseía para tal designación.

Si por el contrario el cargo se encuentra encaminado a cuestionar el comportamiento de la juez por concepto de otro expediente diferente a su conocimiento dentro del cual también era implicado Sotelo Cortés, tal acusación debió formularse en forma separada y concreta por cuanto directamente no lo insinúa el denunciante y los elementos de juicio se encuentran referidos lógicamente al proceso penal por homicidio contra Juan Evangelista Cortés".

Consideraciones de la Corte.

Dada la proliferación de cargos que el denunciante hiciera en contra de la juez acusada, resulta conveniente analizar una a una tales sindicaciones, para determinar de esta forma si procede o no la confirmación del auto apelado. Para ello, resultan de vital importancia las copias del proceso que ante los Juzgados 19 de Instrucción Criminal de Moniquirá y Segundo Superior de Tunja se adelantara por el delito de

homicidio en contra de Juan Evangelista Sotelo Cortés, Francisco Javier Chaparro Gómez y otros.

Sea lo primero observar que Juan Evangelista Sotelo Cortés fue puesto a disposición de la juez investigadora mediante oficio 275 de veintitrés (23) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), suscrito por el Comandante del Séptimo Distrito de Policía de Moniquirá, en el cual se consignó que el ciudadano Sotelo Cortés ofreció a los agentes de la Policía Nacional la suma de sesenta mil pesos ($ 60.000.oo), con el fin de que suspendieran las averiguaciones y no informaran el resultado de ellas al Comando de la Policía ni al juez correspondiente, indagaciones que se adelantaban para esclarecer la muerte de Heraclio Vargas, y de la cual se sindicaba a Chaparro Gómez y Sotelo Cortés, entre otros. Este informe, recibido por el Juzgado 19 de Instrucción Criminal de Moniquirá, fue remitido en la misma fecha al Juzgado Segundo Superior de Tunja, entidad jurisdiccional en donde se encontraban las diligencias pertinentes. Al día siguiente, veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), el Juzgado Segundo Superior dictó un auto en el cual dispuso la captura de Juan Evangelista Sotelo Cortés, como sindicado del delito de homicidio en la persona de Heraclio Vargas; igualmente, se consignó en tal providencia:

"Como se observa que a más de la indagatoria ordenada en inciso anterior surgen nuevas pruebas necesarias para el perfeccionamiento de la investigación, *como diligencias de careo entre Juan Sotelo Cortés y Eliécer Castillo y algunas versiones de personas citadas por el nuevo sindicado*. Es procedente solicitar del señor Director Seccional de Instrucción Criminal la designación de la doctora María Antonia Cuevas R., funcionaria que ha venido instruyendo el presente proceso, *para que practique las diligencias enunciadas y las que estime conducentes al perfeccionamiento del proceso. La juez comisionada tendrá amplias facultades para resolver la situación jurídica del indagado, practicar los careos del caso, declaraciones, reconocimientos y demás*...

.....

Expídanse copias del informe rendido por el Comandante del Distrito de Policía de Moniquirá, José Domingo Barinas López, y envíese junto con la copia del título de depósito realizado en el Banco Popular por sesenta mil pesos moneda corriente al Juzgado de Instrucción Criminal Reparto de Moniquirá, para que se investigue la conducta del señor Juan Sotelo Cortes, en relación con el posible delito contra la Administración Pública" (Subraya la Sala).

Ahora bien, si se examina la indagatoria que rindiera el señor Juan Evangelista Sotelo Cortés el día primero (1º) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) ante el Juzgado 19 de Instrucción Criminal de Moniquirá, se puede observar claramente que la funcionaria que la practicó no ratificó bajo juramento al indagado de los cargos que formulara en contra de los miembros de la Policía Nacional, quienes al decir del sindicado le exigieron la suma de sesenta mil pesos ($ 60.000.oo) a cambio de protección contra los abigeos; así mismo, se puede verificar que el apoderado de Juan Evangelista Sotelo Cortés

solicitó en memorial presentado el tres (3) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) la ampliación de la indagatoria de su patrocinado con el fin de que fuera juramentado Juan Evangelista con relación a los cargos citados, petición que efectivamente no recibió pronunciamiento expreso por parte de la juez acusada, y precisamente en ello pretende el denunciante radicar el delito de prevaricato por omisión.

Como acertadamente lo analiza el Procurador Delegado, este hecho no puede configurar el delito denunciado. Es claro para esta Sala que la funcionaria acusada con buen criterio consideró innecesaria la ratificación bajo juramento del sindicado Sotelo Cortés, al advertir que el Juzgado Segundo Superior en su auto de fecha veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) ordenó compulsar copias para la investigación del posible delito de cohecho en que hubiera podido incurrir el citado procesado, decisión con la cual la indagación adelantada por el Juzgado 19 de Instrucción Criminal se contraía exclusivamente al delito de homicidio en la persona de Heraclio Vargas, razón que encuentra además respaldo en las propias consideraciones del Juzgado consignadas en el auto de fecha cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) en el cual se decreta la detención preventiva de Juan Evangelista Sotelo Cortés, al decir:

> "Solicita igualmente el señor apoderado de que en el presente caso tampoco hay requisitos para dictar auto de detención por el presunto delito de cohecho y por consiguiente se le ha de dejar en libertad, anota el Despacho que por ahora este juzgado no ha entrado a investigar dicho delito lo que será materia de investigación por separado y en otra oportunidad".

El artículo 385 del Código de Procedimiento Penal, establece que es prohibido al funcionario de instrucción recibir juramento al momento de la indagatoria del procesado, determinando como excepción a este principio general el evento en el cual el propio indagado "declarare contra otro", en cuyo caso "se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratare de un testigo"; quiere decir lo anterior, que el procesado debe intervenir en el trámite del asunto siempre eximido de la gravedad del juramento, su ratificación jurada sólo se requerirá cuando él mismo formule acusaciones en contra de terceras personas con el fin de colocar al indagado en un plano de igualdad con los testigos, esto es, con el propósito de vincular su dicho a una garantía de seriedad y de certeza por lo que él puede representar de perjudicial para los terceros contra quienes formula cargos.

La falta de la ratificación bajo juramento, empero, no constituye de por sí una conducta típica de prevaricato por omisión, como lo presenta el denunciante. En el caso que se encuentra bajo estudio de la Sala, la funcionaria acusada en verdad omitió la ratificación bajo juramento en los cargos formulados por el indagado, pero tal ausencia en nada afecta el bien jurídico de la Administración Pública y es de aquellas que ni siquiera alcanzan a tener trascendencia en el mismo proceso en que ocurrió, no vician para nada la actuación, ni representan tampoco violación de normas penales. No discute la Sala que el deber del funcionario previsto en el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal

pueda ser desconocido sin consecuencia alguna; ocasiones habrá, en que la conducta omisiva del juez pueda violar preceptos legales, pero no es éste precisamente una de aquellas.

Si las copias se habían ordenado compulsar para la investigación del delito de cohecho, allí bien se podía recibir declaración bajo juramento y sobre estos puntos al indagado Sotelo Cortés, con lo cual en nada podía influir la recepción o no del juramento en la indagatoria de este procesado, máxime cuando en las providencias la juez acusada restó razonadamente la credibilidad a dichas afirmaciones, según lo expuso.

Hechas estas consideraciones, y siendo que el asunto relativo al ofrecimiento o exigencias del dinero de que diera cuenta el informe policivo que puso a disposición del Juzgado 19 de Instrucción Criminal de Moniquirá al procesado Juan Evangelista Sotelo y la propia versión del inculpado ya había sido ordenado investigar en forma separada por el Juzgado Segundo Superior en su auto de veinticuatro (24) de mayo transcrito, la ratificación bajo juramento al momento de la indagatoria resultaba innecesaria y por ello no incurrió la juez denunciada en omisión punible al no juramentar al indagado Sotelo Cortés.

Iguales consideraciones amparan la decisión inhibitoria en cuanto a la inexistencia del delito de prevaricato por omisión al no haber resuelto la juez acusada el memorial en el cual el apoderado de Sotelo Cortés solicitó la ampliación de la indagatoria; en este evento, a decir verdad resulta éticamente reprochable la conducta asumida por la denunciada de no resolver expresamente la petición y acogerse a las consideraciones que hiciera en el auto de detención que profiriera en contra de Juan Evangelista Sotelo Cortés, pero este reproche ético no puede elevarse a la categoría de delito porque, como se vio, en sus posteriores decisiones, fue clara al manifestar que los hechos denunciados por Sotelo Cortés son materia de otra investigación, y por ello no procede la ampliación de la indagatoria con el único fin de recibirle el juramento con relación a los hechos por él denunciados, como lo dice el memorial de su apoderado.

En consecuencia, por estos aspectos procede la confirmación de la providencia apelada.

Por lo que hace a la segunda de las acusaciones, de haber practicado diligencias a espaldas del apoderado de Sotelo Cortés y sin auto previo que las ordenara, resulta también irrefutable lo sucedido en el expediente cuyas copias se aportaron a esta actuación. Así, se puede observar que el día tres (3) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), al folio 387, se dictó por parte del Juzgado 19 de Instrucción Criminal un auto que en su parte pertinente dice:

> *"Con el objeto de practicar algunas diligencias en el presente sumario en la ciudad de Moniquirá, se dispone el desplazamiento del personal de este Despacho a dicho Municipio"*.

A continuación de este pronunciamiento, al folio 388, obra un memorial presentado por el apoderado de Sotelo Cortés en el que solicita la ampliación de indagatoria de su defendido, y luego, a folios 389 a 393, otro memorial también suscrito por el mismo apoderado referente a la

resolución de la situación jurídica del acusado. A folios 394 y siguientes, y fechadas el día cuatro (4) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), aparecen cuatro declaraciones recibidas por la juez acusada en la ciudad de Moniquirá, de donde regresó para dictar el día cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) en la ciudad de Tunja el auto de detención en contra de Sotelo Cortés.

Lo anterior comprueba que evidentemente la acusada no notificó personalmente al apoderado el desplazamiento del Juzgado al Municipio de Moniquirá pero ello no le era obligatorio a la juez, toda vez que esta determinación no es de las que deban ser comunicadas en forma personal, ni notificadas por estados, correspondiendo al apoderado la carga de estar pendiente del trámite del proceso e intervenir en las diligencias que crea oportuno hacerlas. Por lo demás, el denunciante se hizo presente al juzgado el mismo día tres (3) de junio, cuando la titular ordenó el desplazamiento del Despacho a la ciudad de Moniquirá, y si omitió el examen del expediente y por tanto no se dio cuenta de la decisión del juzgado, no es cosa que pueda ahora endilgarse como constitutiva de delito a la funcionaria acusada, quien actuó ceñida a las formalidades legales.

El hecho de no haber precisado en el auto que ordenó el traslado del juzgado las diligencias que iba a practicar, tampoco es cuestión punible ya que si bien la ley establece que las diligencias deben ser ordenadas previamente, esta exigencia no es la de determinar absolutamente todas las diligencias que se practicarán, menos aún en la etapa del sumario, porque exigencia de esta naturaleza haría imposible la instrucción de los sumarios; en el auto comisorio del Juzgado Segundo Superior de fecha 24 de mayo, se determinaron en forma general las diligencias necesarias de adelantar, y allí se precisó que la funcionaria practicaría "las que estime conducentes al prefeccionamiento del proceso". Por lo demás, en el propio auto cabeza de proceso se estableció que se deberían practicar las declaraciones de todas aquellas personas que de algún modo tengan conocimiento de los hechos, quedando así amparadas por esta disposición los testimonios que en su oportunidad recibiera la juez denunciada.

No procede, pues, tampoco por estos cargos, iniciar investigación penal.

Igualmente se encuentran infirmados los cargos lanzados por el denunciante en el sentido de que la funcionaria acusada se trasladó de Moniquirá a la ciudad de Tunja en donde ocultó al denunciante el sitio en donde despacharía los asuntos a su cargo, y ello porque en las copias del expediente está demostrado que el denunciante sabía del paradero de dicho juzgado. En efecto, luego de practicar diligencias el día cuatro (4) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) en la ciudad de Moniquirá, el Juzgado 19 de Instrucción Criminal profirió el auto de detención en contra de Juan Evangelista Sotelo el día cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), providencia que fue notificada personalmente a los detenidos y al fiscal en la misma fecha; por su parte, el denunciante entregó el mismo día cinco (5) un memorial en el que solicita que el procesado Sotelo sea examinado por el Instituto de Medicina Legal, con lo cual se acredita plenamente que el denunciante tenía conocimiento del sitio en donde despachaba el

juzgado. Ahora bien, es cierto que en ese mismo memorial presentado el día cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el denunciante solicitó la expedición de algunas fotocopias del proceso (otras se le habían expedido y entregado el día primero de junio de 1985), las cuales no le fueron expedidas y entregadas, irregularidad ésta que encuentra suficiente explicación en atención a que el proceso se remitió al juzgado del conocimiento el día seis (6) de junio, un día después de la petición, para darle trámite a una solicitud de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal que antecedentemente había solicitado el mismo denunciante, trámite prioritario a la expedición de copias. Ninguna limitación al derecho de defensa se operó allí, ni se configuró conducta delictiva alguna, máxime si tenemos en cuenta que el propio quejoso acepta que luego le fueron expedidas por el funcionario de conocimiento.

No constituyendo conducta típica alguna el hecho denunciado, es procedente la medida inhibitoria apelada.

En el proceso reconstruído obra constancia expedida por las autoridades de la cárcel de El Barne en el sentido de que la juez acusada se trasladó efectivamente a ese centro penitenciario los días cinco (5), dieciocho (18) y diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985); en la primera de tales fechas, se entrevistó con los detenidos Francisco Joaquín Chaparro y Norberto Sánchez Suárez. También existe copia en el expediente respectivo que el día cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) se practicó la notificación personal de la providencia delentiva de Sotelo Cortés a los detenidos antes mencionados, lo cual explica la presencia de la funcionaria en el centro penitenciario. En cuanto a que ella no debería realizar la notificación de la providencia, y el hacerlo constituye usurpación de una función pública, no puede tal afirmación resultar más contraría a las disposiciones mismas de la ley; en efecto, el juez tiene la potestad legal de proferir providencias, y si puede tomar la determinación, con mayor razón puede hacerla conocer directamente de los afectados, sin necesidad de la intervención del secretario, a quien la propia ley ha encargado la práctica de las notificaciones, no porque el funcionario no pueda hacerlo, sino como simple señalamiento de responsabilidades para la secretaría del Despacho. Ninguna conducta delictiva se configura cuando el juez personal y directamente realiza la notificación de sus propios autos, actitud que sí revelaría en la mayoría de los casos una diligencia en el cumplimiento del deber. Nótese además que la funcionaria acusada actuaba como Juez de Instrucción Criminal Ambulante, y en tales eventos es muy frecuente que debido a los desplazamientos que deben realizarse a todas las diligencias y actuaciones del juzgado acudan tanto el juez como su secretario, a fin de facilitar la actividad jurisdiccional desempeñada en estas especialísimas condiciones que exigen un rápido desplazamiento y una efectiva y ágil tramitación de los asuntos a su cargo.

No existiendo conducta típica en este aspecto, se confirmará también por ello la providencia impugnada.

Finalmente, está ampliamente comprobado en el expediente que la acusada practicó las diligencias de los días diecinueve (19) y veinte (20) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) cuando tenía

competencia para ello en virtud de comisión que le confiriera el Juzgado Segundo Superior de Tunja mediante auto interlocutorio de fecha doce (12) de los mismos mes y año, comisión que se ordenara cumplir en providencia del dieciocho (18) del mismo mes. Así lo acreditan las copias de las decisiones citadas obrantes a los folios 438 y siguientes y 445 de las copias aportadas al expediente.

El día dieciocho (18) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), la juez estuvo efectivamente en la cárcel de El Barne, recibiendo ampliación de indagatoria a Francisco Javier Chaparro Gómez, y es muy posible, como lo afirma el denunciante, que en aquella oportunidad le haya comunicado al procesado Sotelo Cortés que al día siguiente iría al mismo centro carcelario a practicar diligencias de careo. Esta información, que no era siquiera obligación de la funcionaria, pretende elevarla el denunciante a la calidad de delito, pese a que él mismo en el texto de su denuncia quiere otorgarle carácter igualmente delictivo al hecho de no haber avisado al procesado sobre la práctica de los mismos careos o confrontaciones.

Ninguna irregularidad se observa en esta diáfana tramitación procesal, y sólo cabe concluir que no le asiste razón de ninguna naturaleza al denunciante en sus acusaciones, y antes por el contrario, por la conducta asumida es necesario que en su contra se adelante si fuere del caso proceso disciplinario, por posible infracción al Decreto 196 de 1971.

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

Resuelve:

Confirmar la providencia materia de consulta.

Compúlsense copias de lo pertinente a fin de que la autoridad competente inicie, si lo considera del caso, proceso disciplinario en contra del abogado Luis Carlos Sotelo, por las faltas contra el respeto debido a la administración de justicia en que haya podido incurrir.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS

El ordinal 3º del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil señala que es deber del juez prevenir, remediar y sancionar, por los medios que el legislador establece, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal

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

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*.

Aprobada Acta número 15 de marzo 11 de 1987.

Vistos:

Por apelación revisa la Corte la providencia de noviembre seis del año inmediatamente anterior en virtud de la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga, se abstuvo de iniciar investigación penal contra la doctora *Raquel Gamarra de Gamboa*, quién, por actuaciones como Juez Promiscuo Municipal de Girón (S), fue denunciada por distintas infracciones al Código Penal.

Dentro del trámite propio de la instancia la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal, solicitó la confirmación del auto apelado.

Hechos:

Se afirma que el 19 de junio de 1986 en desarrollo de una diligencia de lanzamiento practicada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Girón (Santander) por comisión del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bucaramanga, dentro del proceso de lanzamiento de Tulio Emiro Gaitán Santos contra Juan Carlos Cortés Pradilla, la funcionaria acusada asistida de un claro ánimo de favorecer a la parte actora, negó las legítimas pretensiones de terceros y opositores y consumó toda suerte de desafueros constitutivos de falsedad, prevaricato, detención arbitraria, abuso de autoridad y lesiones personales (fls. 1 y 22).

Resultandos y considerandos:

1º La calidad de juez de la incriminada para la época de los hechos se encuentra demostrada en el expediente (fls. 50 y 51).

2º Los hechos anunciados en la queja se reducen a lo siguiente:

a) El 7 de mayo del citado año, el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bucaramanga profirió sentencia dentro del aludido proceso, en cuyo

texto resolutivo dispuso: La restitución y entrega por parte del demandado Juan Carlos Cortés Pradilla en favor de Gustavo Adolfo Lobo Silva representado por el profesional Tulio Emiro Gaitán Santos, de un establecimiento comercial (restaurante) ubicado en el Municipio de Girón, para cuyo cumplimiento, se comisionó con amplias facultades al Juez Promiscuo Municipal de esta localidad (fl. 54);

b) El 19 de junio siguiente luego de pasos de rigor, el despacho comisionado a cargo de la doctora Raquel Gamarra de Gamboa, de quien se afirma estaba interesada en la adquisición de un apartamento que vendían los padres del demandado, practicó diligencia de lanzamiento en el lugar materia del encargo, durante cuya realización se presentaron algunos incidentes calificados como delictuosos por el denunciante en contra de esta funcionaria, de la siguiente manera:

Prevaricato activo y omisivo: Por cuanto la implicada le negó la personería para actuar en representación de "terceros", que ostentaban legítimo derecho para oponerse a la entrega, y, de manera abiertamente ilegal ante sus justos reclamos le sancionó con arresto inconmutable de tres días en resolución que no se le notificó debidamente.

Falsedad en documento público: Ya que en el acta del lanzamiento no se incluyeron manifestaciones de trascendencia, no se relacionaron bienes de las personas que se encontraban en el lugar objeto del mismo o se habló de faltantes que no existían, y, además por haber sido suscrita por personas que no debían firmarla.

Detención arbitraria: Por su irregular privación de la libertad, así como por el injusto cautiverio a que fueron sometidos, su hijo Alfonso Mesa Alvarez y Hercilia Prada Muñoz sin motivación alguna.

Abuso de autoridad y lesiones personales: Ante los distintos atropellos con que la sindicada quiso encubrir sus abusos y por las lesiones causadas a algunas personas por parte de la fuerza pública con la complacencia de la doctora Gamboa;

c) Para establecer la veracidad de los cargos formulados se allegaron al diligenciamiento los siguientes medios de prueba:

De carácter testimonial:

Por una parte rindieron declaración bajo la gravedad del juramento Mario Angel Bonilla Barrera (Agente de la Policía presente en el lanzamiento) y Tulio Emiro Gaitán Santos (apoderado de la parte actora), quienes, señalan que, la denunciada en todo momento cumplió a cabalidad con sus funciones en la comisión encargada, siendo incluso excesivamente tolerante con el doctor Alfonso Mesa profesional que luego de ser rechazado en su pretensión de asistir unos terceros, arremetió contra el Despacho, embriagado y en actitud altamente agresiva e irrespetuosa con el ánimo de interferir el curso normal de la actuación judicial a la vez que pronunciando toda suerte de insultos e improperios contra la titular del juzgado que, finalmente hubo de sancionarlo con arresto de tres días. Agrega el doctor Gaitán Santos que al identificar a este abogado se cometió un error involuntario en

cuanto al número de su tarjeta profesional que fue remediado oportunamente (fls. 36 y 37).

Por otra parte rindieron igualmente testimonio Orlando Guerrero Ardila, Hercilia Prada Muñoz, Juan de Dios Cortés Gamarra y Carmen Carreño Moncada, de cuyas afirmaciones como presenciales de los hechos o de oídas, no obstante el alejado lugar que algunos ocupaban respecto a la diligencia, se concluye: Que el promotor del desorden con la complicidad de la denunciada fue el doctor Gaitán Santos pues se dedicó a ostigar al doctor Mesa generando sus justos reproches. Que este último en ningún momento estuvo embriagado, y, sus reclamos al juzgado, enérgicos, fueron la respuesta a las arbitrariedades de su titular. Que por las discrepancias que se presentaron y las medidas correctivas que adoptó la sindicada, se hizo presente la policía que excediéndose en sus funciones arremetió violentamente contra el quejoso, su hijo y una trabajadora del restaurante, quienes, finalmente resultaron sometidos a ilícito cautiverio. Que con anterioridad al lanzamiento la funcionaria se mostró interesada en comprar un apartamento que vendían los esposos Cortés Pradilla, sugiriendo con ello que, por lo que no se le brindaron posibilidades de adquisición, se comportó en la forma indicada. Que antes de la entrega, Francisco Rodríguez Serrano comentó que el demandado perdería el pleito, pues él había acompañado al demandante a la oficina de la doctora Gamarra de Gamboa donde se le solicitó le ayudara para que todo resultara en su favor. Que Juan Carlos Cortés Pradilla, poseedor del restaurante, se podía oponer pues cuando su hijo, el arrendatorio, decidió no explotar el negocio, él, se quedó con el establecimiento y efectuó varias mejoras, y, que tal actitud podía asumir igualmente Carmen Carreño Moncada en vías de garantizar las prestaciones laborales que se le adeudaban a sus servidores en el lugar mencionado (fls. 63, 79, 82, 91 y 99 vto.).

Finalmente, testificaron Teresa Pradilla de Cortés y Francisco Rodríguez Serrano, los cuales, desmienten totalmente las versiones de los inmediatamente anteriores, pues la primera sostiene que, cuando la juez fue a visitar el apartamento que vendían, lo hizo ajena a su condición de funcionaria ya que no la conocían, y, el segundo, señala como falso lo relativo al hecho de acudir con el demandante al Juzgado Promiscuo Municipal de Girón para invocar fallo en su favor, y, aclara cómo, un día antes del lanzamiento el doctor Alfonso Mesa con otras personas, le insinuó que se presentara para el momento de la entrega como propietario del restaurante, evitando así la restitución ordenada (fls. 47 y 84 vto.).

De carácter documental:

A la averiguación preliminar se allegó copia auténtica de lo pertinente a la actuación civil (diligencia de entrega etc.), y, de la Resolución 001 del 19 de junio de 1986 en cuyo texto se sancionó con arresto de tres días al abogado Alonso Mesa Ramírez, quien, notificado de la misma interpuso recurso de apelación que por improcedente se negó, haciendo efectiva la sanción (fls. 53, 63 y 71).

3º No se remite a duda que, todos y cada uno de los cargos formulados a la doctora Raquel Gamarra de Gamboa carecen del fundamento necesario par abrir investigación penal en su contra, y, todo indica por

el contrario que su conducta en la comisión que el superior le encomendó se ajustó a los parámetros legales sobre la materia.

Para el delito de prevaricato en cualquiera de las modalidades acusadas es dable sostener que, diferente a lo expuesto por el doctor Mesa Ramírez, la doctora de Gamboa resolvió legal y oportunamente su pretensión de hacerse parte durante el desarrollo de la entrega del bien, pues si el mandato que se le otorgó no era claro, imperioso resultaba negarle el acceso a la actuación, y, más aún si como se observa de la versión juramentada de Francisco Rodríguez Serrano, con un alto grado de seguridad los presuntos "terceros" eran producto de la propia cosecha y patrañas aleccionadoras de su "mandatorio", para evitar que el establecimiento cuyos cánones de arrendamiento no se cancelaron, volviera a manos de su propietario.

Aparece claro también *que, la resolución de arresto proferida contra el abogado, por los trámites que la antecedieron, frente a las motivaciones en que se apoyó, y, en las condiciones en que causó sus efectos; antes que manifiestamente contraria a la ley, es el producto de los obligantes deberes del juez para conculcar los desmanes de las partes y hacer prenda de garantía el cumplimiento de sus obligaciones.*

No sobra recordar en este punto, que la abogacía no es un instrumento para defender o cohonestar proclives intereses. Las personas que a esta delicada misión se comprometen han asegurado desde los claustros universitarios proteger con celo y eficacia los intereses que se les confían, respetar la majestad de la justicia y colaborar con los órganos de la jurisdicción en la pronta y efectiva aplicación de la ley. A las personas como el denunciante, *que a diario pisotean el buen nombre de la profesión, no puede menos que formularse enérgico reproche, y, más aún, en casos* como el que aquí se estudia, *donde la Juez Promiscuo Municipal* de Girón doctora Raquel Gamarra de Gamboa, *fue, en legítimo ejercicio de sus funciones, sometida al más sensible atropello por parte del abogado* Alfonso Mesa Ramírez, *quien, con improperios de la peor especie lanzados en su contra pretendía sacar avantes sórdidos propósitos.*

El arresto que se impuso al citado profesional fue en consecuencia medida correctiva lícita e indispensable.

El ordinal 3º del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil señala que, es deber del juez, prevenir, remediar y sancionar por los medios que el legislador establece, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

A su turno el numeral 6º del artículo 338 *ibidem* dispone que, si al tiempo de hacerse la entrega, el bien se halla en poder de un tercero que alegue posesión material y aduzca prueba siquiera sumaria de ella, el juez admitirá la oposición, siempre que la sentencia no produzca efectos respecto del opositor.

En presencia de las citadas disposiciones, bien hizo la denunciada en poner orden a la diligencia mediante las medidas coercitivas que empleó, y justa fue su determinación cuando negó a Mesa Ramírez su acceso al desarrollo de la misma por falta de claridad en el mandato

que se le otorgó, el cual, en procura de evitar la burla de que con alguna frecuencia es objeto la justicia, ha de revestir alguna especialidad sobre la pretensión de los terceros que con su oposición no deben amparar ilegales y dilatorias.

En lo atinente al delito de falsedad en documento público, no aparece en el informativo argumento probatorio alguno que de manera seria respalde este cargo, que denunciante y testigos animados en apoyarle a toda costa, formulan contra la juez sindicada. Lo relativo a las personas que firmaron el acta de entrega, antes que constituir atentado contra la fe pública, es el resultado de la clara intención de la funcionaria de no dejar nada oculto, permitiendo que varias de las personas que la presenciaron la manuscribieran.

Respecto a los delitos de abuso de autoridad, detención arbitraria y lesiones personales, basta con decir remitiéndonos a lo anteriormente expuesto, que ningún acto arbitrario o injusto realizó la acusada, que la privación de la libertad de Mesa Ramírez estuvo apoyada en razones de orden legal, y, que, la retención transitoria de otras personas y las lesiones que pudieron sufrir, fue el producto de sus irrespetos, ataques y provocaciones de la fuerza pública que en aplicación a las normas del Código Nacional de Policía y para garantizar el desempeño de sus tareas (respaldo al juzgado en la diligencia de entrega etc.), debió proceder en la forma que señala el averiguatorio.

Ahora bien, ciertamente como lo dijo el *a quo*, por cursar ya un informativo disciplinario no es del caso compulsar copias sobre el particular, pero, si resulta como una necesidad, expedir las pertinentes para que por la autoridad competente se investigue el posible delito que por falsas imputaciones ante las autoridades o falso testimonio pudieron cometer el quejoso y quienes declararon falsamente a su favor.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público,

Resuelve:

Confirmar la providencia apelada y ordenar la expedición de copias en la forma y términos consignados en la motivación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

1º EMPLEADO PUBLICO. CAPTURA

El artículo 449 del Código de Procedimiento Penal contiene la expresa prohibición de privar de su libertad a un empleado público, mientras no concurra la previa suspensión decretada por la entidad o persona nominadora

2º DETENCION ARBETRARIA

De acuerdo al artículo 38 de la Ley 2ª de 1984, modificatorio del artículo 426 del Estatuto Procesal, en el delito de favorecimiento de la fuga, sólo es procedente la citación de los sindicados a indagatoria, sin previa orden de captura

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta número 16 del 17 de marzo de 1987.

Vistos:

Decide la Corte la apelación interpuesta por el procesado doctor *Francisco Javier Valle Maestre* y por su defensor contra el auto de 7 de mayo de 1986, por el cual el Tribunal Superior de Valledupar lo llamó a responder en juicio por el delito de detención arbitraria como Juez Segundo de Instrucción Criminal radicado en Aguachica (Cesar), al disponer la captura del Director de la Cárcel de esa población *Fernando Olaya Moncada* y de los guardianes de la misma, *Romildo Perdomo* y *Blanca Rosa Rivera* y privarlos de su libertad no obstante su calidad de empleados públicos sin haberse decretado previamente su detención, ni pedido su suspensión.

La apelación se concedió debidamente, por haberse sustentado en tiempo y cumplir los requisitos legales.

La investigación se inició con base en copia de la denuncia formulada ante la Procuraduría por Fernando Olaya Moncada, la que dio lugar a proceso disciplinario, en cuyo fallo sancionatorio el Tribunal ordenó expedir estas copias para investigación penal. Una vez perfeccionada ésta, se cerró y calificó con la providencia de enjuiciamiento objeto del recurso de apelación.

Hechos:

A las seis y treinta de la mañana del día 10 de diciembre de 1983, varios individuos armados que utilizaban un vehículo de servicio público, sometieron a los guardianes de la Cárcel de Aguachica y sacaron

de ese establecimiento a la reclusa Mercedes Carvajal Bernal, quien se encontraba en ese momento en labores de aseo en el Comando de la Guardia y se hallaba procesada por tráfico de estupefacientes a órdenes del Juzgado 2º de Instrucción, radicado en esa población, emprendiendo la huida en medio de abaleo que se suscitó. Pocos días después se logró la aprehensión del vehículo empleado por los autores del hecho y de su conductor.

Dentro de la investigación correspondiente, el Juez Segundo de Instrucción, doctor Francisco Javier Valle Maestre dispuso la captura del Director de la Cárcel Fernando Olaya Moncada y de los guardianes Romaldo Perdomo Martínez y Blanca Rosa Rivera Granados, quienes sin ser suspendidos en sus cargos, permanecieron varios días en el establecimiento referido, hasta que oídos en indagatoria se dispuso su libertad.

Actuación procesal:

La calidad de funcionario del acusado se demuestra con copias del acto de su nombramiento (fl. 15), acta de posesión en 1º de septiembre de 1983 (fl. 32) y constancia de ejercicio de funciones entre dicha fecha y el 6 de agosto de 1984 (fl. 34), período dentro del cual ocurrieron los hechos.

En cuanto a éstos, obran las pruebas a las cuales se procede a hacer alusión.

Se recibieron las declaraciones de Fernando Olaya Moncada (fl. 40), Blanca Rosa Rivera Granados (fl. 43) y Romaldo Perdomo (fl. 119), el primero Director y los segundos guardianes de la Cárcel de Aguachica, quienes afirmaron haber sido capturados por orden del juez acusado y haber permanecido en reclusión varios días dentro de la investigación por fuga de presos.

Se agregaron copias de las boletas de captura y libertad en relación con cada uno de los anteriores, de las cuales aparece que Olaya Moncada estuvo recluido del 1º al 7 de febrero de 1984, Romaldo Martínez entre el 1º y el 6 de dicho mes y Blanca Rosa Rivera del 1º al 3 de febrero mencionado (fl. 45 a 63). La misma comprobación se efectuó en inspección judicial a la Cárcel del Circuito de Aguachica (fl. 66). Obran también en autos documentos para demostrar que Olaya y la guardiana citada ejercían sus funciones en la época señalada (fls. 70 a 75).

Oído en indagatoria el acusado (fls. 87 y ss., 98 y ss.), se refirió a la fuga de la procesada Mercedes Carvajal, detenida por infracción al Decreto 1188 de 1973, por lo cual inició investigación, recibiéndose dentro de ésta las declaraciones del Director y guardianes de la cárcel, observándose que la puerta del establecimiento no presentaba rastros de impactos de bala, cuando se afirmaba haber disparado y el conductor del vehículo empleado para la fuga expresó que la detenida se hallaba en la puerta del establecimiento con una maleta.

Señala que con tales antecedentes dispuso la aprehensión de los mencionados "... toda vez que el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal no prohíbe que se libre orden de captura en forma

cualificada...", los oyó en indagatoria y cuando manifestaron que eran empleados públicos, los puso en libertad. Anota la inexistencia de norma que prohíba que contra funcionarios públicos se dicte orden de captura, no lo dice el artículo 426 que sería aplicable y "... cabe resaltar que antes de librar las órdenes de captura procesalmente se sabía que estos sujetos eran funcionarios públicos, no acreditaron esta calidad como lo exige el artículo 353 del Código Procesal Penal...".

Alude a la acusación formulada por vía disciplinaria de haber sabido con anterioridad que se trataba de empleados, pero advierte que ésto no fue probado en ese momento como se requería, pero oídos en indagatoria fueron puestos en libertad, en lo cual estima hubo error de su parte y que con posterioridad a tal orden se le hicieron amenazas anónimas. Menciona incidente que días después tuvo con Olaya y los guardianes por lo cual tuvo las precauciones para su defensa. Observa que el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal "no es claro ni meridiano más bien oscuro y confuso", hace algunas consideraciones y asevera que los capturó para oírlos en indagatoria, siendo resuelta la situación de los sindicados por otro funcionario.

Insiste el acusado, que en el momento en que dispuso la captura no se había acreditado procesalmente la calidad expresada, sin que tuviera relevancia o incidencia su conocimiento personal al respecto. Si bien al día siguiente de las capturas se recibió constancia de que Olaya era Director de la cárcel, ya que existían las órdenes de captura y al quedar a disposición del juzgado, debía indagarlos, sin que dicha certificación tuviera valor probatorio y con todo procedió a examinarla al resolver la situación jurídica.

Considera que no incurrió en infracción y que hubo error de su parte en favor de los procesados, al ordenar su libertad sin haber acreditado su calidad de empleados. Demoró recibir indagatorias por interponerse días feriados y por la actividad propia de la oficina.

Se agregó copia de la investigación disciplinaria adelantada por la Procuraduría en relación con el cargo mencionado, la que culminó escuchadas explicaciones similares a las ya anotadas, con resolución sancionatoria por estimarse demostrada la falta.

Obra también copia del proceso por fuga de presos en el que se cumplieron las actuaciones mencionadas. Dentro de la misma se recibió inicialmente declaración al Director de la Cárcel y guardianes citados, ordenándose posteriormente su captura e indagatoria, cumplidas en la forma ya reseñada y disponiéndose su libertad, según se expresó.

Así mismo aparece oficio de fecha 2 de febrero de 1984 (fl. 136) por el cual el Director encargado de la Cárcel de Aguachica informa al juez acusado sobre la calidad de empleados de los capturados, con indicación de los actos de su nombramiento y posesión. Y providencia posterior (febrero 13 de 1984, fl. 229), según la cual el juez ordena la indagatoria del guardián Manuel Antonio Pinzón Moyano, pero se abstiene de disponer su captura por saber que es empleado público. Por su parte el juez del conocimiento dictó providencia calificatoria sobreseyendo definitivamente a Olaya y a los guardianes mencionados (fl. 359, copias) y enjuició a otros procesados.

Con base en los elementos de juicio reseñados la Fiscalía solicitó enjuiciamiento por entender infringidas las normas correspondientes, concretamente las de la Ley 2ª de 1984 al disponer captura improcedente y mantener la privación de libertad de los empleados citados. Y el Tribunal por estimar demostrada la conducta, dictó el auto de enjuiciamiento.

Concepto del Ministerio Público:

Previa referencia a los hechos y antecedentes del caso, la Procuraduría Delegada se aparta de las alegaciones del recurrente y solicita la confirmación del enjuiciamiento, por encontrar cumplidos los requisitos legales y demostrada la infracción:

Dice el concepto:

"Si bien el doctor Valle se equivocó al aplicar el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal entonces subrogado por el artículo 38 de la Ley 2ª de 1984, no ocurre igual cuando se refiere al artículo 449 de la misma obra, el cual contempla con claridad meridiana el procedimiento a seguir frente a los empleados o funcionarios públicos contra quienes se decreta medida detentiva. Ninguna circunstancia permite dudar de sus capacidades y experiencia en el campo de la administración de justicia. Aún más, en cumplimiento de su indagatoria aceptó expresamente conocer este trámite, pero no lo acató porque los sindicados Fernando Olaya Moncada, Romaldo Perdomo y Blanca Rivera Granados omitieron el cumplimiento del artículo 353 del Código de Procedimiento Penal relacionado con la demostración de su vinculación laboral con el Estado, criterio con el cual pretende desconocer la trascendencia de los elementos demostrativos de esta condición antes de la expedición de las boletas de captura".

Alegato del recurrente:

En su escrito para sustentar el recurso, el señor defensor del procesado, solicita la revocatoria de la providencia reclamada para proferir en su lugar sobreseimiento definitivo. Hace consideraciones con respecto a la antijuridicidad y el error en cuanto a los elementos del delito y cita providencia de esta Sala (auto de 4 de mayo de 1983, Magistrado ponente doctor Reyes Echandía) y advierte que la Ley 2ª de 1984 fue promulgada y entró en vigencia (enero 17 de 1984) poco antes de los hechos (febrero 1 de 1984), por lo cual resultaba difícil para el acusado, como juez de provincia, darle aplicación pocos días después.

Así, el acusado sólo habría incurrido en culpa, modalidad que no está prevista para la infracción. Y en relación con el artículo 449 del estatuto procesal penal, afirma que es distinta la captura para la indagatoria que para la detención. Alega que se dividió la confesión de aquél, pues sí admitió tener conocimiento personal de que los capturados eran empleados, también dijo que no existía la demostración legal necesaria y que dictado auto de detención sin tal comprobación, procede hacerlo efectivo hasta que se pruebe. Cita el artículo 29 del Código Penal (numerales 1º y 3º), situación en la cual se encontraba el procesado por su interpretación de la norma, sin que existiera infracción

por justificación del hecho. Menciona la Ley 30 de 1986 (art. 39) y el Decreto 1853 de 1985 para deducir que actualmente y en relación con el favorecimiento de la fuga de personas detenidas por tráfico de estupefacientes, al aumentarse la pena procede la captura para indagatoria y por tanto no puede enjuiciarse al procesado por actuación que actualmente no es delito, respecto a lo cual alega la favorabilidad de la ley penal (art. 60 del C. de P. P., art. 26 de la Constitución).

Para resolver se considera:

La acusación formulada contra el funcionario procesado es que incurrió en *detención arbitraria* al disponer la captura del Director de la Cárcel de Aguachica y de los guardianes mencionados, con el objeto de oírlos en indagatoria en investigación por fuga de una detenida, permaneciendo en tal situación varios días, a pesar de tener conocimiento personal de la calidad expresada y aún habérsele comunicado oficialmente por quien quedó encargado de la Dirección al suplir al detenido.

Los hechos referidos resultan plenamente comprobados con las pruebas que se han reseñado en forma pormenorizada, pues se acredita que efectivamente existió la orden de captura, en virtud de la cual los empleados citados permanecieron detenidos hasta el momento de su indagatoria, a partir de la cual se dispuso su libertad, no obstante no haber variado las pruebas y en atención a la calidad señalada.

Frente a esta situación por demás irregular, el procesado dio algunas explicaciones que examinadas, no son atendibles. Porque si bien se refiere al conocimiento personal que como empleados tenía de los acusados, esto no era suficiente —aduce— puesto que tal calidad debía demostrarse con los documentos correspondientes, entendiendo la comunicación del Director de la Cárcel como prueba inidónea para tal efecto. Pero la verdad es que bastaba su conocimiento, no sólo por las labores que aquellos cumplían y guardaban relación con las ejecutadas por el juzgado, sino por cuanto, como se vio no había razón para rechazar la información que le dio oficialmente quien quedó en la Dirección del establecimiento carcelario.

Claro está que *la irregularidad impetrada al funcionario ciertamente se reduce a la captura de personas que en ese instante tenían la condición de empleados públicos, a quienes no obstante de tal carácter privó de su libertad pese a conocer personalmente dicha situación e informado oficialmente* por encargado de la Dirección de la cárcel.

No puede admitirse que el referido precepto (art. 449 del C. de P. P.) se preste a confusión porque contiene la expresa prohibición de privar de su libertad a ningún empleado público mientras no concurra la previa suspensión decretada por la entidad o persona nominadora. Lo cual obedece no propiamente a un simple capricho del legislador sino al exclusivo deseo de preservar la buena marcha de la Administración Pública, cada vez que se vea interferida por situaciones anómalas como es el caso de privar de la libertad a quien desempeña funciones públicas. Sin que esto obste, para que ante renuencia manifiesta del funcionario o empleado citado por el juez o instructor para inda-

gatoria, pueda éste ordenar su captura únicamente con dicho objeto debiendo cesar tal estado una vez cumplida la diligencia respectiva.

En el evento *sub exámine*, el doctor Valle Maestre Juez de Instrucción Criminal, evidentemente ordenó la captura de los empleados referidos para efectos de indagatoria, determinación que se prolongó durante varios días. Es decir que en forma manifiesta violó la anotada regla procesal, sin que tal conducta resulte explicable. De otra parte *tampoco es argumento atendible, que no existe prohibición de captura de empleados públicos para indagatoria, pues cabe anotar que si para la efectividad de la detención se exige la solicitud de suspensión, debe inferirse que no procedía para esta única finalidad.*

El funcionario hace diversas consideraciones que, como se dijo, son inaceptables. *Sin que sea pertinente distinción entre funcionarios y empleados, pues, la norma comprende a unos y otros pretendiéndose amparar el servicio público para que no haya interrupción. Tampoco cabía se diera estricta aplicación al artículo 353 del Código de Procedimiento Penal, para acreditar la calidad de empleado, que como ya se anotó sabía que eran funcionarios* y, además, respecto a otro sindicado que se hallaba en la misma situación por ser guardián de la Cárcel, se abstuvo posteriormente de disponer su captura.

Por todo ello tanto *el Tribunal y su Fiscal fueron unánimes en que el expediente reunía los requisitos para llamar a juicio por detención arbitraria (art. 272, C. P.) toda vez que la conducta del acusado no sólo era violatoria de la norma citada, sino que además ordenó tal medida respecto a delito de favorecimiento de la fuga (art. 179 del C. P.) —que sería el atribuible a los empleados precitados— y al no estar contemplado en el artículo 38 de la Ley 2ª de 1984, modificatorio del 426 del estatuto procesal, no permitía su adopción, siendo por lo tanto procedente únicamente la citación de los sindicados para oírlos en injurada.*

Entonces por este aspecto también incurrió el doctor Valle Maestre *en irregularidad, por no ser pertinente la captura conforme a dicha disposición y de reciente vigencia en ese momento. Pero aún con prescindencia de ésta en cuanto pudo el funcionario ignorarla dada su nueva promulgación, no cabe duda de que desconoció la prohibición y procedimiento señalado en el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal y que en tal forma privó ilegalmente de su libertad a los mencionados empleados. Siendo ajustado el auto de proceder por hallarse comprobada la infracción y por existir indicios suficientes contra el acusado.*

Por manera que los razonamientos del señor defensor resultan nada convincentes conforme a las consideraciones antes señaladas. Debiéndose agregar que el Tribunal examinó las versiones del funcionario instructor para rechazarlas con fundamentos suficientes, sin dividir su confesión como se insinúa, ya que apenas constituían simples descargos frente a hechos plenamente demostrados en autos. Insístese en que aunque no aparecieran las constancias de nombramiento de los empleados sindicados, esta condición aparece demostrada por otros medios.

Finalmente, difícil es aceptar el error alegado porque múltiples circunstancias controvierten tal afirmación. No solamente con fundamento en la lógica presunción de que los funcionarios judiciales conocen aquellas normas procesales de diaria aplicación como son las referentes a la libertad individual, sino también por la experiencia y la especialización que se adquiere a través de la judicatura.

Nada creíble —porque los hechos irreales no son de recibo en el mundo del derecho— es entonces suponer que el doctor Francisco Javier Valle Maestre, a quien el Tribunal Superior de Valledupar había elegido Juez de Instrucción Criminal, que *de suyo permite pensar en sus antecedentes de funcionario judicial, condiciones que debió comprobar y, desde luego, las muy especiales previstas en el artículo 62 del Código de Procedimiento Penal, ignoraba ciertamente que los empleados públicos no pueden ser privados de su libertad sino conforme al ya multicitado artículo 449, que, repítese, es por demás preciso en todo su texto y por lo mismo no ajeno al principio vigente que cuando el sentido de la ley es claro no es dable alejarse de su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.*

Debe agregarse, por último que no era necesario hacer referencia a normas posteriores sobre la materia, contenidas en otros estatutos, puesto que la situación debe examinarse con respecto a las que regían en ese momento. En todo caso el artículo 449 definía ampliamente la conducta que debía adoptar el funcionario instructor, norma no modificada y vigente al tiempo de ocurrir los hechos.

Registrado proyecto de decisión en este asunto y habiéndose surtido por tanto previamente el trámite de la segunda instancia, el nuevo defensor constituido por el procesado y reconocido con tal calidad, presentó nuevo escrito para formular otras peticiones y alegaciones. Sin embargo, como resulta extemporáneo por las razones expresadas, se ordena que se agregue a los autos, para que en la primera instancia se adopten las decisiones pertinentes, ya que no es procedente entrar a examinarlo en el estado actual del trámite.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, *confirma* el auto de enjuiciamiento apelado.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

NULIDAD SUPRALEGAL

No hay desconocimiento del derecho de defensa, con el argumento de que en el auto de proceder se hizo referencia a un delito y se condenó por concurso homogéneo y sucesivo, cuando aún sin utilizar las fórmulas sacramentales, se ha determinado una variedad de objetos materiales en la realización de conductas diversas, pero de la misma naturaleza y con el mismo fin

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

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta número 18.

Vistos:

Procede la Sala a decidir sobre la solicitud de nulidad de carácter constitucional impetrada por el señor Procurador Tercero Delegado en lo penal, de conformidad con la cual pretende se deje sin valor jurídico la sentencia de 17 de septiembre del presente año, proferida por esta Corporación, por la cual se confirmó la dictada por el Tribunal Superior de Villavicencio contra *Héctor Antonio Baquero Baquero*, en calidad de Juez Promiscuo Territorial de Barrancominas (Guainía), modificándola en el sentido de que la condena es por el delito de *concusión*, pero en concurso, imponiéndole como pena tres años y medio de prisión e interdicción de los derechos y funciones públicas por igual término.

Igualmente, se revocó la libertad provisional concedida en la sentencia impugnada y en consecuencia, se dispuso la captura del condenado.

Antecedentes:

1. Por auto de 31 de mayo de 1984, el Tribunal Superior de Villavicencio, llamó a responder en juicio a Héctor Antonio Baquero Baquero como autor del delito de *concusión*, según hechos ocurridos en el mes de octubre de 1982 cuando el sindicado ejercía el cargo de Juez Promiscuo Territorial de Barrancominas (Guainía).

Se especificó en la parte resolutiva de la decisión calificatoria, que "del delito porque se procede trata el Capítulo Segundo del Título III del Libro 2º del Código Penal".

2. En la motivación del auto de proceder, el citado Tribunal valoró las pruebas allegadas al proceso y concluyó que "...así está demostrado legalmente que el sindicado Héctor Antonio Baquero Baquero, cuando ejercía el cargo de Juez Promiscuo Territorial de Barrancomias constriñó a Víctor Manuel Cortés a entregarle tanto dinero en efectivo como alimentos, prevalido del cargo como fuerza intimidatoria suficiente para obtener sus deseos, en la forma como el mismo Cortés lo ha relatado" (fl. 14 del cuaderno del Tribunal).

Y Víctor Manuel Cortés afirmó en su testimonio que para el mes de octubre de 1982, el juez Baquero Baquero, cuando tramitaba por comisión de un Juzgado Superior de Villavicencio seguido en su contra por un delito de homicidio, le exigió varias sumas de dinero y algunos alimentos bajo amenaza de privarlo de la libertad.

Explicó que el citado funcionario le exigió primero la suma de $ 30.000.oo para la Policía sino "ya vería lo que (le) pasaba", luego $ 5.000.oo de los cuales le entregó $ 500.oo, después le pidió $ 6.000.oo los que le entregó "en el mismo juzgado porque me citó allá" y finalmente dos kilos de coca por cuanto él sabía que este testigo "había cogido cuatro kilos".

En cuanto a los alimentos describió que cuando se practicaba una diligencia en la referida comisión, el juez Baquero Baquero le pidió y luego le exigió que le llevara "unos huevos debidamente preparados" porque tenía hambre, motivo por el cual se los llevó y agregó, que en esta oportunidad le dijo que si no lo iba a invitar a una comida con gallina, "que si luego no se daba cuenta de que él me estaba ayudando en mi defensa", por tal razón, explica el declarante, que mandó comprar tres gallinas y su esposa preparó el solicitado almuerzo.

3. Sobre estos cargos fue interrogado en la indagatoria el funcionario procesado y expuso conocer a Víctor Manuel Cortés en razón del precitado proceso por homicidio, el cual tramitó por comisión en el mes de octubre de 1982, pero que dicho individuo ni le ofreció, ni le entregó dineros o especies de ninguna naturaleza.

4. En la audiencia pública, el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Villavicencio solicitó se absolviera al juez acusado por cuanto no se encontraba plenamente probado que éste hubiera exigido y recibido dineros del señor Víctor Manuel Cortés y "...en relación con la exigencia de parte del juez...de que le sirvieran unos huevos pericos y de que le prepararan un sancocho de gallina...", afirmó que "estos hechos no alcanzan a constituir el delito de concusión", pues "más bien parece ser una sugerencia".

En su intervención el representante del Ministerio Público analizó cada una de las situaciones expuestas por Víctor Manuel Cortés, como aquellas en que el juez le exigió dinero para no privarlo de la libertad, llegando a la conclusión de que este testigo no estaba diciendo la verdad.

5. El defensor del juez Héctor Antonio Baquero Baquero, intervino en el debate público para solicitar la absolución del procesado "...en lo referente a las exigencias de dinero y alimentos que aparentemente sufrieron el fallecido señor Víctor Manuel Cortés y su esposa", hechos

por los cuales "se resolvió llamar a juicio al otrora Juez Promiscuo Territorial de Barrancominas en Guainía...".

Explicó este profesional el porqué creía que no era procedente dictar sentencia condenatoria contra su defendido, pues "...en sentido contrario a la acusación, el procesado niega haber exigido y recibido dinero del señor Cortés y que tampoco exigió que la señora de éste le preparase unos huevos y otras viandas..." y al no merecer —de acuerdo con su criterio— ninguna credibilidad los testimonios de cargo, debe dársele plena certeza a las afirmaciones del funcionario acusado.

6. El 21 de marzo de 1985, el Tribunal Superior de Villavicencio, profirió sentencia condenatoria, en los términos ya indicados, contra el juez Héctor Antonio Baquero Baquero.

Enunció esa Corporación en la sentencia de primera instancia que para el consiguiente fallo se tomaba como base el auto de llamamiento a juicio "... donde le fue imputado el ilícito de *concusión* según hechos ocurridos en el mes de octubre de 1982, cuando el universitario Héctor Antonio Baquero Baquero ejercía el cargo arriba mencionado".

En la parte considerativa de esa sentencia, dicho Tribunal, analizó cada uno de los cargos hechos en el auto de proceder para concluir que "...existen plenas pruebas del cuerpo del delito y de la culpabilidad del procesado..."; por tal motivo y de conformidad con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal profirió la mencionada sentencia condenando al juez Baquero Baquero a la pena de dos años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por un año.

7. Apelada la sentencia de primer grado por el juez condenado y durante el trámite dado por la Corte, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicitó de la Sala se confirme esa decisión por considerar que se encontraba plenamente probados los hechos denunciados.

8. Al decidir la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, en decisión de 16 de septiembre de 1986, consideró que en el proceso se probaron plenamente los hechos denunciados por los cuales se indagó al juez Baquero Baquero, fueron analizados y valorados en el auto de proceder, posteriormente debatidos en la audiencia pública por la Fiscalía y la defensa y finalmente tenidos en cuenta por el Tribunal Superior de Villavicencio en la sentencia e inclusive por el condenado en la sustentación del recurso ante esa Corporación.

Por tal motivo y debido a que "...el mencionado procesado cometió seis concusiones que deben jugarse con los parámetros fijados por el artículo 26 del Código Penal, porque se trata de un concurso material de delitos homogéneos y sucesivos..." se resolvió confirmar el fallo impugnado, excepto en cuanto se refiere a la libertad provisional, modificándolo en el sentido de que la condena es por el delito de *concusión* "pero en concurso".

9. Antes de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la nulidad del fallo proferido por esta Sala por violación de las formas propias del

juicio a través del desconocimiento del principio de congruencia entre el auto de proceder y la sentencia. Las razones que motivan esta petición, se resumen así:

a) Entiende el Procurador Delegado que su petición es procedente por cuanto la limitación señalada en el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal que "cierra la discusión de la nulidad cuando se dicte sentencia de segunda instancia" no es aplicable a este caso, pues al no ser susceptible del recurso de casación, es pertinente la nulidad al no estar ejecutoriado el fallo de segundo grado;

b) Luego de admitir los seis "hechos de constreñimiento e inducción" considera que el Tribunal Superior produjo el auto de proceder como "si las exigencias que hacía Baquero Baquero a Víctor Manuel Cortés constituyesen un solo delito de concusión; y aunque no fue explícito en torno a las razones de índole jurídica que lo llevaron a desestimar la existencia de un concurso de hechos punibles, sí resulta evidente que la formulación del cargo fue por objeto normativo *único*...";

c) Y al haberse condenado por seis delitos la Corte no respetó el llamamiento a juicio, pues la condena o la absolución debe ser *"por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio"*;

d) De otra parte, expone el Procurador, que "en el caso presente no hay conexión de medio a fin, o de antecedente a consecuente" y que al no existir la denominada "conexidad procesal" no queda otra alternativa "que aceptar los efectos de la firmeza material del auto de proceder, ley del proceso, confirmando el fallo y tasando la pena con criterios diversos a los del concurso de punibles; o producir la invalidez del auto de proceder sobre la base de su ambigüedad en la formulación del objeto procesal porque su redacción envolvía contradicción, ya que la pluralidad de infracciones no recibió tratamiento de tal y no se hicieron consideraciones jurídicas que permitieron discutir en la fase del juicio el ámbito normativo de la acusación".

Consideraciones de la Corte:

1. *La petición.* La oportunidad procesal para alegar la declaración de nulidad, es el primer escollo que presenta la petición hecha por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, pues de ésta depende el pronunciamiento de fondo que solicita de la Sala para que se declare sin validez jurídica la sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación.

De la interpretación sistemática del conjunto de disposiciones que regulan la inmodificabilidad de la sentencia y por ende, la seguridad jurídica de la misma, claro resulta colegir la inconsistencia de la argumentación que presenta el Procurador Delegado al desconocer la expresa limitación legal para desbordar los parámetros hermenéuticos e invadir la función legislativa, lo cual como es obvio, no le corresponde al juzgador.

Este equívoco es la consecuencia de partir del falso supuesto apriorístico de considerar que el recurso de casación procede para todos los procesos, pues con una tal forma de raciocinar, no queda otra

alternativa que la de recurrir, como lo hace el peticionario, a una arb traria extensión de la ley cuya logicidad es sólo aparente, pues sustar cialmente es sofística por cuanto una de las premisas incluye lo qu se pretende demostrar. En efecto:

a) De conformidad con lo dispuesto por los artículos 569 y 572 de Código de Procedimiento Penal, la procedencia del recurso de casació está taxativamente señalada por estas disposiciones y no es posibl aplicar procedimiento alguno para extender el alcance de estas limi taciones;

b) El artículo 207 del mismo estatuto, no es aplicable al caso qu nos ocupa en cuanto a la eventual modificación de la sentencia de segundo grado, debido a que no se trata de un error aritmético y po el contrario, por mandato de esta misma norma, al no concurrir e referido error, el fallo permanece irreformable e inmodificable por e mismo juez o Tribunal que lo hubiere dictado, en este caso es la Corte;

c) Si bien el artículo 212 *ibidem*, dispone que en cualquier estado del proceso se debe decretar la nulidad de lo actuado cuando exista motivo para ello, impera precisar que esta disposición no es aplicable para eventos como el presente, si se tiene en cuenta el artículo 213 de Código de Procedimiento Penal, consagra un expreso imperativo para las sentencias dictadas en segunda instancia, de acuerdo con el cual una vez proferido dicho fallo, las nulidades sólo se podrán alegar en el recurso de casación;

d) Claro resulta concluir, entonces, que para aquellos casos en los cuales la ley no autoriza la interposición de este recurso extraordinario, la impetración de la nulidad no es posible una vez dictada la sentencia de segunda instancia.

Pero a pesar de ello la Sala por razones de amplitud, para evitar equívocos, que permitan afirmar que la Corporación haya violado el fundamental derecho de defensa, estima conveniente penetrar en el fondo de las razones expuestas por la Procuraduría.

2. *¿Una incongruencia?* Antes de analizar las premisas en que fundamenta el Procurador Delegado la nulidad que solicita se decrete, es necesario concretar la falta de congruencia que se observa en el conjunto de sus planteamientos, los cuales tienden a demostrar que en el mismo peticionario no existe la plena seguridad sobre la nulidad que reclama:

a) Considera el Procurador Delegado, que el Tribunal de primera instancia "no fue explícito en torno a las razones de índole jurídica que lo llevaron a desestimar la existencia de un concurso de hechos punibles" y seguidamente afirma, que "sí resulta evidente que la formulación del cargo fue por objeto normativo *único*".

Reconoce, entonces, que en el fallo impugnado el juzgador no excluyó la pluralidad de cargos;

b) Se afirma, igualmente, que existen dos alternativas: O confirmar el fallo "tasando la pena con criterios diversos a los del concurso de punibles" o "producir la invalidez del auto de proceder sobre la base de su ambigüedad en la formulación del objeto procesal".

Sin embargo, la jurisprudencia ha aceptado tradicionalmente que la declaración de nulidad no procede sino cuando no aparece otro procedimiento que la evite; si hay otra alternativa no debe acudirse a ésta máxima sanción procesal.

3. *Las nulidades constitucionales.* Las denominadas nulidades constitucionales han sido establecidas por la jurisprudencia con el fin de que las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta Fundamental reciban estricto cumplimiento por el juzgador, las cuales se caracterizan por tener naturaleza, objeto y consecuencias propias, así:

a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

b) Legalidad de la jurisdicción;

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

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

Estas nulidades por tanto, las ha admitido la Corte en guarda de los principios superiores de la Constitución para casos extremos, pues son aplicables sin desconocer las establecidas por la ley procesal de modo expreso y cuando la pretendida irregularidad contrahaga el esquema del proceso, socave las bases mismas del juzgamiento o desconozca las garantías esenciales de las partes; por esto no se puede entender al amparo de la elaboración jurisprudencial que toda omisión o informalidad en que se haya incurrido en el desarrollo del proceso, aunque no lesione los intereses básicos del Estado, ni de los sujetos vinculados al proceso, sea aceptada como nulidad constitucional exagerando la protección formal dentro de los juicios hasta degenerar en el formalismo.

Impera tener en cuenta, que estas nulidades se encuentran basadas en el interés público de que se respete y conserve el orden jurídico mediante la aplicación estricta del debido proceso y bajo estos parámetros se analizará la petición de nulidad impetrada por el señor Procurador Delegado.

4. *El derecho de defensa. El cargo de nulidad lo fundamenta el Procurador Delegado en la falta de congruencia entre el auto de proceder y la sentencia de segundo grado por cuanto el llamamiento a juicio se hizo por un delito de concusión y la Sala condenó por seis, desconociéndose en esta forma el derecho de defensa, pues se profirió "un acto jurisdiccional de condena a espaldas del reo". Al respecto la Sala considera:*

a) *La interpretación y consiguiente aplicación de la ley procesal debe perseguir fines prácticos. los cuales sólo se pueden encontrar entendiendo que la formalidad que caracteriza el proceso constituye únicamente un medio para reconocer los derechos que en su contenido material garantiza la Constitución Nacional y las leyes, lo que integra la unidad jurídica;*

b) *Por ende, cualquier desvío de las formas procesales no puede constituir una violación a las garantías consagradas en el artículo 26*

de la Constitución, pues para que esto suceda, es imperativo que la irregularidad vulnere de modo directo e inmediato los derechos constitucionales que rigen el juzgamiento, los cuales no pueden ser otros que los sustanciales; por tanto, si no se demuestra, o no surge con evidencia, que se violaron esos derechos, toda tacha de nulidad supralegal debe desecharse;

c) El referido fin práctico en la aplicación de la ley, debe tener en cuenta, además, el reconocimiento del principio de favorabilidad que con fundamento constitucional tiene desarrollo legal en el artículo sexto del Código de Procedimiento Penal, pues es indudable su incidencia en la imposición de la pena del procesado y la importancia del fenómeno de la conexidad;

d) De ahí que la jurisprudencia, al igual que la doctrina, venga entendiendo que la conexidad delictual no puede remitirse exclusivamente a su primaria significación que origina la llamada ideológica y que considera el señor Procurador Delegado como la única que reconoce la ley, pues lejos de la exégesis normativa, extensa es la literatura jurídica, nacional y extranjera en el analizar para reconocer, que la conexidad, la cual la ley no define, puede ser además de aquella, consecuencial, ocasional y cronológica, aparte de la procesal a que nos referiremos posteriormente;

e) Estos alcances interpretativos no corresponden al análisis eminentemente teórico, sino por el contrario, buscan lograr los fines que deben regir un juzgamiento respetuoso de los *derechos humanos, a saber: La economía procesal, ya que al tramitarse un solo proceso, el mismo juez ejercita al tiempo en unidad de actuación las acciones penales que hacen de los diversos delitos; el mejor aprovechamiento de la prueba, que permite una apreciación de conjunto y una más concreta valoración de la prueba y de los hechos, y la aplicación de la pena que mejor se adapte a la personalidad del procesado, reconociendo la acumulación jurídica y evitar fallos contradictorios;*

f) *La continuidad que caracterizó la realización de las conductas concusionarias llevadas a efecto por el funcionario procesado,* todas durante el corto tiempo que tuvo en comisión el proceso seguido contra Víctor Manuel Cortés, *de la misma naturaleza y con el mismo fin, no deja duda respecto a la conexidad cronológica, razón ésta de por sí suficiente para que el juzgamiento se siguiera en un mismo proceso; pero además, es dable, tener en cuenta que la denominada "conexidad procesal" como lo ha venido considerando la Sala es aplicable porque con ella se logra los fines de la conexidad ya indicados, que a no dudarlo favorece al procesado; así lo reconoció la Corte en anteriores decisiones que reitera en esta oportunidad, tales como la de diciembre 14 de 1976, siendo Magistrado ponente el doctor Jesús Bernal Pinzón (G. J. número CLII, Segunda Parte, páginas 873 a 875) y la de junio 4 de 1982, con ponencia del doctor Luis Enrique Romero Soto, entre otras;*

g) *Ha reconocido la Corte, la existencia de nulidad constitucional por encausamiento anfibológico entendiendo éste como "una manifiesta ambigüedad en la formulación de los cargos en el auto de proceder que por modo directo cercena al procesado la oportunidad de con-*

tradecir la imputación, esto es, de ejercer sobre bases ciertas e incon fundibles el derecho de defensa" (Sentencia de abril 22 de 1980).

Exige la ley procesal que el llamamiento a juicio se haga por el delito que corresponda, "el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos", es decir, que en este caso el auto de proceder debía hacerse por el delito de *concusión* como en efecto lo hizo el Tribunal Superior de Villavicencio.

No determina entonces, la ley que el enjuiciamiento deba contener sacramentalmente el término "concurso" o el de "conexidad", más aun cuando las conductas corresponden al mismo nomen juris; *de ahí el porqué esta presunta omisión no se encuentra consagrada como nulidad legal.*

Lo que importa es que el pliego de cargos sea claro, concreto, que durante el juicio no se vaya a sorprender al procesado con cargos que hechos en el auto de proceder y sobre los cuales no haya podido ejercer defensa, bien porque no los conocía o porque debido a su ambigüedad ésta era imposible. En este proceso esto no ha sucedido.

El denunciante y posteriormente el señor Víctor Manuel Cortés, se refirieron a la totalidad de los hechos que creyeron constitutivos de delito y sobre ellos se indagó al juez Baquero Baquero, quien en forma explícita negó cualquier participación en los mismos, encontrándose desde ese momento asistido por su apoderado, además de que por las constancias procesales se establece que el procesado era para la época de los hechos un universitario. Una vez cerrada la investigación, el Tribunal de instancia analizó en forma detallada cada una de las circunstancias en las cuales el procesado le solicitó o en otras exigió dinero o alimentos al citado señor Cortés y concluyó en la parte considerativa del auto: "...la Sala considera que en el proceso sí está demostrado legalmente que el sindicado Héctor Antonio Baquero Baquero cuando ejercía el cargo de Juez Promiscuo Territorial de Barrancominas, constriñó a Víctor Manuel Cortés a entregarle tanto dinero en efectivo como alimentos..." (fl. 14 cuaderno del Tribunal) y tratándose de un delito formal, es indudable que el pliego de cargos se formuló por la multiplicidad de conductas objeto de valoración;

h) La afirmación básica de la Procuraduría Delegada, de que el Tribunal Superior, redujo su auto de proceder como si las exigencias que hacía Baquero a Cortés constituyesen sólo delito de concusión y que apesar de eso se condenó por varios ilícitos, no pasa de ser una apreciación restringida, fraccionaria del auto vocatorio a juicio que sólo enfoca e interpreta unos renglones de él, pero que desconoce la totalidad de tal proveído.

Para desechar tan equívoca afirmación, la Sala se tomó el cuidado de volver a sintetizar el auto de proceder en el acápite de antecedentes de esta providencia y en el punto 2, se determinaron todas las conductas que en dicho auto se concretaban como cargos a Baquero.

Tan cierto es ello, que el mismo agente del Ministerio Público, sintetiza en su memorial (fl. 2) los hechos de constreñimiento e induc-

ción y los clasifica en seis. Todos y cada uno de ellos están especificados en el auto vocatorio a juicio y no son extraídos de la sentencia de segunda instancia.

Y lo que es más, se hizo una concreción de objeto material variado que comprende dinero en diversas cantidades, cocaína y alimentos. Tal descripción está fundamentada en el texto del auto de proceder.

Por tanto, es exagerado entender que con tal variedad de objeto materiales, haya una conducta única, y no un concurso homogéneo ni menos suponer que tal fue el pensamiento del Tribunal, máxime cuando se acepta que esa Corporación "no fue explícita en torno a las razones de índole jurídica que lo llevaron a desestimar la existencia del concurso de hechos punibles".

Y es que debe aclararse que aunque en vía de discusión pueda aceptarse esta última afirmación, la verdad es que en el auto vocatorio a juicio describe múltiples conductas ubicables en amplio espacio temporal. Y eso es precisamente lo que la sentencia condenatoria sin apartarse del auto de proceder, denomina jurídicamente concurso material de delitos homogéneos y sucesivos. El hecho de que el a quo *no utilice términos sacramentales, no significa que la incriminación no se haya concretado por pluralidad de hechos punibles.*

El alcance de la contradicción que anota la Procuraduría entre el auto de proceder y la sentencia, sería así pues solamente formal, pero jamás sustancial, y por ello aparente y no real.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se precia de ser respetuosa del fundamental derecho de defensa consagrado en la Constitución Nacional y en los Tratados Públicos, lo mismo que en la normatividad penal vigente. Pero no entiende que tal derecho de defensa se vulnere cuando se le da una adecuación jurídica, una ubicación terminológica acertada a hechos descritos como cargos en el auto vocatorio a juicio;

i) Ahora es cierto que en la providencia el citado Tribunal afirmó: "Se configura, por lo tanto, el delito de *concusión* que define el Código Penal en su artículo 140 (Libro 2º, Título III, Capítulo segundo) y sanciona con prisión de dos (2) años a seis (6)", pero es claro que aquí la referencia se hace respecto a la genérica calificación del delito exigida por la ley procesal.

No puede existir ambigüedad en los cargos, cuando el juzgador toma cada uno de los hechos objeto de imputación para determinar si se encuentran probados, los deslinda en sus circunstancias temporoespeciales y personales y concluye que están probados. Ante esta situación ninguna modificación podía incluir el haber agregado que se trataba de un concurso de delitos y prueba de ello es que en la diligencia de audiencia pública el Fiscal del Tribunal se refirió a cada uno de los cargos, al igual que lo hizo el defensor y no "en forma global" como lo afirma el Procurador Delegado. Aspecto diverso es que la defensa no haya cuestionado los argumentos doctrinarios que dice el Procurador existen para desvirtuar esta clase de concurso de delitos, pues no puede sustentarse una nulidad y más constitucional con el fundamento de que el defensor al no plantear determinado tema de

defensa sea porque los cargos eran confusos, pues la nulidad debe ser evidente y no es posible que se pueda remitir a tan inusitados argumentos;

j) La defensa material y la técnica se cumplió durante todo el proceso, hasta el punto de ser impugnada la sentencia de primera instancia y ésta siempre hizo relación a la totalidad de las conductas realizadas por el juez Baquero Baquero en las circunstancias ya descritas; por tanto, no puede prosperar la nulidad constitucional solicitada por el señor Procurador Delegado, pues, se insiste, toda nulidad tiene por fundamento la violación de la estructura básica del proceso o de ciertos actos procesales, pero esencialmente, el conculcamiento de la garantía de defensa. Se viola la estructura del proceso, o la del acto procesal, cuando se construyen por fuera de las normas que lo regulan y, se vulnera el derecho de defensa cuando se impide por algún modo, su ejercicio. En este caso no surge reparo alguno que permita inferir que se obstaculizó el cabal ejercicio de la defensa, no se sorprendió a nadie, no se lesionó la estructura del proceso, ni la específica del acto procesal cuestionado por el Procurador, no se menoscabó el derecho de defensa, y se realizaron los objetivos primordiales de justicia, lo que hace impertinente la nulidad propuesta.

Aun cuando por tratarse de un proceso reconstruido no se agregó copia íntegra de la indagatoria del procesado, de las demás piezas surge que sobre todos los cargos referenciados en el auto de proceder fue interrogado el juez Baquero Baquero. Así su defensor acepta en la audiencia, que el procesado negó la petición y recibo de dineros por parte de Cortés y que no exigió que se le preparase el sancocho y los huevos.

Por lo demás jamás alegó la defensa que el interrogatorio de instructiva hubiese sido incompleto.

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

Resuelve:

No decretar la nulidad de la sentencia de segunda instancia proferida por esta Corporación en el presente proceso, solicitada por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

INIMPUTABILIDAD

Una perturbación sicológica, así se acepte que pueda quedar comprendida dentro del término "trastorno mental" utilizado por el artículo 31 del Código Penal, no permite, por sí sola, deducir la inimputabilidad del sindicado, es indispensable que no le hubiere permitido al autor comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 19.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Ananías Moreno Villalobos*, contra la sentencia de 30 de enero de de 1986, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al confirmar la del Juzgado Diecinueve Superior, lo condenó a la pena principal de 11 años de prisión, y a las accesorias de rigor, por el delito de homicidio.

Hechos:

Hacia la media noche del 29 de diciembre de 1984, en la Vereda Chapaima, comprensión Municipal de Villeta (Cund.), fueron muertos por proyectiles de arma de fuego Carlos Hernando Gómez Castañeda y "Miguel N.", y lesionada Nieves del Carmen Górnez Castañeda.

Como autor de esos hechos fue procesado Ananías Morero Villalobos, juzgado con intervención de jurado, y finalmente condenado mediante la sentencia que hoy se impugna en casación.

La demanda:

Con fundamento en la causal primera de casación, violación directa, se formulan dos cargos a la sentencia.

El primero; por falta de aplicación del artículo 31 del Código Penal, y, a su vez, aplicación indebida de los artículos 323 y 332 de esa normatividad, y el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, "pues todos los testigos son acordes en reconocer la embriaguez de Moreno Villalobos, y fue por ello por lo que el *iuris* hizo tal calificación al rendir su veredicción".

El segundo, por falta de aplicación del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que obligaba al Tribunal, en caso de no acoger el veredicto, declarar la contraevidencia del mismo, "ante la no aplicación del *a quo* del artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, constituyendo un cargo de aplicación indebida del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal".

Al amparo de la causal 2ª (art. 580-2, C. de P. P.), acusa la sentencia de haber sido proferida en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Argumenta que, de conformidad con el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, el jurado puede agregar a su respuesta circunstancias que no estén consignadas en el cuestionario y que si el juez no comparte el veredicto debe declararlo contraevidente, pero no apartarse de él, porque se lo prohíbe el artículo 519 *ibidem*.

En el presente caso —anota— el jurado respondió a los tres cuestionarios "sí es responsable, pero con las circunstancias de que actuó en un estado de perturbación sicológica momentánea", pese a lo cual las sentencias de instancia no acogieron sino "la primera parte del veredicto", y condenaron al procesado como imputable, a 11 años de prisión.

"Las dos causales anteriores, por violación de la ley sustancial en forma directa y desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado, son suficientes para que la sentencia demandada sea *casada*", finaliza el actor.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, "siguiendo las pautas de la técnica", empieza a analizar los ataques de la sentencia en orden inverso al de su presentación; y de esta manera aborda en los siguientes términos el "tercer cargo", que realmente corresponde a la causal segunda de casación.

"El ataque no estaría llamado a prosperar a través de la causal segunda porque implicaría aceptar la validez del factor competencia que la ley expresamente niega al jurado de conciencia en los casos de juzgamiento de inimputables. Sin embargo la censura tampoco tendría facilidades para quebrar el fallo a través de la nulidad legal del veredicto o de la misma nulidad supralegal con fundamento en su inexistencia, toda vez que la respuesta del jurado no puede ser interpretada en los términos que lo entendieron los sentenciadores y el casacionista. Es que la inimputabilidad está definida en el artículo 31 del Código Penal... Para la Procuraduría sería improcedente asimilar un estado de perturbación sicológico momentáneo con un trastorno mental cuya entidad noseológica (sic) implica la profunda alteración de las funciones síquicas... Así pues, un estado de ira, una simple actitud neurótica, constituyen cuestiones sicológicas perturbantes que bien pueden incidir en la dinámica de cualquier delito pero que no por ello excluyen la inimputabilidad...

"En otros términos, el jurado que actuó en este proceso, circunstanció la responsabilidad del reo con un agregado sin efectos jurídicos porque a lo sumo podría adecuarse a una circunstancia dosimétrica de

atenuación, señalada en el numeral 10 del artículo 64 del Código Penal, cuya valoración y deducción corresponde legalmente apreciar al juez de derecho (art. 534 del C. de P. P.)".

En este orden de ideas, estima que la sentencia se dictó "en plena consonancia con el veredicto", y entonces el cargo no prospera.

Acerca del "segundo cargo" señala que presenta serios errores de técnica que impiden su examen, toda vez que, a través de la violación directa, "se cita como violada la normatividad procesal" y no se dice cuál fue la norma sustancial violada.

En torno al "primer cargo" presenta los mismos defectos que el anterior, y, además —recuerda— el jurado no afirmó la inimputabilidad del procesado, la cual, de otra parte, no tiene respaldo procesal alguno.

"Que desestime la demanda es entonces la petición de la Procuraduría".

Se considera:

1. La Sala se percata fácilmente de que el problema aquí planteado no ha sido entendido en su exacta dimensión.

En efecto, resulta claro que el planteamiento de la causal segunda de casación, por el motivo de que "la sentencia esté en desacuerdo con el veredicto del jurado", implica necesariamente la no aplicación de determinado precepto sustancial, y, simultáneamente, la aplicación indebida de otro, que viene a ser su correspondiente en sentido negativo.

Así por ejemplo en el caso que se examina, en el cual habría inaplicación del artículo 31 del Código Penal (y de sus complementarios sobre las medidas asegurativas) y aplicación —indebida— de los artículos 323 (homicidio) y 332 (lesiones personales) en cuanto a la imposición de pena de prisión.

Pero esas infracciones en relación con la ley sustancial son total y ostensiblemente extrañas a las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal como causal primera de casación, y específicamente respecto de la violación directa. Porque es presupuesto básico e imprescindible de esta causal que el sentenciador yerre sobre la existencia de la norma (infracción directa), ora sobre su selección (aplicación indebida), ya sobre su sentido (interpretación errónea), como lo subrayó la Sala en sentencia del 20 de febrero de 1985. Y salta a la vista que ninguna de estas hipótesis se presenta en la causal segunda de casación, en la cual el vicio (de mero procedimiento) *se limita* a desconocer el veredicto, que no la ley sustantiva.

En tal orden de ideas, los "cargos" que la acusación trae como primeros y constitutivos de "violación directa", no son tales, sino *las consecuencias* propias de la desatención del veredicto, y así han debido aducirse, con no otro fin de *completar la censura*.

Por ello es forzoso postular que la demanda no contiene sino una causal (la segunda) y un cargo: Según el recurrente, haber desconocido la sentencia el estadio de "inimputabilidad" con el cual el jurado

calificó su respuesta afirmativa de responsabilidad. Toda la demanda va dirigida a que la Corte reconozca ese agravio y lo repare.

2. Para que hubiera necesidad de un nuevo pronunciamiento de esta Sala sobre la competencia del jurado para afirmar la inimputabilidad del procesado, que ha sido negada mayoritariamente en sus últimos fallos, sería indispensable que el *juri* la hubiera reconocido, y que a pesar de ello, los juzgadores de derecho la hubieran desconocido en el fallo, ya que sólo así podría plantearse teóricamente la causal prevista en el ordinal segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado.

La respuesta del jurado, unánime e igual para todos los cuestionarios sometidos a su consideración, fue: *"Si es responsable, pero con la circunstancia de que actuó en un estado de perturbación psicológica momentánea"* (fls. 310 a 312). Para la Sala, y en ello coincide el Procurador Delegado, esta veredicción no afirma, por su tenor literal, la inimputabilidad del procesado.

En efecto. *Una perturbación psicológica, así se acepte que puede quedar comprendida dentro del término "trastorno mental" utilizado por el artículo 31 del Código Penal, no permite, por sí sola, deducir la inimputabilidad del sindicado. Para ello es indispensable que la "perturbación" o "trastorno" sean de tal entidad, que no le hubiera permitido al autor del hecho típico comprender la ilicitud de éste o determinarse de acuerdo con esa comprensión, tal como expresamente lo exige el Código Penal en la norma citada. Por esta razón no se requiere el calificativo de "grave" para el trastorno mental, como sí lo hacía el artículo 29 del estatuto penal de 1936, al referirse a la "anomalía psíquica".*

En el veredicto que se examina el jurado se limitó a afirmar en el procesado la existencia de una "perturbación psicológica momentánea", pero en ningún momento aseveró que tal perturbación le hubiera impedido comprender la ilicitud de su conducta o le hubiera anulado la capacidad de autoregular su comportamiento de acuerdo con esa comprensión. No reconoció, pues, el juri, *la inimputabilidad del sindicado, porque una perturbación psicológica necesariamente no anula ni la capacidad de entender ni la de querer, y mientras ello no suceda, el autor del hecho típico debe ser considerado imputable.*

Nada en el proceso permite vislumbrar siquiera la hipótesis de una posible inimputabilidad de Moreno Villalobos ni hay nada tampoco que autorice a pensar que el jurado quiso afirmarla en su veredicción. El sindicado siempre negó la autoría de los delitos que se le imputaron e idéntica fue la posición asumida por su defensor, quien dedicó todos sus esfuerzos a demeritar la prueba que acusaba a su asistido y finalizó su intervención en la audiencia pidiendo "un veredicto de que mi defendido no es responsable, pues como se ha demostrado en este proceso no hay prueba que lo declare el directo responsable... a Ananías no se le vio disparar, ni siquiera estaba armado" (fl. 309-1). Hasta la hipótesis de la embriaguez, que no encuentra ningún respaldo procesal, fue negada por el mismo incriminado, quien ante el jurado negó que hubiera ingerido licor para el momento de presentarse los hechos.

Así las cosas, esta Sala no encuentra ningún desacuerdo entre los veredictos pronunciados y la sentencia recurrida. El jurado afirmó la responsabilidad del acusado y le agregó una circunstancia que de ninguna manera implica el reconocimiento de su inimputabilidad, y en armonía con esta decisión el juzgado lo condenó a la pena que consideró adecuada, en sentencia que fue confirmada integralmente por el Tribunal.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PARTE CIVIL. PRUEBAS

El hecho de que el juez no haya decretado ni haya practicado oficiosamente las pruebas encaminadas a establecer el monto de los perjuicios ocasionados con la infracción, en nada afecta el derecho de defensa, ni el debido proceso

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

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta número 19.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 9 de octubre de 1985, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia, se condenó a *Didimo López Pineda* como responsable del delito de homicidio a la pena principal de diez años de prisión, a las accesorias correspondientes, y al pago de perjuicios ocasionados, en cuantía de $ 1.253.280.oo.

Antecedentes y actuación procesal:

En los primeros minutos del 14 de enero de 1982 cuando el joven de 20 años José del Tránsito Pineda se hallaba entregado al sueño, fue despertado por voces altaneras y amenazantes contra su progenitor, y al salir de su dormitorio para enterarse del motivo del escándalo habiendo avanzado apenas unos pasos, recibió un impacto de escopeta y una herida con arma cortopunzante que le interesaron el corazón, por lo que falleció en forma instantánea. Los hechos acaecieron en el domicilio del occiso y su familia, en el sitio llamado "Alto Redondo" de la vereda "San Pedro" del municipio de Junín, y como autores del atentado se señaló a Didimo López Pineda y su hijo Raúl López M.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Junín inició la investigación, al cabo de la cual, luego de un primer sobreseimiento temporal para Raúl López, ambos sindicados fueron comprometidos en juicio por homicidio intencional, pero rituada la audiencia pública sólo Didimo López fue condenado con fundamento en el veredicto del jurado de conciencia, que optó a la vez por absolver a aquél.

Además de las penas principal y accesorias el Juzgado del conocimiento —17 Superior de Bogotá—, condenó al procesado a pagar en concreto por perjuicios ocasionados la suma de $ 1.253.280, guarismo éste que había sido provisionalmente liquidado como valor del daño

material con fundamento en el artículo 107 del Código Penal a pedido del abogado defensor, con miras a lograr el desembargo de los bienes ordenando por razón de la investigación, y que el Tribunal confirmó al desatar la apelación interpuesta (fl. 69, cuaderno 3 principal). Como causa de la liquidación que a la postre cobró firmeza, en el fallo figuró el hecho de que los peritos designados en la oportunidad legal para practicar el avalúo se abstuvieron de fijar una suma determinada por perjuicios materiales por no existir en el proceso constancia de que el occiso se hallara trabajando al momento de fallecer, ni prueba documental del daño emergente "tales como gastos de entierro y demás anexos...". El monto de los perjuicios de orden moral reclamado por el apoderado de la parte civil fue acogido sin objeciones, pero en la sentencia el valor de los perjuicios se fijó sin especificaciones en el total en que provisionalmente se habían señalado los de orden material (fls. 320 y 479, cuaderno principal número 1).

La demanda:

El defensor del procesado condenado formula un solo cargo a la sentencia de segundo grado, y lo apoya en la causal 1ª, inciso 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues en su criterio es violatoria de la ley sustancial en forma directa, por "interpretación errónea del inciso segundo del artículo 107 del Código Penal, porque en la tasación de los perjuicios materiales no se tomaron en cuenta los 'factores' de que tal inciso hace mérito sustituyéndolos por hipótesis carentes de respaldo probatorio y contrarias, además, a toda realidad". La condenación al pago de los perjuicios se hizo en forma concreta cuando ha debido hacerse en la abstracta que ordena el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal.

Considera que la tasación se hizo sin respaldo probatorio porque éste no existía en el proceso según lo advirtieron los peritos cuyo dictamen fue puesto en conocimiento de las partes y no objetado. Que el juez hizo un estimativo caprichoso interpretando erróneamente el artículo 107-2 del Código Penal, pues tomó como base el daño social propio de todo delito ya que en el proceso no contaba que el occiso hubiera tenido una ocupación habitual, que hubiera manifestado su capacidad productiva, o que se hubieran efectuado gastos por razón del hecho punible; que se fundamentó en consideraciones ajenas al perjuicio mismo como la culpabilidad y las circunstancias del delito, con las cuales se reemplazaron los factores contemplados en aquella norma.

Admite sin embargo que en el avalúo adelantado por el juez en un "breve párrafo" se mencionó la edad del occiso, su probabilidad de vida hasta los 60 años y la supresión de su capacidad productiva, pero afirma que la parte civil no pudo demostrar las aptitudes y capacidades del occiso para proponer la concreta fijación de los perjuicios.

Solicita la casación parcial del fallo para que se invalide sólo en lo atinente a la condenación en concreto de los perjuicios.

El Ministerio Público:

Su representante en este asunto, el Procurador 3º Delegado en lo Penal, se opone a la prosperidad del cargo planteado por el defensor

ecurrente porque lo considera antitécnicamente formulado, no sólo porque la forma de violación directa aducida, la interpretación errada de la norma sustancial, supone la correcta escogencia de ésta pero un alcance "incongruente con su verdadero significado" por parte del juez, y en el caso a estudio no se discute la procedencia de la forma aplicada, sino porque deduce el actor la violación invocada de la incorrecta apreciación de las pruebas respecto de la indemnización, en argumentación propia de la violación indirecta de la ley sustancial, lo que definitivamente desquicia el reclamo al amparo de la causal invocada, sin embargo, sobre la base de la formación del proceso en su aspecto probatorio formula un cargo al fallo del Tribunal con invocación de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Afirma que se incurrió en nulidad constitucional por desconocimiento de las formas propias del juicio, y que la sentencia debe casarse parcialmente para que la regulación del valor de los perjuicios se practique en abstracto como lo dispone el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal.

En su demanda arguye que el juez instructor no dio aplicación al artículo 380 del Código de Procedimiento Penal porque no abarcó en su investigación las diligencias tendientes a comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados con la infracción, y así desconoció el artículo 334 *ibidem* "que establece el principio de la investigación integral. Que ni en los interrogatorios agotados en la fase sumarial, ni en la oportunidad probatoria de la causa se hizo lo posible por establecer dicho aspecto, y antes por el contrario, imposibilitó a las partes el control y la intervención sobre la prueba pericial" que autoriza el artículo 172 del mismo estatuto porque no dispuso la formulación de cuestionarios por aquellas. Que pese a la inexistencia de esas protuberantes fallas en la investigación, optó por hacer uso del artículo 107 del Código Penal en auto en el que hizo algunas consideraciones de índole probatoria en las que lo prohijó el Tribunal al conocer por apelación aquel pronunciamiento.

Agrega que además la aplicación del artículo 107 del Código penal fue extemporánea por anticipada, pues sólo en la sentencia podía acudirse a dicha norma y que al hacer el avalúo en el momento en que se llevó a cabo se desperdiciaron las posibilidades de cuantificación aún utilizables y "la tarea del juez debió haberse dirigido más al control de la prueba pericial que a su sustitución con mecanismos de equidad". Se imposibilitó entonces el derecho de contradicción, se cerró toda posibilidad de debate al defensor y así se aplicó distorsionadamente el referido precepto a lo cual contribuyó eficazmente el haberle otorgado carácter de firmeza material al auto en que se consignó el avalúo.

Añade que la sentencia omitió consideraciones sobre la persona del occiso, tales como que carecía de descendencia, que sus dos progenitores se beneficiaban de su trabajo, que sólo el papá se constituyó parte civil, que probablemente al organizar su propio hogar hacia los 25 años de edad dejaría de ayudar económicamente a sus padres, que dada la edad de éstos, no le sobrevivirían los 40 años de supervivencia que se le dedujeron al occiso. Que la sentencia desconoció los requisitos de forma en su redacción con lo que se abrió la posibilidad de que los reclamos de los acreedores de la indemnización rebasen el monto seña-

lado, o por el contrario, no puedan exigirla. Aclara finalmente, que l proliferación argumental de su demanda tiene razón de ser en cuant así demuestra la relación entre la violación del derecho sustancial po los yerros del sentenciador y el daño, según expresa; "al derecho pro cesal de la defensa, de la contradicción", y añade que con la violació de los artículos 107 del Código Penal y 26 del Código de Procedimient Penal, se vulneró el 26 de la Constitución Nacional "en cuanto estableci los postulados de legalidad procesal y de defensa" y se desconocieron las formas propias del juicio.

La parte civil:

Al descorrer el traslado de la demanda en su calidad de no recurrente, el apoderado de la parte civil se opuso a la solicitud de casación manifestando su conformidad con el procedimiento empleado en la valoración concreta de los perjuicios hecha por el juez y acogida por el Tribunal y destacando que la misma se fundó en los elementos de juicio que la ley le permitía apreciar discrecionalmente según el artículo 107 del Código Penal. Igualmente descartó la nulidad impetrada por el Procurador Delegado en lo Penal, como causal de casación.

Consideraciones de la Sala:

1. Al traslado de la demanda que dispone el artículo 588 del Código de Procedimiento Penal, el señor Procurador responde rechazando el cargo formulado por el recurrente por hallarlo contrario a la técnica del recurso de casación, y a su vez presente un nuevo cargo, en el que por la vía de la nulidad constitucional invoca la causal 4ª del artículo 580 del mismo estatuto para sugerir la invalidación parcial de la sentencia, el cual estudiará la Sala en su oportunidad, por colegirse directamente del planteamiento hecho por el recurrente.

2. La conclusión del planteamiento del Procurador purifica, en este caso, las consecuencias materiales de orden procesal del cargo que formula, con las que podrían resultar de prosperar el del defensor recurrente, pues ambos persiguen solamente la invalidación parcial de la sentencia: Este, con apoyo en la causal 1ª, mediante el proferimiento de una nueva por la Corte, y aquél con la declaratoria invalidante para que el Tribunal de origen la reemplace en debida forma.

No obstante, ante la posibilidad de que la nulidad alegada afecte el proceso en mayor extensión, se estudiará en primer término, como de ordinario se hace, el cargo que reposa en la causal 4ª.

3. El señor agente del Ministerio Público arguye la violación de las formas propias del juicio con incidencia en el derecho de defensa, y por tanto en la condena en concreto al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción. Varias razones llevan a desechar sus planteamientos, como se verá.

a) *El hecho de que el juez no haya decretado la práctica oficiosa de pruebas encaminadas a establecer el monto de los perjuicios ocasionados con la infracción en nada afecta el derecho de defensa del procesado, pues no es él el interesado en establecer su cuantía, sino la parte civil;*

b) *Por otra parte, el no haberlas practicado oficiosamente tampoco iola el debido proceso, pues la misma ley prevé que "si el daño ma- erial derivado del hecho punible no pudiere avaluarse pecuniariamente, ebido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo or medio de perito, el juez podrá señalar prudencialmente, como ndemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de uatro mil gramos oro", teniendo en cuenta para ello los factores que eñala la misma norma en su inciso segundo (art. 107, C. P.).*

Esto fue precisamente lo que se hizo en el proceso, por lo que mal uede considerarse que se incurre en violación del debido proceso uando se da cumplimiento a un trámite previsto por la ley;

c) *La tasación de esta manera de los perjuicios no fue tampoco iolatoria del derecho de defensa, pues contra ella interpuso el recurso le apelación para ante el Tribunal el defensor del procesado, habiendo ido confirmada en todas sus partes, pues en concepto de la Corpora- ción, estaba apoyada en los elementos de juicio que obraban en el roceso.*

No prospera, por tanto, este cargo.

4. *El cargo del defensor.* Tampoco, y por las mismas razones que aduce el Ministerio Público, está llamado a tener éxito. Envuelve el reproche doble motivo de contradicción que lo hace inepto, pues a la par que plantea una interpretación errónea del artículo 107 del Código Penal, que entonces se aceptaría como bien seleccionado para el caso, discute las bases probatorias que el sentenciador tuvo en cuenta para su aplicación; y así, para demostrar la violación directa de la ley se toman los parámetros clásicos de la violación indirecta.

Reiterativa ha sido la Sala en sede de casación sobre la forma correcta de acusar los fallos de segunda instancia a través de la causal primera del artículo 580; uno de los pronunciamientos es el que a continuación se transcribe:

> Reiteradamente ha dicho esta Sala que cuando se acusa la sentencia con fundamento en la primera causal de casación, "el censor está en el deber de señalar cuál es el carácter de la violación, pues si de la directa se trata su argumentación tiene que edificarse sobre el reconocimiento de la situación fáctica admitida en el fallo, para sólo discutir o controvertir la selección de la norma sustancial o el contenido que a ésta le asignó el juzgador, al paso que en la hipótesis de violación indirecta el recurrente desconoce la realidad probatoria que el fallo admite y debe demostrar el quebranto del precepto legal como consecuencia de error de derecho o de hecho que aparezca ostensible en los autos" (Sentencia, casación de 1º de septiembre de 1983).

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PENA

Establecida la responsabilidad penal procederá el juez en caso de sujeto imputable a determinar la pena, para ello debe guiarse por las reglas establecidas en la ley, sin que le sea permitido proceder arbitrariamente en tal apreciación

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

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 19.

Vistos:

El Tribunal Superior de Armenia en sentencia de diciembre cinco de 1984, confirmó la proferida por el Juzgado Cuarto Superior de dicho Distrito Judicial, en la cual condenó a *Servio Tulio Teherán Tovar*, modificando la pena principal en el sentido de imponerle al procesado la pena de catorce (14) años de prisión e impartiendo aprobación a las restantes determinaciones de primera instancia, entre ellas las accesorias de ley, por los delitos de doble homicidio en el grado de tentativa y hurto calificado. El acusado, interpuso recurso de casación contra el fallo de segunda instancia que fuera concedido por el *ad quem* y declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda que se estimó ajustada a los requerimientos legales establecidos por el legislador y allegada la opinión del Ministerio Público, se procede a resolver lo pertinente dentro de las presentes diligencias que para los efectos del caso se declaran reconstruidas.

Hechos:

Los que generaron el fallo materia de impugnación, ocurrieron, los primeros, el 28 de octubre de 1982 en el sitio conocido como "La Virgen Negra", en jurisdicción de Calarcá (Quindío), cuando el señor Pablo Elías González Gómez fue obligado a descender de un bus de servicio público en el que pretendía transportarse a la ciudad de Florencia (Caquetá), para luego ser despojado de varias de sus pertenencias, y lesionado con disparo de arma de fuego en el pabellón auricular derecho. Los segundos, se consumaron en el Hospital San Juan de Dios de Armenia, donde la víctima aún en estado de convalecencia, fue agredido el 29 del mismo mes y año de manera grave con arma cortopunzante, no obstante lo cual sobrevivió a los ataques inferidos (fls. 7, 8 y ss. Cuaderno de la Corte).

Actuación procesal:

1º Por cada uno de los hechos relacionados se inició investigación penal por separado, en cuyo desarrollo los funcionarios designados para adelantarla decretaron la detención preventiva del implicado y practicaron las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos materia de la averiguación (fls. 10 cuaderno 1, y 3 y 10 del cuaderno 3).

2º El conocimiento de los procesos se atribuyó a los Juzgados Cuarto y Tercero Superior de Armenia que en providencias de abril 29 de 1983 y 21 de enero de 1984, dictaron auto de proceder por los delitos de homicidio y homicidio y hurto respectivamente en contra de Servio Tulio Teherán Tovar. Apelado el primer enjuiciamiento fue confirmado por el Tribunal Superior con sede en la citada localidad (fls. 95 cuaderno 1, 34 cuaderno 2 y 117 cuaderno de la Corte).

3º Tramitada la etapa de la causa para cuyos efectos las dos investigaciones se acumularon ante el Juzgado Cuarto Superior objeto de referencia, el 8 de agosto de 1984 se celebró diligencia de audiencia pública al transcurso de la cual el jurado respondió por unanimidad y de manera afirmativa las tres cuestiones que le formuló el juez de derecho frente a la responsabilidad del acusado (fls. 64 y ss. cuaderno 3).

4º En agosto 24 del mencionado año el juez del conocimiento acogiendo el fallo de los jueces populares, condenó a Servio Tulio Teherán Tovar a la pena principal de dieciocho (18) años de prisión y a las accesorias de ley por los delitos de doble homicidio en el grado de tentativa y hurto calificado. Apelada esta decisión fue confirmada en lo sustancial por el Tribunal de Armenia, con la única modificación de reformar la pena de prisión en el sentido de reducirla a catorce (14) años.

La demanda de casación:

Dentro del marco de las causales 4ª y 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, señala el actor que la providencia impugnada se profirió en juicio viciado de nulidad, y, que es violatorio de manera directa de la ley sustancial.

a) *Nulidad supralegal:* Señala que la sentencia recurrida violó de manera ostensible el derecho de defensa del procesado consagrado en los artículos 1º del Código Penal y su similar del ordenamiento procedimental, ya que, el ofendido o lesionado, se reunió y conversó con los miembros del jurado en un receso de la diligencia de audiencia pública, contrariando la prohibición legal sobre el particular, con lógico detrimento de los intereses de su representado;

b) *Violación de la ley sustancial:* Advierte en este punto el censor, que el Tribunal al imponer a Teherán Tovar una pena privativa de la libertad de catorce (14) años de prisión como responsable de los delitos materia del procesamiento, con aplicación de los artículos 324, 22, 27 y 28 del Código Penal, les dio un entendimiento equivocado, un sentido errado y les hizo producir efectos punitivos que no tienen, señalando en consecuencia una pena que excedió los límites legales.

Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Sala:

El actor impugna la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Armenia por la vía de las causales cuarta y primera de casación de las cuales se ocupa la Sala en su orden lógico.

Causal cuarta:

Cargo único: Al amparo de esta causal considera el demandante que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad ya que éste se produjo violando abiertamente el derecho de defensa por cuanto el ofendido se reunió y conversó con los miembros del jurado de conciencia en un receso de la diligencia de audiencia.

Sobre el particular encuentra la Sala que la regulación del jurado de conciencia por parte de la ley procesal es suficientemente clara en este aspecto sobre el cual sustenta su impugnación el actor, en efecto, dos normas son pertinentes para resolver el asunto: La primera de ellas es la relativa a la prohibición expresa —de tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como jueces—, que le impone a los jueces de conciencia el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal y la segunda la contenida en el artículo 560, disposición que establece la fórmula del juramento en la que además de exhortar al jurado a consultar sólo su conciencia en la decisión que han de tomar, les recuerda la prohibición de comunicarse con personas distintas a los miembros del jurado sobre la causa sometida a su consideración. Conforme a la literalidad de las normas referidas, la prohibición que pesa sobre los jueces de conciencia es la de conversar o intercambiar opiniones o pareceres con personas ajenas al jurado de conciencia sobre aspectos relativos al proceso que está a su consideración.

En el caso que nos ocupa, es cierto que durante un receso el señor Pablo Elías González Gómez, víctima de los delitos objeto del proceso, conversó con dos de los miembros del jurado sin que como el mismo demandante lo acepta se conociera el contenido de esa conversación, ni siquiera el sentido de la misma y no existe en el proceso prueba indicadora de ello. Entre otras razones porque el veredicto del jurado al declarar responsable al procesado consulta en un todo la realidad probatoria sin que quepa la más mínima duda de la justicia de tal decisión.

Siendo las cosas así, las prevenciones del defensor del procesado tanto en el momento de la audiencia como en sede de casación al afirmar que los jurados "habían acordado, conversado y convenido con el ofendido Pablo Elías González, que debían responder afirmativamente", son sólo suposiciones sin fundamento lógico ni jurídico dentro del proceso.

Por ello, no prospera el ataque a la sentencia de segunda instancia por esta causal, ya que como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, las conversaciones entre los miembros del jurado con otras personas están prohibidas sólo en cuanto se refieren al proceso y a la decisión que han de tomar, y claro está deben ser suficientemente demostradas

en su realización como en su contenido para que pueda prosperar la irregularidad propuesta.

Causal primera:

Cargo único: Dentro del marco de esta causal el actor alega violación de la ley sustancial por interpretación errónea de los artículos 324, 22, 26, 27 y 28 del Código Penal por parte del juzgador de segunda instancia quien al aplicarlos "les dio un entendimiento equivocado, un sentido errado y les hizo producir efectos punitivos de los que carecen".

Sobre el particular se tiene que, *establecida la responsabilidad penal, procederá el juez en caso de sujeto imputable determinar cualitativamente y cuantitativamente la pena a imponer en el caso concreto; para ello debe guiarse por las reglas establecidas por la ley penal sin que le sea permitido proceder arbitrariamente en tal operación.*

Lo primero que debe observarse es que para cada modalidad delictiva la ley ha señalado un mínimo y un máximo punitivo, dentro del cual debe moverse el juez sin salirse de ellos, salvo que se presenten fenómenos tales como la coparticipación en grado de complicidad (24), tentativa (22), concurso (26), exceso en las causales de justificación (30), delito emocional (60) o delito cometido contra empleado oficial (962); pues en tales circunstancias la prevencia de estos factores hace que en ocasiones se impongan penas inferiores al mínimo o superiores al máximo según el caso.

Además los artículos 61 y 67 del Código Penal le indican al juez la forma de aplicación racional de la pena, recordándole que debe tener en cuenta al hacerlo la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación, la personalidad del agente, en caso de tentativa el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, en la complicidad la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda y en el concurso el número de hechos punibles; por su parte la última de las normas citadas, señala que sin perjuicio de lo indicado en el artículo 61 sólo se podrá aplicar el mínimo señalado en la respectiva disposición, cuando solamente concurran circunstancias punitivas y el máximo cuando solamente concurran circunstancias de agravación.

Para el correcto entendimiento de la norma últimamente citada debe decirse que sólo se puede aplicar el mínimo previsto en los casos en que concurran solamente circunstancias de atenuación, pero ese solo hecho, la concurrencia exclusiva de circunstancias de atenuación, no conlleva la obligación para el juez de imponer el mínimo, porque el análisis del caso conforme al artículo 61 pueden hacer aconsejable la aplicación de pena mayor, tal conclusión se desprende de la expresión "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61", que aparece al final de la norma comentada.

Por otra parte "cuando el enjuiciado sea declarado penalmente responsable de un concurso delictivo, la tarea de dosimetría punitiva que el juzgador ha de efectuar, debe partir por mandato legal de la disposición normativa que señale la pena más grave, entre las varias atribuibles al procesado; la gravedad de la pena ha de medirse cualitativamente; por el primer aspecto la prisión es más grave que el arresto;

el segundo estará referido a la mayor cantidad de pena privativa de la libertad prevista entre los varios delitos concurrentes de la misma especie sancionadora o respecto del delito con pena principal cualitativamente más gravosa; si los delitos en concurso tuvieren prevista pena principal de carácter pecuniario, el delito más grave será el que tenga señalado un máximo mayor de multa. Determinado así el delito base, se procederá a dosificar la pena correspondiente teniendo en consideración todos los factores señalados por el artículo 61 del Código Penal. Hecha esta concreción punitiva, aumentará dicha pena de acuerdo con el número y gravedad de los demás delitos concurrentes; sin embargo, al realizar esta labor tendrá en consideración tres limitaciones complementarias: Conforme a la primera, la pena del delito base no podrá incrementarse más allá del máximo previsto para aquél (art. 26 del C. P.); el "otro tanto" que menciona el artículo 26 no se refiere a la pena aplicable por el delito base, sino al máximo de la establecida para éste; de acuerdo con la segunda, el monto total de la pena imponible por todos los delitos en concurso no podrá exceder de la suma que correspondería fijar para cada uno de los delitos concurrentes si se sancionasen en forma separada, limitación ésta explicable porque la institución del concurso delictivo se inventó precisamente para eludir la suma aritmética de penas (esa es la esencia de la llamada acumulación jurídica de penas).

Conforme a la tercera limitante, en ningún caso, la pena privativa de la libertad, que resulte de las operaciones precedentes dentro del mecanismo punitivo concursal, podrá superar los treinta (30) años (art. 28, C. P.), máximo tope previsto para la pena de prisión en el actual estatuto punitivo (art. 44). "C. S. de J. Casación, julio 2 de 1985. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía".

Con relación a este aspecto de la demanda recuérdese que al condenado Teherán Tovar se le encontró penalmente responsable de un concurso de hechos punibles consistentes en doble tentativa de homicidio agravado por las causales 2ª y 7ª del artículo 324 del Código Penal y por hurto calificado y agravado por cometerse dentro del numeral 1º del artículo 350 y los numerales 4, 5 y 10 del artículo 351 del Código Penal. Sobre esta base el Juzgado Superior le señaló como pena principal dieciocho (18) años de prisión, para ello ese despacho partió del primer delito de homicidio agravado por la circunstancia del numeral 2º del artículo 324 y guiándose por los artículos 22 y 61, señaló para éste doce (12) años y aumento en seis (6) más por el concurso del hurto calificado y agravado y la otra tentativa de homicidio. Por su parte el Tribunal Superior al revisar la sentencia disminuyó la sanción a catorce (14) años, partiendo de diez (10) años para el primer delito de homicidio agravado en grado de tentativa y aumentado en cuatro años por los restantes.

Conforme a lo anterior debe concluirse que no le asiste razón al recurrente por cuanto el juzgador no estaba obligado legalmente a partir del mínimo previsto para el delito base, como lo afirma equivocadamente el actor, sino que conforme a lo señalado en el artículo 61, consideró pertinente partir de diez (10) años y aumentar cuatro (4) años más por el concurso, tal decisión está perfectamente ajustada a lo dispuesto por los artículos 324, 22, 26, 349, 350, 351, 61, 64, 66 y 67

del Código Penal. Ahora bien, en cuanto a las tres limitaciones propias del concurso se tiene que en primer término la sanción impuesta no viola la prohibición del artículo 28, por cuanto no es superior al límite de treinta años señalado allí. Tampoco es superior a la suma aritmética de las penas que le corresponderían individualmente por cada delito por cuanto ella sería de por lo menos 24 años así: 20 por las dos tentativas de homicidio agravado y 4 por el hurto calificado y agravado. Por último el incremento impuesto por el concurso no supera el doble del delito base.

No prospera el cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. Técnica

En la violación directa de la ley por aplicación indebida el error recae en la escogencia de la norma aplicable y el petitum de la demanda deberá contener la infirmación total o parcial del fallo y proponer la decisión que la Corte debe tomar en el evento, de que prospere el recurso

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

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 19.

Vistos:

Reconstruido en lo posible este proceso, procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Quinto del Tribunal Superior de Cali contra la sentencia de 12 de marzo de 1985 por medio de la cual esa Corporación confirmó la dictada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad condenando al procesado *Ancízar Díaz* a la pena principal de veinticuatro meses de prisión y multa de un mil pesos a favor del Tesoro Nacional.

Presentada la demanda, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se abstuvo de hacer uso de la atribución conferida por el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Antecedentes:

La tarde del cuatro de diciembre de 1983 en un sector del Barrio "Mariano Ramos" de la ciudad de Cali, agentes de la Policía Nacional aprehendieron al sujeto Ancízar Díaz en cuyo poder le encontraron una bolsá plástica que contenía 49 y ½ gramos netos de marihuana poniendo al capturado, junto con la sustancia incautada, a disposición de una inspección de policía.

El Juzgado Treinta Penal Municipal de esa ciudad, inició la investigación oyendo en indagatoria al sindicado quien negó la tenencia de la sustancia decomisada explicando que su captura se debió al hecho de llevar puestas unas botas militares de las que fue despojado.

Clausurada la etapa investigativa el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cali por auto de 6 de marzo de 1984 calificó el mérito del sumario llamando a responder en juicio al procesado por el delito descrito en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 consistente en llevar consigo o conservar marihuana (fls. 37 a 42 del cdno. de co-

pias), pronunciamiento apelado por el acusado y confirmado por el Tribunal Superior de Cali mediante el suyo de 28 de septiembre del mismo año, con la modificación de que la conducta imputada se adecuaba al tipo del artículo 17 del citado Estatuto Nacional de Estupefacientes, por ser la norma más favorable en estos casos y porque nadie conserva esa cantidad en su poder si no es porque la cultiva, usa o negocia (fls. 51 a 54 *ibidem*).

Rituado el juicio sobre estas bases, el juzgado del conocimiento le puso término condenando a Ancízar Díaz a la pena principal de veinticuatro meses de prisión y multa de un mil pesos a favor del Tesoro Nacional, fallo consultado con el Tribunal Superior y por éste confirmado sin ninguna modificación, mediante el que es objeto del recurso de casación.

La demanda:

En escrito presentado el 21 de agosto de 1986, con motivo de la reconstrucción del proceso, el fiscal recurrente acogiéndose a la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia de ser violatoria, en forma directa, de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 37 del Decreto 1188 de 1974, reparo que fundamenta en las siguientes consideraciones:

Establecido en autos que el procesado fue sorprendido llevando consigo la sustancia estupefaciente en cantidad superior a la dosis personal, su conducta se adecuaba típicamente a la normatividad del artículo 38 del citado Estatuto Nacional de Estupefacientes que reprimía dicho comportamiento con un mínimo de tres años de pena privativa de la libertad y cinco mil pesos de multa.

El Tribunal Superior equivocadamente ubicó los hechos en el artículo 37 "por considerar que el enjuiciado debía responder en juicio por conservación de planta, deducción que se hace porque el artículo siguiente, el 38, también utiliza el mismo verbo rector pero se olvida que una cosa es la planta, y otra cosa diferente es lo que ella produce. En otras palabras, es confundir las partes con el todo.

"El artículo 37 del decreto citado al expresar, el que 'cultive o conserve planta...' está incluyendo no sólo al cultivador, quien es el que le dedica 'a la tierra y a las plantas las labores necesarias para que fructifiquen', sino también a aquél que sin cultivar, permita que la planta siga su desarrollo normal de vida, es decir, no la destruye o arranca, pero sí la vigila o simplemente cuida de su permanencia. Y si ese es el significado claro y castizo de los términos cultivar y conservar planta, no tiene ningún valor darle a la norma otro sentido. Es decir, el legislador no tuvo ninguna duda en castigar con esta disposición del artículo 37 del Decreto en estudio, a la persona que cultive o conserve planta...".

No obstante que las comentadas disposiciones (arts. 37 y 38) utilizan el mismo verbo rector "conservar" eso no impide distinguir que para la primera disposición, la acción recae sobre el sustantivo planta, mientras que en la segunda disposición la acción está dirigida hacia

la droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, sin que nada tenga que ver con la planta".

Sintetizando el alcance de la impugnación, expresa:

"Por lo visto, el honorable Tribunal Superior incurrió en la causal primera, cuerpo primero, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, violación directa de la ley penal sustantiva, por indebida aplicación del artículo 37 del Decreto 1188 de 1974, porque el enjuiciado es responsable del porte de la sustancia denominada marihuana en cantidad superior a la dosis personal 59 gramos, hecho punible que está consagrado en el artículo 38 del mencionado decreto, norma ésta que debió ser la base de los cargos formulados en el auto de proceder, y no el artículo 37, puesto que el procesado no cultivó ni conservó planta de la marihuana, sólo se le halló la sustancia como ya se anotó. Pero como en el pliego de cargos, no se le formularon al procesado Ancizar Díaz los relacionados con llevar consigo la marihuana, no sería del caso una condena por estos hechos, y lo legal es pronunciar en su favor sentencia absolutoria, al casar la decisión impugnada, la honorable Corte Suprema de Justicia, lo cual solicito, respetuosamente".

Consideraciones de la Corte:

Incuestionable resulta, que el procesado Ancizar Díaz fue sorprendido llevando consigo cierta cantidad de sustancia estupefaciente (marihuana) cuya tenencia o posesión negó a las autoridades que lo interrogaron sobre su procedencia, hecho éste que el Tribunal Superior acogió como soporte fáctico de la sentencia de condena.

El fiscal recurrente acepta dicha fundamentación expresando claramente *que la conducta asumida por el incriminado no se adecúa al tipo penal que describía el artículo 37 del Decreto 1188 de 1974 por el cual fue juzgado y condenado, sino al 38 del mismo Estatuto que reprimía ese comportamiento con pena privativa de la libertad de mayor duración.*

Es decir, muestra su conformidad con los hechos que dio por demostrados el sentenciador poniendo de manifiesto el error de selección en que incurrió al aplicar al caso probado una norma sustancial que no era la llamada a solucionarlo.

Inobjetable se ofrece así el planteamiento de la censura, pero, ocurre que la petición de infirmación del fallo acusado resulta ilógica inconsecuente con las argumentaciones del recurrente.

En efecto, se aduce, en la demanda que el hecho investigado es constitutivo de delito (art. 38 del Decreto 1188 de 1974) pero por una falsa adecuación típica o por un error de subsunción se aplicó en la sentencia una norma sustancial que no traduce los hechos en ella reconocidos con lo que el Tribunal Superior aplicó en forma indebida el artículo 37 del mismo Estatuto, razonamiento del cual se concluye pidiendo la sustitución del fallo de condena por una absolución.

En la violación directa de la ley por aplicación indebida, hipótesis a la que se acogió el demandante, el error recae en la escogencia de

la norma aplicable, vale decir, en la adecuación de ella al caso probado por no ser la que lo contempla, situación que comporta la inaplicación de la que realmente le corresponde.

Siendo el petitum *de la demanda, la conclusión lógica de las premisas sentadas en la causa* petendi, *el recurrente debe impetrar la infirmación total o parcial del fallo impugnado proponiendo la decisión que la Corte debe tomar en el evento de que prospere el recurso, cuidándose, eso sí, de que la petición sea concordante y armónica con los planteamientos esbozados.*

La forma como aparece diseñada la demanda llevaría a la sustitución de la sentencia acusada por una de condena a mayor pena privativa de la libertad conforme a las normas sustanciales vigentes para la época de los hechos sucedidos, al paso que el petitum *desemboca en una absolución.*

Las argumentaciones quebrantan el principio de no contradicción en forma manifiesta, pues se admite que la conducta del sujeto agente es de todos modos violatoria del Decreto 1188 de 1974, que ha debido sancionársele con mayor rigor punitivo, al ubicar su comportamiento en otra especie dentro del mismo fuero del delito, pero concluye solicitando una absolución.

No es posible admitir la impunidad de estos hechos con el simple argumento de que como en el auto de proceder no se le formuló al acusado el cargo de "llevar consigo" marihuana, lo procedente es absolverlo. La razón es obvia. Si el impugnador acepta expresamente que la conducta del agente es típica, antijurídica y culpable y lo sigue siendo frente a la nueva legislación penal, aunque con menor rigor punitivo (art. 33 de la Ley 30 de 1986), resulta jurídicamente inconcebible reemplazar la condena por una absolución.

La Corte, en sede de Casación, no puede corregir los desvíos de la demanda, suplir sus deficiencias, enderezar la acusación, ni suplantar la voluntad del demandante yendo más allá de sus pretensiones, máxime que en el presente caso no vislumbra la existencia de una nulidad insubsanable por error en la denominación jurídica de la infracción pues el yerro en que indudablemente incurrió el Tribunal —claro y manifiesto— al subsumir el porte de marihuana dentro de la norma que sanciona su cultivo y advertido por el censor, apunta a una equivocada ubicación de tipos en su especie dentro del mismo género delictuoso.

La deficiente presentación del cargo, y la inconsecuencia de su pedimento impiden que éste fructifique.

No prospera la impugnación.

Decisión:

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida por el Fiscal Quinto del Tribunal Superior de Cali, de fecha y origen consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Tratándose de pruebas sujetas a la libre apreciación del juzgador como el testimonio, la pericia y el indicio no necesario, entre otras, no procede alegar error de derecho por falso juicio de convicción, porque en esta materia el ordenamiento procesal penal, deja a la discrecional apreciación del juzgador la valoración de tales elementos de convicción

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

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 18.

Vistos:

Agotado el trámite legal, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Hernando Russi Daza* contra la sentencia de dieciocho de abril de 1986 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó, con algunas modificaciones, la dictada por el Juzgado Veintinueve Superior de esta ciudad, que lo condenó a la pena principal de trece meses de prisión como responsable del delito de falsedad en documento privado.

Antecedentes:

En los últimos meses del año de 1978, el capitán (r.) Hernando Russi Daza promovió ante el Juzgado Cuarenta y cinco Civil Municipal de Bogotá, proceso de lanzamiento contra el señor Antonio Parada Díaz para la restitución del inmueble de la Avenida 5ª número 43-91 de esta ciudad acompañando como prueba un contrato de arrendamiento que fue tachado de falso por el demandado, quien le formuló denuncia penal por este hecho.

Manifestó el denunciante que su vinculación con el predio del denunciado se originó en un contrato de celaduría y no en uno de arrendamiento el que jamás suscribió y que propuesta la tacha de falsedad dentro del proceso de lanzamiento el demandante desistió de la acción instaurada comprometiéndose a cancelarle el valor de sus salarios y prestaciones sociales, cumpliendo a medias lo pactado.

Ratificada la acusación, el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal inició la investigación oyendo en indagatoria al sindicado Russi

aza, diligencia en la que aceptó haber firmado un contrato de celaduría con Parada Díaz el que posteriormente se transformó por voluntad de las partes en uno de arrendamiento mediante formato, cuyo original firmó en blanco el denunciante por intermedio de una hermana suya, explicando que un abogado lo convenció para que desistiera de la demanda de lanzamiento, a fin de que Parada le entregara el lote que ocupaba reconociéndole el valor de sus prestaciones, parte de las cuales le canceló sin que le desocupara el inmueble (fls. 59 a 62 del cuadernoprincipal).

El funcionario instructor tomó dictados manuscritos a los firmantes del documento dubitado, los que remitió junto con el contrato original al Instituto de Medicina Legal para el respectivo cotejo grafológico.

Los peritos grafólogos estimaron necesario, antes de emitir concepto de fondo, la presencia de nuevas grafías del número y lugar de expedición de la cédula de ciudadanía correspondiente al señor Parada Díaz y de documentos en que éste hubiera ejecutado su signatura, sugerencia acogida por el juez tomando nuevo dictado y allegando dos libretas de calificaciones por él suscritas.

Con tales elementos de juicio la experta grafóloga del Instituto de Medicina Legal conceptuó que la firma estampada en el contrato de arrendamiento como "Antonio Parada Diaz" era apócrifa (fl. 150 *ibidem*). El apoderado del sindicado objetó por error grave dicho dictamen mediante incidente que culminó con providencia de 25 de agosto de 1982 por la que el Juzgado 29 Superior de Bogotá declaró infundada la objeción (fls. 1 a 15 del respectivo cuaderno).

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Superior calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio del procesado por el delito de falsedad en documento privado; pronunciamiento apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá (fls. 167 a 180 y 209 a 215 *ibidem*).

En la etapa probatoria del juicio el juzgado del conocimiento negó por inconducente la práctica de nuevo dictamen grafológico y algunas de las pruebas solicitadas por las partes decretando la recepción de otras que estimó conducentes.

Finalmente, puso término al juicio condenando al acusado a la pena principal de trece meses de prisión, fallo que consultado con el Tribunal Superior por haber sido declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por el defensor, fue confirmado con algunas modificaciones por esta Corporación, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

En el marco de las causales primera y cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se formulan varios cargos a la sentencia impugnada, así:

Causal primera:

Bajo el rótulo de "Primer cargo" se acusa la sentencia de ser violatoria, en forma indirecta de la ley, por errores de hecho y de derecho en la apreciación del caudal probatorio, tacha que el demandante desarrolla a través de los siguientes reproches:

1º El Tribunal Superior dio valor de plena prueba al dictamen rendido por la perito grafóloga del Instituto de Medicina Legal a pesar de que el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, no le asigna dicho valor siendo producida la experticia sin el lleno de las formalidades del artículo 269 *ibidem* "pues omite hacer referencia al estado físico y psíquico de las personas cuya escritura fue analizada lo que necesariamente implica considerar su estado de salud corpóreo y mental, habida consideración de la edad respectiva, preparación intelectual, etc., factores todos que no aparecen y brillan por su ausencia en el análisis de la grafóloga forense" y la misma experta que le suscribe aparece respondiendo la impugnación y defendiendo sus puntos de vista frente a los serios reparos que hace a dicha prueba el dictamen rendido por el Instituto Privado de Investigaciones Forenses.

"Al conceder la sentencia impugnada —agrega el actor— entidad de plena prueba al experticio grafológico ya referido en una de las premisas que sirven para fundamentar el fallo, se está violando por omisión el artículo 278 del ordenamiento procesal penal que claramente estatuye que el dictamen de peritos no es por sí plena prueba", generándose de tal modo un evidente error de derecho.

2º El sentenciador de segunda instancia por un "falso juicio de convicción" interpretó equivocadamente el hecho de que el procesado hubiera presentado desistimiento de la acción de lanzamiento por él instaurada, sin tener en cuenta que ese proceder se justificaba por la relación contractual existente entre denunciante y denunciado, originada en la sucesiva celebración de contratos de coladuría y arrendamiento sobre el inmueble de propiedad del segundo de ellos y en las circunstancias de que Russi Daza accedió a las pretensiones económicas de Parada Díaz para transar por escrito la entrega de la casa-lote ante la posibilidad de la negación con un tercero y la tacha de falsedad del documento había sido presentada extemporáneamente, cuando procesalmente el contrato de arrendamiento había adquirido carácter de auténtico conforme a los términos del artículo 289, en concordancia con el 252-3 del Código de Procedimiento Civil.

3º El Tribunal Superior dio plena credibilidad al testimonio rendido por la señora Hilda de Parada en el sentido de haber firmado en blanco el papel correspondiente al recibo de pago del canon de arrendamiento del inmueble por el mes de mayo de 1978, cuya copia al carbón obra en autos, no obstante que se trataba de la esposa del denunciante interesada en favorecerlo con su dicho. Interpretó erróneamente esa prueba al asignarle un valor probatorio que no tiene con lo que infringió el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal.

4º La sentencia desconoció "toda entidad probatoria" al cuestionado recibo de pago sobre la base de que fue presentado por el procesado solamente en la etapa del juicio pasando inadvertida la constancia secretarial visible al folio 435 del cuaderno original en la que

ilda de Parada manifestó haber firmado ese escrito con lo cual ontradice su propia versión de haberlo firmado en blanco. Así se uebrantaron los artículos 216 y 236 del Código de Procedimiento enal.

5º Del mismo modo, fueron desconocidos los testimonios vertidos or Julia y María Beatriz Russi Daza, hermanas del sindicado, quienes anifestaron encontrarse acompañadas en su apartamento por otras ersonas cuando Antonio Parada Díaz firmó ante ellas el contrato de rrendamiento, con el equivocado argumento de ser contradictorios.

"Es protuberante el error de hecho que comete el Tribunal al preciar la prueba testimonial al darle un valor que no tiene, del que arece, con desmedro y detrimento del derecho sustancial por inbida aplicación de la norma sustancial, viola así por aplicación indebida los artículos 215, 236 del Código de Procedimiento Penal y 8º del Código Penal, de igual manera el artículo 26 de la Constitución Nacional.

6º Tampoco el Tribunal sentenciador reconoció valor probatorio lguno a las declaraciones de Elsa María Quintero, Alirio Roa Bernal y Carlos Arturo Gamboa Luengas, personas que dieron cuenta de la existencia del contrato de arrendamiento celebrado entre las partes argumentando equivocadamente que se trataba de testimonios poco reíbles por no ser absolutamente uniformes.

Concluye el demandante, solicitando casar la sentencia recurrida para que se profiera un sobreseimiento definitivo en favor del procesado por aparecer plenamente comprobado que el hecho no ha existido o, en subsidio, uno de carácter temporal por no darse en su contra la prueba requerida para comprometerlo en juicio.

Causal cuarta:

Nulidad de origen constitucional por desconocimiento del derecho de defensa del procesado e inobservancia de las formas del debido proceso, reparo que formula el censor a través de diferentes enfoques.

Aduce en primer lugar, que el testimonio del abogado César Augusto Parra Vélez señalado como el apoderado del futuro comprador del inmueble de propiedad del sindicado y en su condición de tal, podría testificar sobre el verdadero sentido de la transacción laboral y del desistimiento de la acción de lanzamiento, no fue oído en declaración a pesar de haberse ordenado dicha prueba con lo que se limitó el derecho de defensa del procesado y se quebrantó el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal que obliga al funcionario instructor a investigar con igual celo tanto la favorable como lo desfavorable al acusado.

En segundo término afirma que la solicitud de un nuevo dictamen grafológico formulada en repetidas oportunidades por el agente del Ministerio Público, el procesado y su defensor contó con la negativa del juzgado del conocimiento so pretexto de que el dictamen producido había sufrido el trámite incidental de impugnación y no era necesaria nueva pericia sobre el mismo punto, resultando el fallo "fundamentado con notoria ausencia de nuevos elementos de juicio, que

de haberse permitido que fueran aportados hubieran incidido notablemente en la fundamentación de la resolutiva, produciendo una sentencia de mejor criterio valorativo, tanto de los hechos, como del elemento subjetivo de la conducta del procesado, resultando así una preturberante violación sin justificación alguna del artículo 26 de la Constitución Nacional, 8º del Código Penal y 1º del ordenamiento procesal.

Consecuente con dichos planteamientos solicita la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal luego de criticar el desorden en la presentación de los cargos los examina uno a uno, comenzando en orden lógico por la causal cuarta de casación para concluir que ninguno de ellos está llamado a prosperar, solicitando no casar la sentensia recurrida.

La Sala se referirá a las argumentaciones del agente del Ministerio Público al estudiar los reproches hechos al fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte:

Causal cuarta:

Primer cargo: El derecho de defensa del procesado no resulta afectado o conculcado cuando el funcionario instructor o el juez del conocimiento han hecho lo posible por atender las peticiones probatorias del procesado o la defensa por los medios legales a su alcance procurando el oportuno recaudo de las pruebas decretadas, como tampoco, cuando el juez rechaza por extemporáneas las pedidas fuera de término.

Además, como lo recuerda el Procurador Delegado apoyado en doctrinas de la Sala, esta inalienable garantía de arraigo constitucional sólo sufriría quebranto en el evento de que las pruebas omitidas o denegadas fueran de tal modo trascendentales que su incorporación al proceso hubiera decidido la suerte del acusado demostrando su inocencia o morigerando los rigores de la imputación.

En el presente caso es incuestionable, que ordenada la recepción del testimonio del doctor César Augusto Parra Vélez, el funcionario instructor en tres oportunidades se dirigió telegráficamente a la dirección registrada solicitando la comparecencia del testigo para oírlo en declaración, con resultados negativos como aparece de las constancias procesales de folios 72, 81, 97, 110, 114 y 137 del cuaderno principal, circunstancia que como es obvio, impidió la práctica de dicha prueba en la etapa sumarial.

También lo es, que vencido el término probatorio de la causa y en momento en que se adelantaba la audiencia pública, la defensa insistió en su producción mediante petición rechazada por extemporánea de conformidad a lo previsto en los artículos 502 y 513 del Código de Procedimiento Penal, argumentando el juez del conocimiento que un decreto en tal sentido significaría la intromisión de una segunda etapa

probatoria no reglamentada en nuestro estatuto procedimental penal (fls. 333 y 374 *ibídem*).

El testimonio omitido por circunstancias ajenas a la voluntad de los funcionarios de instrucción aludía posiblemente al arreglo laboral a que llegaron denunciante y denunciado y al consiguiente desistimiento por parte de éste de la acción de lanzamiento instaurada, hechos a los cuales se refirieron ampliamente Parada Díaz y Russi por lo que su presencia en los autos no hubiera significado un cambio favorable en la situación jurídica del procesado puesto que, como anota el Procurador Delegado, los hechos conocidos por el testigo renuente en nada incidirían sobre aspectos fundamentales de la acusación concretada a la falsificación de la firma del presunto arrendatario.

No prospera el cargo formulado.

Segundo cargo: Acertadamente replica el Procurador Delegado que la negativa del juez a ordenar un nuevo dictamen grafológico para enfrentarlo al producido con las formalidades legales no puede entenderse como un recorte arbitrario del derecho de defensa, pues el emitido por la perito grafóloga del Instituto de Medicina Legal, tenido como soporte de la sentencia impugnada, cumplió con los requisitos de publicidad y contradicción; la defensa consintió la providencia que declaró infundada la objeción propuesta y el juez, dentro de las atribuciones que le confiere el artículo 276, inciso final, del Código de Procedimiento Penal, oficiosamente solicitó a la grafóloga oficial ampliación o aclaración del dictamen rendido frente a los reparos formulados por un perito particular reafirmándose en su concepto de que la firma dubitada como las grafías explicativas de la respectiva cédula de ciudadanía "fueron producidas mediante *imitación* de las autógrafas y acopios escriturales del señor Parada Díaz (fls. 312, 348 y 366 *ibídem*).

Tampoco prospera la impugnación.

Causal primera:

Una visión panorámica de la demanda en este punto pone de manifiesto la absoluta omisión, por parte del demandante, del señalamiento de normas sustanciales que pudieron resultar quebrantadas con los errores probatorios atribuidos al sentenciador, como la forma en que tales preceptos pudieron ser infringidos, falla protuberante de técnica que hace defectuosa la impugnación impidiendo que fructifique.

Sin embargo, la Sala examinará los distintos cargos formulados a la sentencia en el marco de esta causal de casación agrupando aquellos que por su marcada identidad deben ser analizados en conjunto.

Primer cargo: Es evidente, como pone de presente el señor Delegado, que el impugnador confunde las distintas hipótesis del error de derecho y los conceptos de falso juicio de legalidad y convicción de la prueba sin lograr ubicar a cuál de ellas corresponde el yerro en la apreciación del dictamen pericial rendido por la experta grafóloga del Instituto de Medicina Legal, pues de una parte afirma que dicha prueba fue tenida en cuenta por el fallador a pesar de haberse producido sin

el lleno de las formalidades legales y de la otra, predica que se le asignó un valor probatorio que la ley no le reconoce.

La doctrina ha entendido que el falso juicio de legalidad se produce cuando se niega validez a una prueba legalmente producida, o se le otorga mérito probatorio a la que no reúne las exigencias de la norma que disciplina su aducción y el falso juicio de convicción se da cuando a la prueba regularmente producida se le niega el valor probatorio reconocido por la ley o se le otorga un valor que no le corresponde.

En cualquiera de estas hipótesis, el recurrente en casación debe demostrar que el error probatorio es manifiesto y trascendente, pues, "no basta cualquier error, sino aquél que decisivamente gravita sobre los elementos estructurales del delito, o sobre las pruebas determinantes, eximentes o modificadoras de la responsabilidad o demostrativas de circunstancias que hayan influido en la individualización de la pena" (Cas. agosto 23 de 1969).

En el caso puesto a consideración de la Corte, no cabe duda que dada la naturaleza del dictamen rendido, el perito grafólogo no estaba obligado a referirse al estado físico-síquico de las personas a las cuales se les tomaron muestras manuscriturales para comparar sus grafismos con la firma dubitada por tratarse de un aspecto totalmente extraño al cotejo grafotécnico y que dicha previsión no condiciona la existencia o validez de la prueba según los términos del artículo 269 del Código de Procedimiento Penal, norma que se limita a dar pautas o derroteros en la actuación de los peritos.

Por lo demás, olvida el censor que *tratándose de pruebas sujetas a la libre apreciación del juzgador como el testimonio, la pericia y el indicio no necesario, entre otras, no procede alegar error de derecho por falso juicio de convicción sobre la base de que se le asignó a la prueba un mérito probatorio que no tiene, pues ello no es posible toda vez que en esta materia el ordenamiento procedimental penal, deja a la discrecional apreciación del juzgador la valoración de tales elementos de convicción.*

El artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, que se ocupa del tema no fija ningún valor específico al dictamen del perito sino que, defiere su apreciación a la capacidad razonadora del juzgador con la condición de que exprese claro y precisamente los fundamentos en que apoya su decisión.

Los jueces de instancia, acordes con esa discrecionalidad y fundados en razones valederas, dieron por establecida la apocrificidad de la firma del presunto arrendatario, conclusión a la que llegaron apoyados en otros elementos de juicio obrantes en el proceso.

No prospera el cargo.

Segundo cargo: Este cargo, advierte la Procuraduría Delegada, aparece sustentado en apreciaciones puramente subjetivas del censor en cuanto a la forma como debieron ser apreciados determinados hechos indicadores para enfrentarlas a las razones aducidas por el sentenciador, que al valorarlos, dedujo como indicio de culpabilidad en contra del acusado el haber desistido de la acción civil instaurada en proceso

en que la parte demandada había propuesto tacha de falsedad del documento acompañado como prueba del contrato de arrendamiento.

Por este equivocado camino resulta improcedente la demostración del error denunciado y la incidencia que el mismo pudo haber tenido en las conclusiones del fallo de condena, máxime que el falso juicio de convicción recae sobre medios probatorios respecto a los cuales el juzgador goza de un prudente y necesario arbitrio en su valoración.

No prospera la acusación.

Tercero y cuarto cargos: El uno es complemento del otro por referirse a la errónea apreciación del testimonio vertido por Hilda de Parada, esposa del denunciante, yerro que en opinión del demandante incidió en el desconocimiento por parte del Tribunal Superior del valor probatorio que arroja el recibo de pago del canon de arrendamiento del inmueble correspondiente al mes de mayo de 1978, cuya copia al carbón obra en autos.

El Procurador Delegado pone de presente el desatino en que incurre el recurrente al atacar por falsos juicios de convicción la apreciación de medios probatorios no sujetos a valor tarifario sino a las reglas de la persuasión racional.

Asiste toda razón al representante del Ministerio Público, pues como ya se dijo, el testimonio es de aquellas pruebas que por no tener asignado un valor específico rechazan la posibilidad del error de derecho en las modalidades de habérsele negado el mérito probatorio fijado por la ley, o de habérsele dado uno que no le corresponde.

En efecto, el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, norma cuyo quebranto denuncia el actor, no señala ningún valor probatorio al testimonio sino que deja en libertad al juez para apreciar razonablemente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la sana crítica y las condiciones y circunstancias allí previstas, las que hará constar en la declaración.

Y en lo concerniente a la autenticidad del documento privado que fue presentado por el procesado, una de cuyas copias aparece certificada por Notario Público (fl. 393 del expediente), con el cual se pretendió demostrar la existencia y validez del contrato de arrendamiento, es preciso recordar que su contenido fue cuestionado por Hilda de Parada quien en el texto del mismo aparece entregando a nombre de su esposo la suma de un mil doscientos pesos por concepto de arrendamiento del inmueble de propiedad de Russi Daza, al reconocer como suya la firma allí estampada pero explicando haberla puesto en un papelito en blanco con destino a la contabilidad del procesado cuando recibió un dinero para la compra de cemento (fl. 368 y ss.).

En materia penal, según el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal es preciso probar la autenticidad del documento privado por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley. Probada esa autenticidad, el juez apreciará su valor probatorio teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica.

Desconocida en el presente caso la autenticidad del recibo aportado como prueba entre otras razones porque quien lo suscribe negó

su contenido mediante declaración rendida bajo juramento y presentado por el procesado después de haber sido llamado a responder en juicio sin acompañar el respectivo original que debió tener a la vista el Notario para certificar su identidad con la copia, tal desconocimiento era suficiente para negarle eficacia probatoria al documento.

Tampoco por este doble aspecto el error de apreciación endilgado a los juzgadores de instancia, está llamado a prosperar.

Quinto y sexto cargos: Se fundamentan en que las declaraciones rendidas por las hermanas del sindicado en el sentido de haber presenciado el momento en que Parada Díaz firmó el contrato de arrendamiento, como las de las otras personas que afirman su real existencia, no fueron debidamente apreciadas por el sentenciador negándoles credibilidad a sus dichos con el argumento de que los deponentes se contradicen en sus manifestaciones y éstas no guardan uniformidad ni coherencia, equivocaciones calificadas como errores de hecho en la valoración del testimonio.

Aquí, como en anteriores reparos, el demandante repite el desacierto de anteponer su criterio personal al del fallador respecto al valor probatorio que debió darse a la prueba testimonial múltiple, ignorando que la simple disparidad de criterios sobre el particular jamás puede fundar el error manifiesto de hecho que al decir de conocida jurisprudencia "entraña una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

La verdad es que los juzgadores de instancia, en la tarea de valorar conjuntamente los distintos elementos de juicio aducidos al proceso confrontaron tales declaraciones con las demás pruebas aportadas negándoles credibilidad a lo expuesto por los deponentes, conclusión a la que llegaron apoyados en razonamientos lógicos y atendibles y en elementos probatorios reales que pueden apreciarse con cierta libertad.

Estas protuberantes fallas de técnica en la presentación y fundamentación de los cargos hechos a la sentencia, sumadas a las advertidas en la sustentación de los demás reproches impiden que fructifiquen las pretensiones del libelista.

Decisión:

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida a nombre del procesado Hernando Russi Daza, de fecha y origen consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. Técnica

Es contrario a la técnica del recurso extraordinario alegar errores de hecho o de derecho, propios de la violación indirecta, en juicios en que interviene el jurado de conciencia, o tratar de desvirtuar con meras apreciaciones personales el juicio de convicción que sobre pruebas, no sometidas a tarifa legal, se han formado los funcionarios judiciales

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal. – Bogotá, D. E., treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 21.

Vistos:

Debe la Corte Suprema de Justicia, mediante su Sala de Casación Penal, resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado especial de *José Elber Jaramillo Hernández,* contra la sentencia del Tribunal Superor de Florencia, del seis de febrero de 1986, mediante la cual se reformó parcialmente la pronunciada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad.

José Elber Jaramillo fue condenado en segunda instancia a la pena principal de cinco años de prisión, como responsable penalmente de un delito imperfecto de homicidio, consumado en la persona de William Adolfo Murcia en el mes de agosto de 1984.

Los hechos, objeto de juzgamiento son los siguientes:

En las horas de la madrugada del domingo veintiséis (26) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), el joven William Adolfo Murcia Rojas, salió de la casa de unos amigos en donde había asistido a una fiesta, en compañía de Milton José Díaz Parra a quien había conocido esa noche. Al parecer, por insinuación de este último, se dirigieron al barrio obrero de Florencia y allí adquirieron una dosis de basuco y un cigarrillo, con el fin de consumir la droga estupefaciente.

En un momento que no fue posible determinarlo, Díaz Parra abandonó a su compañero Murcia Rojas quien quedó cerca al monumento a los colonos de Florencia, preparando la mezcla para consumir la droga adquirida y allí fue sorprendido por el señor José Elber Jaramillo Hernández, agente adscrito al F-2 de la Policía Nacional quien estaba acompañado por otro sujeto hasta el momento no identificado y en

compañía del cual agredió a Murcia Rojas y se propuso llevarlo a la Estación de Policía correspondiente, en un vehículo de servicio público (taxi), que ocasionalmente pasaba por el lugar.

William Adolfo Murcia Rojas, se resistió a la conducción y se aferró al guardafango del vehículo forcejeando con sus captores; en este instante, a Jaramillo Hernández se le cayó el revólver que portaba, oportunidad que aprovechó el aprehendido para emprender la huida. Acto seguido, el procesado Jaramillo Hernández salió en persecución del ofendido y realizó tres disparos con su arma de dotación, logrando hacer blanco con el último tiro en la espalda de Murcia Rojas, a nivel de la undécima vértebra torácica, con lo cual, le causó al lesionado paraplejia definitiva.

No obstante, tratarse de un miembro de la Policía Nacional, Jaramillo Hernández fue juzgado por la justicia ordinaria al considerarse por los juzgadores de instancia, que el acusado no tenía fuero ante la justicia castrense.

Actuación procesal:

Por los hechos anteriormente narrados, el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal dictó como medida de aseguramiento, auto de detención contra el acusado por un delito de *homicidio imperfecto*.

Por el mismo delito y por el mismo grado de culpabilidad penal, el Juzgado Primero Superior de Florencia, profirió en contra del agente Jaramillo Elber, auto de proceder.

Celebrada la audiencia pública, el acusado al serle concedido el uso de la palabra, aceptó haber disparado el arma con la cual se hizo blanco en la humanidad del joven Murcia Rojas, ocasionando la incapacidad permanente que certificó el médico legista, pero afirmó que disparó sin la intención de matar y sólo para impedir la fuga de la persona a quien pretendía capturar.

El Fiscal del Juzgado y el apoderado de la parte civil, solicitaron del jurado de conciencia un veredicto simplemente afirmativo de la responsabilidad de acuerdo al pliego de cargos, es decir, por un homicidio en grado de tentativa.

La defensa por su parte, con fundamento en la confesión del acusado y por sus manifestaciones ante el jurado solicitó un veredicto absolutorio por ausencia de responsabilidad penal, o un veredicto condenatorio pero por un delito de *lesiones personales* o finalmente un veredicto afirmativo de la culpabilidad pero en el cual se reconociera el estado atenuador de la justa ira.

El jurado de conciencia, rechazó los planteamientos de la defensa y emitió veredicto condenatorio por un delito de homicidio imperfecto.

Esta veredicción fue acogida por el juez de la causa, quien en meritorio estudio de la prueba concluye afirmando la perfecta concordancia entre el hecho, la norma legal que lo describe y el veredicto del jurado que encontró responsable al autor.

A dicha sentencia pertenece el siguiente aparte:

"Esa determinación no es extraña al contenido de la prueba porque la intención de matar se evidencia en la forma de proceder del agente. El ataque fue dirigido contra la parte central y posterior del tronco donde anidan órganos vitales para la supervivencia humana y de hecho cercenó la médula ósea que es elemento esencial del sistema nervioso central. William Adolfo, paralítico de por vida de la cintura para abajo a la temprana edad de veinte años. Si no encontró allí la muerte se debió en forma primordial a que el proyectil debió perder su formidable impulso destructor al chocar con la columna. La intervención posterior de los facultativos se constituyó en un factor complementario de supervivencia, ajeno en todo a la voluntad homicida del actor que no sólo ejecutó la etapa ejecutiva, sino que ingresó a la consumativa mediante actos idóneos para lograr el cometido final.

"La persistencia en el ataque condujo a que contra William Adolfo se hicieran tres disparos y el lugar del cuerpo a que estuvo dirigido al menos el tercero sirven para deducir el propósito de matarlo. Si la intención hubiera sido sólo de lesionarlo, habría bastado con que el agresor apuntara hacia partes no vitales del organismo, por ejemplo los miembros inferiores.

"Si un policía, que es un profesional de las armas, y conoce la capacidad destructora de un disparo de revólver 38, abalea a otra persona en el tronco, sabe de antemano lo que puede ocurrir y desde luego acepta como posible la realización de un homicidio, configurándose así una conducta dolosa de acuerdo con la segunda hipótesis de la definición del artículo 36 del Código Penal".

Recurrida la sentencia, el señor Fiscal del Tribunal emitió concepto favorable a la confirmación y el Tribunal Superior de Florencia le impartió la aprobación, con una modificación en relación con el *quantum* de la pena que redujo de seis a cinco años de prisión.

Demanda de casación:

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia proferida por los jueces de instancia, los dos con amparo en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Concreta así el primer cargo el casacionista:

Cargo primero:

"... Nulidad de carácter legal por haberse incurrido en el auto de proceder en error sobre la denominación jurídica de la infracción".

Hace consistir esta nulidad procedimental, en el hecho de que el juzgado llamó equivocadamente a juicio al procesado por un delito de homicidio sin estar probado el cuerpo del delito y estando en cambio debidamente acreditado un delito de lesiones personales.

Para sustentar este cargo, realiza el censor un nuevo análisis probatorio de la confesión y de la prueba indiciaria, la misma que sirvió al juzgador para llamar a juicio, al jurado para emitir su veredicto condenatorio y al Juzgado y al Tribunal para proferir sentencia condenatoria, afirmando que se incurrió en error de hecho en la valoración

de la prueba y que el único cargo que se puede imputar al procesado de acuerdo a la intención que animó el hecho punible, es el de ser autor de lesiones personales.

Segundo cargo:

El segundo cargo, también con apoyo en la causal de nulidad se formula alegando el casacionista que el señor José Helber Jaramillo Hernández (sentenciado) era por la época de los hechos agente de la Policía Nacional, que consumó el reato en ejercicio de sus funciones y que en consecuencia se encuentra amparado por el fuero especial de juzgamiento consagrado en los artículos 308-1 del Código de Justicia Penal Militar y 18 del Decreto 2137 de 1983. Sostiene que la vigencia del estado de sitio al momento de realizarse los hechos materia del proceso, impone la jurisdicción castrense para el juzgamiento del acusado. Que se incurrió en consecuencia, en incompetencia del juez.

Concepto del Ministerio Público:

El Ministerio Público representado en esta ocasión por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, analiza primeramente el cargo formulado como segundo por el demandante y sostiene, con apoyo en jurisprudencias del Tribunal Disciplinario y de esta misma Corporación, que la competencia del juzgamiento en el caso concreto corresponde a la justicia ordinaria, toda vez que la conducta delictiva imputada a Jaramillo Hernández no fue realizada con ocasión o en actos del servicio, tal como se desprende de las pruebas recaudadas en el proceso, teniendo entre ellas especial importancia la propia afirmación del procesado. Concluyó al respecto lo siguiente:

"Salta de bulto que la acción del agente Jaramillo Hernández fue consumada en circunstancias completamente ajenas al servicio policial, sin ninguna relación con éste y sobre todo, contrariando abiertamente la función misma de policía, que es la de salvaguarda y protección de los derechos individuales mas nunca de cohartar (sic) estas mismas garantías, ni desconocer derechos fundamentales, como es el de la libre locomoción.

"El agente Jaramillo Hernández comprendió muy bien esta situación, hasta el punto de que ningún informe rindió a sus superiores, en torno a este asunto; es más, insistentemente negó su presencia en el lugar de los hechos y al momento de su ocurrencia, y sólo hasta la diligencia de audiencia pública, confesó su torpe actuación.

"No puede entonces, prosperar el cargo vertido a la sentencia".

Tomando uno a uno los indicios analizados por el censor en su demanda, el Colaborador Fiscal estudió la validez de estas pruebas a la luz del proceso mismo y estableció de esta forma que las pruebas indirectas sí llevan a la conclusión que permitió al juzgador de primera instancia proferir auto de llamamiento a juicio por el delito de homicidio en grado de tentativa, contraargumentando las proposiciones del recurrente. Reconoció el señor Procurador que en el auto de proceder se incurrió en algunas omisiones que si bien restan mérito de convicción a la providencia aisladamente considerada, no contradicen los

hechos y pruebas del proceso, sino que resultan de él como demostración de la acertada calificación que se dio al sumario.

Consideraciones de la Corte:

Causal cuarta. Cargo segundo:

Pese a que el casacionista planteó como segundo el cargo de nulidad por incompetencia del juez que adelantó el juzgamiento, debe la Corte ocuparse primeramente de su estudio, toda vez que la decisión que adopte al respecto puede hacer innecesario el análisis del otro cargo que afectaría al proceso en una etapa posterior a aquella en que resultaría viciado de prosperar la censura de nulidad por incompetencia.

El demandante alega como fundamento de la nulidad planteada las consagraciones legislativas contenidas en el artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar y en el 18 del Decreto 2137 de 1983, según las cuales corresponde a la Justicia Penal Militar conocer de los delitos cometidos por los agentes de la Policía Nacional con ocasión del servicio, o durante la vigencia del estado de sitio, o como consecuencia de la obligación que tiene el agente de Policía de actuar en toda circunstancia que requiera la intervención policial. Para reforzar su planteamiento, citó jurisprudencia de esta Corporación de fecha veintidós (22) de febrero de mil novecientos setenta y nueve (1979), en el cual se reconocía el imperio de la Justicia Penal Militar para el juzgamiento de los agentes de la Policía Nacional que cometieron delitos durante la perturbación del orden público.

Al efecto, debe la Sala reconocer que durante algún tiempo se sostuvo la posición ahora alegada por el censor, y en reiteradas ocasiones. Empero, en fecha posterior a la citada por el demandante y posterior a la jurisprudencia del Tribunal Disciplinario que también invoca, la Sala Plena de la Corte aclaró definitivamente su posición en relación con este punto, en sentencia de fecha veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) con ponencia de los ilustres magistrados Alfonso Reyes Echandía y Manuel Gaona Cruz; sobre este punto, se dijo en aquella determinación:

"Tercera. El artículo 18 del Decreto 2137 de 1983.

"Esta norma, que reitera en esencia disposición semejante plasmada en el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, desarrolla el fuero castrense que el artículo 170 de la Carta Política consagró para los militares en servicio activo cuando cometan delitos 'en relación con el mismo servicio', precisando que respecto de los miembros de la Policía Nacional (oficiales, suboficiales, agentes y alumnos de sus escuelas de formación), se aplica el Código de Justicia Penal Militar cuando delincan con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo".

"Ahora bien, como el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar asimiló los integrantes de la Policía a militares para los solos efectos de la aplicación de aquel estatuto cuyo fundamento constitucional es el artículo 170 ya citado, y como aquella norma fue declarada exequible por esta Corporación, síguese que el artículo 18 del Decreto

2137 de 1983 siendo desarrollo coherente y armónico de dicho mandato constitucional y de aquel precepto del Estatuto Penal Militar (art. 284), ha de ser tenido igualmente como exequible. Pues entre los artículos 170 de la Constitución Nacional, 284 del Código de Justicia Penal Militar y 18 del Decreto 2137 de 1983 existe tal correlación lógico-jurídica, que habiéndose declarado constitucional el segundo de ellos, no puede menos de hacerse pronunciamiento semejante respecto del tercero que no solamente desarrolla el precepto constitucional y se acomoda a la purificación jurídica hecha por el artículo 284, sino que carece de autonomía, pues nutre su existencia en aquellos.

"Quede claro en todo caso, que la constitucionalidad residual de esta última norma (el art. 18 del Decreto 2137 de 1983) está referida, como se desprende de su texto y de su alcance teleológico, a delitos cometidos por el personal de Policía Nacional 'con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo' incluidas las que menciona el artículo 37 de tal estatuto, y que, por consiguiente, los delitos realizados por fuera de tales presupuestos sin ninguna limitante, son de conocimiento de la justicia penal ordinaria".

Reafirmada esta posición, resta pues analizar si los hechos sometidos a la jurisdicción ordinaria e imputados al agente de la Policía Nacional Jaramillo Hernández lo fueron con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo. En cuanto a lo primero, debe descartarse cualquier posibilidad de que la conducta delictiva se haya realizado con ocasión del servicio, toda vez que aparece prueba documental en el expediente (fl. 139 del cuaderno de originales) según la cual el agente Jaramillo Hernández se hallaba disfrutando de descanso al momento de ocurrir los hechos delictivos que se le imputan. Textualmente afirmó el Jefe de la Sijin, Departamento de Policía Caquetá, en su oficio C/ 191 de 18 de septiembre de 1984:

"El agente José Elber Jaramillo Hernández, quien presta sus servicios en esta Sección, para el día 26 de agosto de 1984, en horas de la madrugada se encontraba en descanso, por cuanto le había correspondido servicio de disponibilidad el día 25 de agosto hasta las 19:00 horas, correspondiéndole recibir turno nuevamente el día 27 de agosto a las 01:00 horas...".

Lógico es concluir entonces, que si el procesado se encontraba en descanso, no estaba prestando servicio como agente de la Policía Nacional y de consiguiente, los hechos no fueron realizados con ocasión del servicio, lo que trae como consecuencia también, que su conducta por este aspecto, debe ser juzgada por la justicia ordinaria.

Pero, si no se hallaba en servicio al momento de producirse los hechos delictivos, tampoco puede afirmarse válidamente, que el delito se cometió por causa del mismo porque esta expresión supone, por fuerza lógica, la prestación del servicio al momento de realizar la conducta delictiva. En consecuencia, tampoco ha podido adelantar el juzgamiento la autoridad penal militar.

Queda solamente la posibilidad, de que el actuar delictivo se haya desarrollado en ejercicio de funciones inherentes al cargo de agente de la Policía Nacional que desempeñaba el procesado. Esta hipótesis debe ser igualmente descartada como quiera que Jaramillo Hernández,

si bien ostentaba la calidad indiscutible de agente de la Policía Nacional, ninguna norma o estatuto imponen como función a tales servidores públicos el empleo de las armas de fuego en contra de los particulares, menos aún tratándose de situaciones en las cuales el procesado no debería defender bienes propios o ajenos y había podido acudir a otros medios para tratar de que se cumpliera la orden de conducción que él mismo había impartido al lesionado.

En orden a sustentar este razonamiento, débese precisar lo siguiente: Jaramillo Hernández como agente de la Policía Nacional, y aún como particular, estaba facultado para capturar al lesionado en caso de haberlo sorprendido en flagrante delito tal como lo señala el artículo 24 de la Constitución Nacional; en el caso en estudio, y aun cuando ello no está completamente comprobado, se puede afirmar que habiendo sorprendido a Murcia Rojas en el preciso momento en que portaba consigo una dosis personal de sustancia estupefaciente, acomodaba su conducta a lo prescrito en el inciso segundo del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, vigente para aquella época, y por tanto podía ser aprehendido por los agentes de la autoridad o por los particulares para ser conducido de inmediato ante las autoridades judiciales competentes.

Con base en esto actuó el enjuiciado. Empero, desbordó sus funciones, se salió del límite de ellas porque la ley no lo autoriza a disparar su arma de dotación contra el particular que pretende evadir la captura. Al respecto, el artículo 29 del Decreto 1355 de 1970, en su literal c), dispone que:

"Artículo 29. Sólo cuando sea estrictamente necesario, la Policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo.

"Así, podrán los funcionarios de Policía utilizar la fuerza:

"a) .....

"b) .....

"c) Para asegurar la captura del que debe ser conducido ante la autoridad ...".

Quiere decir lo anterior, que el procesado estaba autorizado para utilizar otros medios diversos del arma de fuego, en caso de que Murcia Rojas se opusiera a ser conducido ante la autoridad competente. Nunca podía emplear el enjuiciado el arma en contra del hoy ofendido y dentro de las circunstancias que rodearon los hechos. El artículo 30 del mismo Decreto anteriormente citado, modificado por el artículo 109 del Decreto 522 de 1971, estableció textualmente:

"Para preservar el orden público, la Policía empleará sólo medios autorizados por la ley o reglamento y escogerá siempre, entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes. Tales medios no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento.

"Salvo lo dispuesto en la ley sobre régimen carcelario, *las armas de fuego no pueden emplearse* contra fugitivo, sino cuando éste las use para facilitar o proteger la fuga".

Así las cosas, es obligación legal que se impone a los agentes de la Policía Nacional, el utilizar el medio de fuerza que menor daño cause a los particulares, y es de quien evade su captura. Por tanto, Jaramillo Hernández no estaba cumpliendo con las funciones a él impuestas cuando con desconocimiento de los preceptos legales citados disparó contra el desarmado e indefenso ofendido, y por ello mal puede alegarse que el hecho delictivo se desarrolló por causa de funciones inherentes a su cargo.

De esta forma, resulta claro que no encontrándose el enjuiciado en cumplimiento del servicio, ni desarrollando las funciones inherentes a su cargo, el hecho delictivo por él cometido debe ser sometido a la jurisdicción ordinaria y por tanto no existe vicio de nulidad de ninguna naturaleza.

El cargo no prospera.

Causal cuarta:

Primer cargo:

Es innegable, el inmenso esfuerzo dialéctico realizado por el demandante, para tratar de demostrar con argumentaciones propias de la causal primera, que la sentencia se profirió en un proceso viciado de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, porque no se trata de un delito de homicidio imperfecto, como lo entendieron los jueces de derecho y los jueces de conciencia, sino de unas simples lesiones personales.

El casacionista, haciendo un nuevo replanteamiento de la prueba, pretende reabrir el debate ya agotado, sobre la naturaleza del hecho punible objeto de juzgamiento. En el auto de detención hizo el juez de instrucción una calificación provisional de la conducta imputada al acusado, para afirmar que estaba el juzgador en presencia de un delito imperfecto de homicidio. Idéntica calificación realizó el Juez Superior en el auto de enjuiciamiento, desoyendo las argumentaciones del señor apoderado, quien insistía en la existencia de unas lesiones personales. Juzgado el caso en Consejo Verbal de Guerra, el Ministerio Público y la Parte Civil solicitaron la condena por un delito de homicidio, mientras el señor defensor volvió a plantear su tesis sobre las lesiones personales. El jurado al concluir el debate emitió un veredicto condenatorio por homicidio imperfecto. El señor Juez Superior halló conforme a derecho y a la realidad demostrada en los autos el veredicto de los vocales del Consejo y con fundamento en él, profirió la sentencia condenatoria por un delito de homicidio, sentencia que por ser jurídica mereció la confirmación del Tribunal que compartió el concepto de su Fiscal Colaborador.

Para sustentar este cargo, se dedica el demandante a hacer un estudio probatorio del proceso, examinando de nuevo diversos elementos de convicción (testimonios e indicios) para afirmar que por el juzgador se incurrió en su interpretación en errores de hecho y de dere-

ho y para oponer así su criterio personal al que tuvo el juez de derecho los vocales del Consejo al apreciarlos.

En la formulación de estos cargos, incurre el censor en graves allas de técnica que llevan a la Sala a desechar esta impugnación.

La Corte, en su más elaborada y reiterada doctrina, ha venido predicando la improcedencia de acudir a la violación indirecta de la ley por errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba en procesos fallados con intervención del jurado de conciencia o de Consejos de Guerra, puesto que en ellos el veredicto es el fundamento inmediato de la sentencia y aquél se profiere sin que el jurado esté obligado a explicarlo ni a señalar en cuáles elementos de convicción se basó para adoptar su decisión. El jurado, ha dicho esta Corte, "... hace una valoración conjunta del contenido del proceso, de los motivos de la acusación y de los planteamientos de la defensa y forma su criterio en conciencia. Por eso resulta desatinado afirmar que en un caso dado el jurado apoyó su respuesta al cuestionario en tal o cual prueba o que no tuvo en cuenta ésta o aquella prueba o que incurrió en error de una u otra naturaleza al apreciar determinados elementos de convicción..." (Corte Suprema, sentencia de febrero 15 de 1973).

Y se acentúa más esa falla de técnica, cuando el censor alude a errores por falso juicio de convicción sobre la estimación de las pruebas, o lo que es lo mismo, a error de derecho en la valoración de los elementos probatorios, como los indicios y testimonios no sometidos a tarifa legal de pruebas, lo cual es inadmisible en casación, porque el juez disfruta de un gran arbitrio para analizar razonablemente esos medios probatorios, sin que a su juicio de valor, se pueda oponer el personal criterio del demandante para demeritarlo o desconocerlo.

Conforme al estatuto procesal —ha dicho esta Corporación—: "... ni la prueba testimonial ni la indiciaria, en general, están sujetas a tarifa legal de pruebas, sino al sistema de la persuasión, racional en que el juzgador realiza una función predominantemente autónoma, atemperada por las reglas de la sana crítica. En consecuencia, si al juez corresponde apreciar razonablemente esos medios probatorios, vale decir, si goza de prudente y necesario arbitrio al ejercer la facultad de evaluarlos para formar su convicción, existe imposiblidad jurídica para fundar un error de derecho en las normas que tal sistema estructuran. Es preciso no olvidar, que el error de derecho en la estimación de una prueba sólo puede resultar de la confrontación entre el mérito reconocido o negado a ese medio en la sentencia acusada y el mérito que tiene o del cual carece a la luz del texto legal que establece su valor probatorio" (Casación, marzo 25 de 1974).

Conforme a estas orientaciones de indudable vigencia, es contrario a la técnica del recurso extraordinario, alegar errores de hecho o de derecho, propios de la violación indirecta en juicios en que interviene el jurado o el Consejo de Guerra, o tratar de desvirtuar con meras apreciaciones personales, el juicio de convicción que sobre pruebas no sometidas a tarifa legal, se han formado los numerosos funcionarios judiciales, agentes del Ministerio Público y el propio Consejo de Guerra que disfruta de una mayor autonomía en la valoración de la prueba. Distinta, sería la situación, si la demanda se hubiese presentado al am-

paro de la causal 4ª de nulidad, alegándose error en la denominación jurídica de la infracción por fallas de apreciación de carácter estrictamente jurídico, no probatorio, pues en este caso el análisis del supuesto error en que se hubiese incurrido en el auto calificatorio, no le está vedado a la Corte, pues al hacerlo se pronuncia sobre cuestiones en las cuales el jurado popular no ha producido valoración ni emitido su criterio.

Ante esta evidencia, el casacionista habilidosamente y en forma recursiva, ha llevado los presuntos errores de hecho y de derecho propios de la causal primera, a la causal cuarta para demandar una nulidad basada únicamente sobre divergencia o disparidad de criterios en la valoración de la prueba, en posición a todas luces inadmisible. No se puede permitir, que mediante este mecanismo se quebrante la técnica, el alcance y sentido que la ley y la doctrina le han dado a este exigente recurso de casación.

Se desecha este cargo.

Decisión:

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida a nombre del procesado José Elber Jaramillo Hernández, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas, Con aclaración de voto.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Habiendo elaborado el proyecto original, mediante el cual se proponía a la Sala no casar la decisión que bajo la misma perspectiva aprobó la Sala, es obvio que me corresponda simplemente aclarar mi voto, puesto que integralmente comparto la decisión asumida por la Sala.

He considerado siempre acertada la reiterada jurisprudencia de la Corte según la cual no es posible hacer acusaciones por violación indirecta de la ley sustancial en juicios donde interviene el jurado, porque en la apreciación de los medios probatorios el jurado es soberano y no está sometido a otra tarifa probatoria que la que le impone su propia conciencia; pero la aceptación de la anterior afirmación, no podía llevar a aceptar el planteamiento que ahora hace la Sala mayoritaria, cuando de hecho está derogando la ley procesal por medio de una sentencia de casación, porque no es otra la conclusión a la que se puede llegar, si se tiene en cuenta que en este caso el recurrente ataca la sentencia por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, en error relativo a la denominación jurídica al momento de calificarse el mérito del sumario, puesto que considera el recurrente que en el caso motivo de juzgamiento no se está frente a un homicidio imperfecto sino a un caso de lesiones personales, y se sostiene por la Sala mayoritaria, que en los juicios por jurado no puede presentarse esta nulidad, cuando la equivocada calificación proviene de la errónea interpretación de los medios probatorios allegados al proceso.

Porque una cosa es que este tipo de ataques no pueda presentarse en relación con la sentencia fundada en un veredicto expedido con las formalidades por el jurado de conciencia, y otra muy distinta, afirmar como aquí se hace que en los procesos sometidos a la voredicción del jurado el juez competente, en este caso el Juez Superior no puede incurrir en errónea calificación jurídica de los hechos por equivocada interpretación de los medios probatorios allegados. Lo anterior como ya lo había afirmado significa ni más ni menos, que derogar o reformar sustancialmente el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal cuando al enumerar las causales de nulidad legal establece en su numeral 5º que se incurre en ellas por: "Haberse incurrido en el auto de proceder en error en la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido".

La afirmación de la Sala no puede aceptarse, porque admitir que al jurado no se le pueden formular ataques relacionados con la apreciación en conciencia que hace de la prueba, no puede llevar a plantear que los jueces Superiores encargados de esta clase de procesos no pueden equivocarse en la apreciación de la prueba, porque se desconozca la existente, o se fundamente en prueba que no existe en el proceso, o que se le dé valoración diversa a la legalmente señalada en la norma, porque debe aceptarse que este tipo de equivocaciones es

perfectamente posible y por tanto podría ser alegada como así lo hace el recurrente al plantear la existencia de una causal de nulidad.

La anterior discrepancia no puede entenderse como que en este caso se haya presentado un error de esa naturaleza, como ya se advirtió al inicio de esta aclaración, porque en el proyecto original se contestaba a las acusaciones del recurrente y no se admitía la existencia de la nulidad por errónea calificación, porque siempre se consideró que la calificación dada a los hechos motivo de investigación fue aceptada por el funcionario competente.

Tampoco podría aceptarse que el error en que pudiera incurrir el juez de derecho pudiera ser confirmado o convalidado por el jurado cuando emite su veredicto sobre el fundamento del auto de acusación y no podría aceptarse tal afirmación, porque ni el jurado es superior jerárquico del Juez Superior para que pudiera entenderse que el veredicto convalida los errores del calificatorio, ni el jurado puede hacer consideraciones de carácter jurídico en relación con los hechos que se formulan a su decisión.

Si el jurado emite veredicto sobre el cuestionario que ha sido redactado con base en un auto de proceder en el que se incurrió en error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción, su manifestación en nada enmienda el error existente, ni le da validez a lo que de acuerdo a decisión expresa de la ley es nulo.

Es aceptable que por razones de técnica del recurso extraordinario de casación se venga sosteniendo la imposibilidad de ataque a las decisiones judiciales fundamentadas en un veredicto que se acusa por errores de apreciación probatoria, porque la jurisprudencia como ya se reconoció más adelante tiene perfecta justificación, pero no puede proyectarse la misma jurisprudencia a otros aspectos de los procesos en que interviene el jurado, porque esa extensión desconoce una realidad, esto es, que los Jueces Superiores se puedan equivocar y además porque significa un franco y expreso desconocimiento a la ley procesal existente en cuanto a la quinta causal de nulidad establecida en el artículo 210.

De la forma anterior dejo expresados de manera respetuosa las razones de mi discordancia que vuelvo a insistir no son en cuanto a la parte decisoria que la comparto integralmente, ni siquiera con la parte motiva en gran parte de sus consideraciones, es únicamente en cuanto a las argumentaciones tendientes a desconocer la nulidad por errónea calificación en los juicios en que interviene el jurado.

Edgar Saavedra Rojas.

Fecha *ut supra.*

VEREDICTO

A través del cuestionario que se somete a la apreciación de los jueces del pueblo, se les interroga para que respondan afirmativa o negativamente sobre la responsabilidad del procesado, con facultad para señalar circunstancias distintas a las que contiene el texto de la pregunta que se les formula y constituye imperativo lógico afirmar que también pueden desconocer los que se someten a su sereno análisis

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., siete de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 22.

Vistos:

El Tribunal Superior de Buga en sentencia de septiembre doce de mil novecientos ochenta y cinco confirmó la proferida por el Juzgado Segundo Superior de dicho Distrito Judicial, modificándola en cuanto a la pena principal, para condenar finalmente a *Heriberto Agustín López Sotelo* a una privación de libertad de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y a las accesorias de ley por el delito de homicidio. El Fiscal Primero ante dicha Corporación y el defensor del procesado interpusieron contra el fallo de segundo grado, recurso de casación que fuera concedido por el *ad quem* y declarado admisible por la Corte. Presentadas las demandas que se estimaron ajustadas a los requerimientos formales establecidos por el legislador y allegada la opinión del Ministerio Público, se procede a resolver lo pertinente en estas diligencias que, para los efectos del Decreto 3829 de 1985, se declaran reconstruidas.

Hechos:

Ocurrieron en la noche del 9 de febrero de 1984 en el Municipio de Guacarí (Valle), cuando, bajo el influjo de bebidas embriagantes y en un ambiente cargado de ofensas y beligerancia, se desencadenó un enfrentamiento entre Heriberto Agustín López Sotelo y Horacio Javier Ortega Jaramillo, en desarrollo de la cual, aquél apuñaló a éste ocasionándole lesiones que le determinaron la muerte (fls. 1 y ss.).

Actuación procesal:

1º La investigación penal fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guacarí (Valle) y continuada por los Juzgados 2º y 13 de Instrucción Criminal de Buga que practicaron las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos materia de la averiguación (fls. 3, 8, 12 y 61).

2º El conocimiento del proceso se atribuyó al Juzgado Segundo Superior de Buga que, en providencia de mayo 30 de 1984 dictó auto de proceder contra Heriberto Agustín López Sotelo por el delito de homicidio simple, al estimar que el vínculo de amistad entre el procesado y la víctima (cuñados), no aparecía probado documentalmente como era lo pertinente. Apelada la calificación por el Fiscal del Despacho, fue confirmada por el Tribunal, pero, modificándola para incluir la circunstancia calificadora desechada por el *a quo* y prevista en el ordinal 1º del artículo 324 del Código Penal (fls. 59, 123, 152 y 156).

3º Tramitada la causa, en su oportunidad se celebró audiencia pública al transcurso de la cual el jurado respondió por unanimidad a la única cuestión propuesta por el juez de derecho, de la siguiente manera que, consulta una de las propuestas alternativas presentadas por la defensa:

"Si lo mató, en estado de ira e intenso dolor causado por comportamiento ajeno, grave e injusto, y no está demostrado el parentesco con la víctima" (fls. 158 y ss.).

4º En junio 13 de 1985 el juez del conocimiento dictó sentencia en la cual acogió integralmente el veredicto por encontrar respaldo en la verdad procesal e impuso al acusado la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión y las accesorias de ley por el delito de homicidio, en atención a que no concurren a su juicio "agravantes punitivos", que permitan incrementar el mínimo de la sanción prevista en la ley. Apelado el fallo fue revisado por el Tribunal de Buga que, lo confirmó, pero, modificándolo para concluir la existencia de un hecho punible agravado, ya que la cuestión relativa al parentesco del implicado con el occiso aparecía testimonialmente probada según su criterio, era cuestión de derecho que no podían desconocer los jueces populares, y, su respuesta sobre el particular debía tenerse como no escrita (fls. 158, 165 y 169).

La demanda de casación:

Dentro del marco de la causal segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se afirma por parte de los demandantes que, la sentencia impugnada fue proferida en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Fundamentan la censura en que los jueces del pueblo respondieron de manera clara y precisa el cuestionario que se les formuló, afirmando la responsabilidad del procesado dentro de los lineamientos del artículo 60 del Código Penal, pero, con la especial significación de que no concurría el agravante previsto en el numeral 1º del artículo 324 del Código Penal, ya que, dentro de su íntima convicción y aceptando las tesis de la defensa, tal circunstancia no estaba demostrada.

Sostienen, frente al fallo de segundo grado, que resulta inconsecuente hablar de homicidio agravado por el parentesco y atenuado por la diminuente de la ira y el intenso dolor, y, además que, con el desconocimiento de que su texto se hizo del rechazo categórico del jurado a la situación modificante de responsabilidad aludida, se violaron los artículos 26 de la Carta Política, 323 del Código Penal, 519, 534, 535, 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal, pues desconoció la voluntad soberana del jurado, se desvertebró su fallo que debía aceptarse en su integridad o declararse contraevidente, y, se vulneró el derecho de defensa del procesado.

Concluyen que debe casarse la providencia recurrida y sustituirse por la que procede de conformidad con el ordinal 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal. El representante de López Sotelo agrega igualmente que, resulta equitativo imponer una pena de 40 meses de prisión como lo hizo el juez de primera instancia (arts. 64 y 67 del C. P.) y conceder a su asistido el beneficio de la libertad condicional.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, coadyuvó la demanda de casación presentada por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Buga.

Consideraciones de la Sala:

Como corresponde al recurso extraordinario de casación, la Sala, se ocupará del cargo central relativo al desconocimiento que se afirma hizo la sentencia acusada sobre la parte del veredicto que rechazó la existencia de la circunstancia calificante del delito, surgida del parentesco, sin adentrarse en interpretaciones acerca de la voluntad del jurado por ser cuestión reservada a los juzgadores de derecho en el trámite de las instancias.

Ha recordado la Corte que, la vigente legislación penal consagra distintas clases de circunstancias de atenuación y de agravación punitiva que a muy grandes rasgos pueden ser clasificadas, tanto las de agravación como las de atenuación, en genéricas y específicas. Diferenciándose estas entre sí, en el hecho de que las circunstancias específicas tienen la virtualidad de modificar la pena prevista en el tipo penal vulnerado, permitiendo que la pena imponible pueda ser mayor que el máximo en ella fijado, si de agravación se trata, o que la sanción aplicable pueda ser inferior al mínimo contemplado en el correspondiente tipo, en el caso de que la que concurra sea de atenuación. En cambio las circunstancias genéricas de atenuación y de agravación contempladas en los artículos 64 y 66 del Código Penal son aquellas que debe examinar el juez en la sentencia de condena para determinar el monto de la pena dentro de los límites mínimo y máximo establecidos en la disposición violada, conforme al mandato contenido en el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal.

Se ha enfatizado así mismo *que, las circunstancias específicas de agravación y de atenuación, también llamadas modificadoras, tienen diverso alcance pues algunas de ellas se aplican con relación a una sola*

conducta delictiva (arts. 156, 173, 175, y "323" por ejemplo); otras se refieren a un conjunto de disposiciones o aluden a un capítulo (arts. 139, 171 y 310), mientras que algunas son predicables de la totalidad de un título (arts. 372, 373 y 374), y, excepcionalmente hay unas que, contempladas en la parte general son predicables, en cuanto no exista contradicción lógica, a todas las disposiciones de la parte especial (arts. 60 y 62). Las circunstancias genéricas que el legislador consagró en la parte general pueden deducirse respecto de cualquier infracción, con la sola excepción de que ellas no estén a su vez previstas como elemento del tipo o circunstancia específica debidamente deducida.

También se ha precisado que la presencia de circunstancias no sólo tiene importancia en el ámbito de la punibilidad, sino que tienen, igualmente alcances procesales pues algunas de ellas deben ser consideradas en el auto de proceder y, en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, deben incluirse en el correspondiente cuestionario. Dispone el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, que la parte motiva del auto de proceder deberá contener la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado "con las circunstancias conocidas que lo especifiquen". Como es apenas natural sólo deben ser consignadas en el auto de proceder las circunstancias que tienen relevancia jurídica y entre estas solamente las de carácter específico, no sólo por el expreso mandato de la norma citada, sino por el hecho de que sólo las circunstancias específicas tienen el poder de incrementar o de atenuar la pena contemplada en el tipo, y, en caso de que sean de agravación representan un cargo y por ende deben ser precisados en el enjuiciamiento para garantía del derecho de defensa.

Es claro que se ha reiterado que, el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, señala que en el cuestionario que el juez somete a la consideración del jurado de conciencia se deberá determinar el hecho materia de la causa "conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constituyen". Estas circunstancias no pueden ser otras que las modificadoras o específicas, pues es a ellas a las que debe hacer referencia el juzgador en el auto enjuiciatorio y por cuanto, como se advirtió, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 534 del estatuto procesal penal, "la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad cuando no sean modificadores o elementos constitutivos de delito, corresponde al juez de derecho", apreciación y calificación que hará al proferir sentencia de condena, pues sólo en tal oportunidad se especifica la pena que se impone (sentencia de junio 5 de 1984).

El artículo 535 de ordenamiento procedimental preceptúa que los jurados deben contestar el cuestionario "con un sí o un no; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación".

Sabido es que cuando el homicidio se comete en cualquiera de las personas a que se refiere el artículo 324 del Código Penal, la pena mínima es de 16 años de prisión, y, fue precisamente de este *quántum* que partió la decisión impugnada, para aplicar al acusado en concordancia con el artículo 60 del Código Penal, la pena de sesenta y cuatro (64) meses que impuso como principal. *No es discutible que las circunstan-*

clas previstas en esta norma, más que modalidades accidentales o accesorias del delito, constituyen circunstancias específicas que modifican la responsabilidad penal, y, que de estar presentes en el desarrollo de los hechos han de incluirse en el cuestionario que el juez de derecho presenta a los jueces populares en los asuntos de su competencia.

Entonces, la apreciación y calificación de las circunstancias modificadoras del delito y de la responsabilidad de acuerdo con la ley y con constante doctrina sobre la materia, corresponde al Tribunal de conciencia que no puede rebasar en su gravedad los cargos contenidos en el enjuiciamiento so pena de exceder los límites de su función juzgadora, pero sí, modificarlos o atenuarlos en favor del procesado. La agravación que haga el jurado por fuera de los límites del pliego de cargos que es ley del proceso carece de toda atinencia, pero, tiene representación jurídica y efectos procesales, cuando se trata de circunstancias que si bien no aparecen en el auto de proceder fueron demostradas en el plenario y de manera concreta y precisa se sometieron a su consideración en el cuestionario.

Puede, como consecuencia de lo anterior sostenerse, que las facultades del jurado de conciencia son amplias cuando de mejorar la situación del procesado se trata y que sus limitaciones se imponen cuando sin respaldo probatorio surgido de la causa se modifica la situación del pliego de cargos en detrimento del acusado, o, cuando se desconoce palmaria y manifiestamente la realidad objetiva vertida en el averiguatorio.

Es dable sostener de otra parte, que si a través del cuestionario que se somete a la apreciación de los jueces del pueblo, se les interroga para que respondan afirmativa o negativamente sobre la responsabilidad del procesado, con facultad para señalar circunstancias distintas a las que contiene el texto de la pregunta que se les formula, constituye imperativo lógico afirmar que también pueden desconocer las que se sometan a su sereno análisis sin que tengan que motivar o aplicar en su veredicto las reglas imperantes en la crítica jurídica, pues, su decisión es el fruto de su íntima convicción eximida de toda dependencia cualitativa o cuantitativa en materia de probanzas, las cuales, mira libremente y sin sujeción a métodos especiales.

La veredicción en el presente caso se concretó de la siguiente manera:

"Si lo mató, en estado de ira e intenso dolor causado por comportamiento ajeno grave e injusto, y no está demostrado el parentesco con la víctima".

Ciertamente, existe prueba testimonial respaldada por la propia aceptación de López Sotelo *que permite aseverar que entre éste y el occiso existía una vinculación especial, como que eran cuñados, por lo que, desde este punto de vista no carece de sustento la deducción hecha en la sentencia, pues en verdad, la falta de prueba documental que acredite el parentesco no impide la deducción del agravante, por razón del principio de libertad probatoria que rige en materia penal, con fundamento en el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal.*

Pero, si lo anterior es evidente, no cabe duda alguna en desarrollo de los planteamientos que se han venido esbozando, que un tratamiento distinto merece el punto en discusión cuando se trata de delitos sometidos a la institución del jurado de conciencia, pues, si el veredicto constituye la base fundamental de la sentencia, cuando su contenido es claro, preciso y libre de ambigüedades, solamente le es oponible por el juez de derecho el remedio de la contraevidencia, mas no la aludida libertad probatoria.

A lo dicho debe agregarse que, en el presente caso la cuestión se hace más significativa, si como se observa, en torno a la calificante del parentesco ni siquiera los profesionales del derecho (jueces y agentes del Ministerio Público) que intervinieron en estas diligencias se pusieron de acuerdo, pues al paso que unos la daban por legalmente estructurada, otros con razones que no se pueden desestimar, la rechazaban ante la ausencia de prueba documental. Estas últimas argumentaciones, incisivamente debatidas en la audiencia pública por la defensa, tuvieron eco en el Tribunal Popular que determinó, sin apartarse por ello en forma caprichosa y rebelde de la realidad procesal, degrada el delito objeto de procesamiento para convertirlo en un homicidio simplemente voluntario o de propósito cometido en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento grave e injusto, cuestión ésta que, a juicio del ad quem *no pugnaba con la realidad de los hechos.*

Queda entonces obligada la Sala a dictar el fallo que corresponda o a enmendar en lo pertinente el impugnado, pues es indudable que la sentencia en el presente caso está en desacuerdo con el veredicto, y, en consecuencia el cargo prospera.

El artículo 323 del Código Penal que tipifica el delito de homicidio, establece para su autor una sanción que oscila entre diez y quince años de prisión. De conformidad con el mandato del artículo 61 *ibidem*, el juez regulará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, la concurrencia de circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente, factores estos que examinados en conjunto sirven de pauta imprescindible para que el juez señale la pena imponible. No es correcto por ello, afirmar que, ante la ausencia de antecedentes, el juez deba aplicar el mínimo de la pena, pues tal aspecto es apenas uno de los elementos que debe tenerse en cuenta para el señalamiento de la sanción. En el presente caso como el juzgador de conciencia habló inequívocamente de homicidio simplemente voluntario en fallo que no fue declarado contrario a la evidencia procesal, es compatible la circunstancia genérica de agravación prevista en el numeral 2º del artículo 66 del Código Penal que hace referencia a los deberes que las relaciones sociales de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado o de la familia de éstos. Sobre este aspecto es válido acudir a la prueba testimonial y a la versión misma del sentenciado que, en conjunto, relievan la necesidad de incrementar la pena por tal camino. En este sentido se modificará la impuesta como principal por el Tribunal Superior de Buga, para señalar una de cuarenta y ocho (48) meses de prisión.

En cuanto a la libertad condicional solicitada, la Sala se abstendrá de hacer cualquier consideración, en razón de lo dispuesto en auto de

marzo dos (2) del presente año (fl. 106), a través del cual se hizo pronunciamiento favorable sobre el particular.

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

Resuelve:

1º *Casar* parcialmente la sentencia demandada, de fecha y origen atrás expresados.

2º *Condenar* al procesado José Heriberto López Sotelo de condiciones y calidades personales consignadas en autos, a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, en su calidad de autor responsable del delito de homicidio en la persona de Horacio Javier Ortega Jaramillo por el que fuera llamado a juicio y condenado, según hechos cometidos en las circunstancias espacio-temporales que reza la actuación y según las consideraciones de la motivación.

3º *Abstenerse* de resolver sobre la solicitud de libertad del procesado por sustracción de materia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ALLANAMIENTO

Las fallas en la diligencia de allanamiento, como la falta del auto que la ordene, no pueden constituir causal de nulidad del proceso, ni inexistencia de la diligencia misma

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

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobado Acta número 19 de marzo 25 de 1987.

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la providencia de fecha 17 de septiembre dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, que modificó a la de primera instancia, en el sentido de condenar a *Jorge Eugenio Pinilla* y *Flor María Ramírez Huérfano* a la pena de treinta y ocho (38) meses de prisión por violación del Decreto 1188 de 1974.

Actuación procesal:

1. Se inicia este proceso con un manuscrito fechado el 13 de julio de 1983 intitulado "Acta número 0761 que trata de la incautación de una sustancia blanca, al parecer cocaína".

Tal Acta la firman funcionarios de Policía Judicial (DIPEC) y la señora Flor María Ramírez "vinculada a la posesión de cocaína" y dos testigos. Ella se inicia consignando la celebración de una reunión en una residencia, aproximadamente a las 19:20 horas, del sur de Bogotá.

Igualmente se manifiesta que aproximadamente a las seis de la tarde "se procedió a allanar el inmueble" relacionado "arrendado por el señor Jorge Eugenio Pinilla, esposo de la señora Flor María y con el *respectivo permiso*, se dio comienzo a la diligencia"; dentro del inmueble se encontraron cuatro (4) bolsas con una sustancia blanca.

2. El 14 de julio, se practicó "la diligencia de identificación preliminar, pesaje, sustracción de muestras y depósito de una sustancia blanca, al parecer cocaína". El mismo día se practicó por el oficial investigador del grupo de estupefacientes de la DIPEC, una diligencia de exposición bajo juramento de la señora Flor María Ramírez de Pinilla, quien aceptó que "eso se lo dieron a guardar a mi esposo hace cinco días" sin saber quien.

También el 14 de julio, se enviaron las diligencias preliminares a los Juzgados de Instrucción.

3. El Juzgado 80 de Instrucción Criminal, recepcionó el 18 de julio, indagatoria a Flor María Ramírez Huérfano, quien aceptó ser la esposa de Jorge Eugenio Pinilla. Reconoció que el día de autos entraron a su residencia varios hombres que no se identificaron, quienes practicaron una requisa. Relata que uno de los individuos encontró unos talegos y que ella no sabe nada de su procedencia; los individuos le dijeron que en esos tres talegos habían encontrado coca. Igualmente acepta que se encontró una báscula, que ella afirma ser de una salsamentaria que tiene su hermano Jairo Enrique Parra; que los "visitantes" escribieron un papel que le leyeron, pero que no recuerda que dice. La indagada relata igualmente que fue conducida a una inspección "sin recordar donde".

4. Las muestras enviadas a la oficina de estupefacientes de la Policía Judicial, fueron analizadas dando resultados positivos para cocaína partículas, cocaína cloridrato al 100% y cocaína base al 95% y 86%.

5. Adelantada la investigación, se practicaron numerosas pruebas, entre otras, las declaraciones de las autoridades de Policía Judicial que intervinieron en el decomiso.

6. Cerrada la investigación, se dictó auto de proceder por infracción al Decreto 1188 de 1974, tanto contra Flor María Ramírez como contra su esposo Jorge Eugenio Pinilla, cuya detención preventiva se decretó; con posterioridad se le capturó y se le recepcionó indagatoria.

Este acepta ser propietario de la casa habitada por Flor María Ramírez Huérfano, pero agrega haberse separado de ésta prácticamente desde diciembre de 1982. En ello se contradice abiertamente con aquella, quien siempre afirma convivir con Pinilla.

7. A solicitud del defensor de los procesados, se presentó como prueba en el período probatorio, copia de una investigación por hurto. La denuncia tiene fecha 18 de enero de 1985 y señala como sitio de su residencia la Transversal 35 número 31-64 Sur, esto es la misma donde se decomisó la sustancia ya reseñada.

8. Tan diciente circunstancia expresada en otros términos y un estudio de las probanzas, hizo que el juzgado recalcase entre otras cosas en la gran capacidad de mentirar de los procesados.

Estimó el juzgado de instancia, que existía prueba plena para condenar y así procedió. Es cierto que tal proveído hizo riesgosas afirmaciones sobre los efectos de la carencia de orden de allanamiento, pero ellas serán objeto de separado análisis.

9. El Tribunal de Bogotá, al conocer del proceso en segunda instancia, se refirió a las argumentaciones de la defensa y volvió a analizar la prueba para confirmando la condena de primera instancia aumentándola.

Demanda de casación:

1. El defensor de los condenados interpuso el recurso extraordinario de casación, esgrimiendo dos causales: La primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por error de *derecho* en la apreciación de la prueba y la cuarta del mismo artículo, por haberse proferido el fallo recurrido en proceso viciado de nulidad.

2. La argumentación es en esencia la misma y en ambos casos se endereza a atacar el valor probatorio del acta de allanamiento, la diligencia de incautación de la droga y la versión ante la Policía Judicial de Flor María Ramírez.

Concepto de la Procuraduría:

En sintético estudio, recalca la observación ya hecha del vínculo estrecho de los dos cargos y su apoyo en los mismos argumentos.

Como secuela sostiene que la demanda resulta contradictoria, por sustentar la nulidad que implicaría la invalidez de la actuación y el error de apreciación, del cual fluiría fallo sustitutivo de absolución. Por tanto se solicita no se case la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte:

1. *Causales alegadas.* La circunstancia de que los efectos procesales de la nulidad sean diferentes de los de la causal 1ª, no significa que el planteamiento de ambos cargos sea en esencia contradictorio. Tampoco debe la Sala abstenerse de estudiar los cargos por basarse en idéntico argumento, pues tal unidad de fundamento lógico no se destruye por la diferencia de secuelas.

Por tanto estima la Sala, que los argumentos esgrimidos por la Procuraduría, no son suficientes para rehuir el estudio de la demanda, máxime cuando aquí no se presenta el evento de que al sustentar un cargo se niegan los hechos y en otro se acepten.

2. *Método de estudio.* En casos como este, lo lógico y tradicional sería estudiar como lo predica la usanza jurisprudencial primero lo referente con la causal 4ª y luego con la 1ª.

Al aceptarse como lo sostiene la Procuraduría, que la argumentación es en esencia la misma, la Sala por razones de método, estima conducente analizar el contenido intrínseco de las razones que sirven de base común, para después sí analizar sus incidencias sobre cada una de las causales comenzando como es usual, por la cuarta.

Se referirá pues, inicialmente la Sala, al allanamiento, después a la diligencia de incautación y por último a la versión ante la Policía Judicial, de Flor María Ramírez. En seguida se analizará la inferencia de cada uno de esos argumentos con la causal cuarta. En el supuesto de que se acepte, así se declarará. Sólo en la hipótesis contraria se entrará a resolver lo tocante con la causal primera.

3. *La diligencia de allanamiento. Entre los derechos civiles que la Constitución Nacional en su Título 3º, reconoce al individuo, está el de que su domicilio no sea registrado sino en virtud de mandato escrito*

le autoridad competente con las formalidades legales y con motivos previamente definidos en las leyes. La protección de la inviolabilidad domiciliaria, no se limita dentro de nuestro ordenamiento positivo al enunciado constitucional, ya que el Código Penal dedica todo un Capítulo, el 4º del Título 10 del Libro 2º a los delitos contra la inviolabilidad de domicilio o sitio de trabajo. Allí se tipifica como ilícita la conducta de quien se introduzca arbitraria, engañosa o clandestinamente en habitación ajena o en sus dependencias inmediatas.

Para el caso concreto del funcionario público, existe una norma especial que aumenta la penalidad mínima en relación con la conducta del particular.

Para que el funcionario público en ejercicio de sus funciones, pueda penetrar con el fin de practicar diligencias o allegar pruebas a un inmueble, se ha previsto la diligencia de allanamiento tanto del ordenamiento Procesal Civil, artículos 113 y 114, como del Procesal Penal, artículos 355 a 361.

En el aspecto procesal penal, el allanamiento es una diligencia, mediante la cual un funcionario de instrucción, penetra a determinado lugar que goza de protección jurídica, con el fin de localizar personas o cosas, y si es el caso capturar a las primeras o decomisar a las segundas, previo el correspondiente registro del inmueble.

Pero en desarrollo del presupuesto constitucional, tal diligencia debe ser ordenada por escrito y mediante auto motivado por un funcionario de instrucción. La ley consciente de la urgencia de tal diligencia y de que su previa notificación haría nugatorios los aspectos de la diligencia, expresa que el auto ordenatorio no requiere notificación previa.

La diligencia debe ser ordenada por el funcionario de instrucción, artículo 355 del Código de Procedimiento Penal y en principio, practicada directamente por éste. Pero en tratándose de diligencias de indagación preliminar, el artículo 389 numeral A, autoriza a que las practiquen los funcionarios de Policía Judicial previa orden de Magistrados, Jueces o Agentes del Ministerio Público.

Antes de proceder al allanamiento y registro, el funcionario, debe leer el auto que ordena la diligencia al ocupante del inmueble y sólo en el supuesto de que el notificado se negare a colaborar con la justicia, se procederá al allanamiento por medio de la fuerza. Debe pues, el allanamiento como lo ha expresado esta Corporación "ajustarse a estas exigencias legales para que produzca todo su necesario valor y mérito".

Por tanto no se puede sostener que la "ordenación de un allanamiento y los demás requisitos que el procedimiento penal exige, constituya formalidades secundarias y hasta superfluas" (Providencia, septiembre 10 de 1985, Magistrado ponente doctor Gómez Velásquez).

Analizadas las probanzas allegadas al proceso, se observa inicialmente que es evidente que no aparece auto previo dictado por funcionario de instrucción alguno que ordene diligencia de allanamiento en el

inmueble, ocupado por la señora Flor María Ramírez, ni en ninguno otro.

Tampoco hay constancia procesal, de que algún delincuente cogido inflagranti se hubiese refugiado en el citado inmueble, lo cual hubiese justificado la penetración de los agentes de la autoridad. La omisión del auto ordenatorio es altamente irregular y criticable. No comparte ni comprende en ningún momento la Sala, la arriesgada apreciación del juez de primera instancia, cuando al rechazar el pedimento de que se declare la inexistencia de la diligencia de allanamiento, acepta que no existía la orden respectiva, pero agrega que de no haberse operado así, los resultados "hubiesen sido necesariamente negativos". Lo que llevaría a tales efectos nugatorios, sería la notificación del proveído con antelación, que la ley descarta.

Pero a pesar de la carencia del auto previo, si se cumplió con el requisito de levantarse el acta a que se refiere el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal, la cual como ya se determinó, fue firmada por quienes tomaron parte en la diligencia.

Si se estudia detenidamente tal acta, se encuentra que ella se inicia describiendo una reunión en el sitio de los hechos a las siete veinte (7:20) p. m. 9:20 de la noche, esto es, que para esa hora ya las autoridades habían penetrado, pues se afirma que a las seis de la tarde (6:00 p.m.) se procedió a allanar el inmueble, y aun cuando se habla del permiso de Flor María Ramírez, parece concretarse al registrado, lo cual coincide con su dicho de que ella aceptó que "esculcaron" cuando ya se encontraban dentro del inmueble.

Para la Sala las circunstancias de que en el acta citada se hubiese consignado la existencia de permiso por parte de la señora Flor María Ramírez Huérfano y de que ella hubiese firmado la diligencia es indicativa de que se subsanaran las irregularidades iniciales y por tanto, la diligencia es por eso irregular, y no nula.

Tal es su verdadero alcance jurídico, cuya diferencia ha delimitado la Corte en múltiples decisiones, a algunas de las cuales se hará referencia adelante.

4. *Los efectos de las irregularidades en el allanamiento.* Con estas bases, es conducente estudiar la inferencia que las irregularidades iniciales alegadas en la diligencia de allanamiento, tendrían sobre cada una de las causales impetradas, esto es, en la cuarta (nulidad supralegal) y la primera, error de derecho.

Debe aclararse primero que todo, que de aceptarse la existencia, ella se contraería únicamente a la diligencia misma de allanamiento, pero no a la totalidad del proceso. Tal solución la ha aceptado esta Corporación en múltiples oportunidades y se refuerza por la circunstancia de haberse practicado la diligencia nula, en la etapa de Policía Judicial.

La respuesta afirmativa se impone aún prescindiendo de la dubitada exposición rendida ante las autoridades de Policía Judicial, por la señora Flor María Ramírez; surge evidente que ella fue debidamente indagada ante la justicia ordinaria y asistida por un apoderado por ella libremente designado, el día 18 de junio de 1983.

En tal diligencia, la señora Flor María Ramírez, aceptó ser la ocupante de la residencia ya delimitada, estar casada con Jorge Eugenio Pinilla, haberse encontrado el día de la diligencia cuestionada en su residencia y reconoce que evidentemente las personas que se introdujeron en su casa, le manifestaron que habían encontrado unas cosas en unos talegos.

También aceptó que en su casa se encontraba una balanza y las explicaciones que dio fueron contradictorias con la de los testigos que citó para explicar la procedencia de ella.

Las explicaciones que dan los sindicados sobre la existencia o procedencia de las sustancias son contradictorias entre sí. Está pues establecido evidentemente que la sustancia, objeto material de esta investigación, sí se encontraba en la casa habitada por los condenados, uno de ellos trata de desdibujar el hecho evidente de su residencia allí.

Por tanto, aún con prescindencia de la diligencia de allanamiento, surge demostrado el hecho básico ya indicado. No puede decirse tampoco que la diligencia irregularmente criticada haya tenido como consecuencia necesaria el conculcamiento de los derechos de los procesados. A esta investigación puede aplicarse lo que ya manifestó en otra oportunidad esta Sala:

> *"De otra parte, una vez realizado el operativo con tales positivos resultados, capturados y elementos, fueron puestos oportunamente a órdenes de la autoridad judicial que dio inicio al sumario correspondiente dentro del cual se cumplieron todas las formalidades legales de rigor, por manera que no se ha producido conculcamiento alguno de los derechos de los sindicados, ni pretermisión procesal que haya afectado el normal desarrollo de las actuaciones judiciales que culminaron legalmente con el fallo condenatorio proferido" (providencia de 22 de noviembre de 1984, Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía).*

El cargo de la nulidad por este aspecto no prosperará.

5. *El allanamiento como base de la causal 1ª. Los argumentos expuestos sirven para excluir la conclusión de que las fallas anotadas en la diligencia de allanamiento, puedan servir de base para sustentar un error de derecho, puesto que como ya se concretó la sentencia no solamente está fundamentada en tal diligencia.*

6. *La identificación preliminar de la sustancia.* Al enunciar la causal 4ª, el recurrente entremezcla en su ataque al acta de allanamiento la de incautación, por haber sido realizada por orden de autoridad competente y sin estar en estado de sitio la Nación. Sin embargo al demostrar el cargo, agrega que la diligencia careció de la presencia del Ministerio Público. Al enunciar la causal 1ª, ya en la parte separada, sostiene que el sentenciador no podía conceder valoración alguna al acta de identificación preliminar, pesaje, sustracción de muestras, depósito encautación, por cuanto no fue decretada por la autoridad competente, ni con asistencia del agente del Ministerio Público.

En líneas generales se reitera pues que el argumento es el mismo que sirve de base para sustentar las dos causales, lo cual justifica el método de estudio que se sigue.

Si se analiza el expediente, se encuentra que si bien a folio 8 obra una diligencia de identificación preliminar, pesaje, sustracción de muestras y depósito de una sustancia, y que ella no aparece firmada por agente del Ministerio Público, en cambio la inspección judicial para toma de muestras, pesaje y destrucción de una sustancia, practicada por el juez (fl. 27) y ordenada en el auto cabeza de proceso (fl. 16) sí contó con la presencia del agente del Ministerio Público, doctor Edgar Alayón. En la primera diligencia se dejó constancia de que no se hizo presente el doctor Diego Domínguez, Coordinador de la Policía Judicial.

Estima la Sala, que la ausencia del funcionario de Policía Judicial en la primera diligencia, puede entrañar una irregularidad, una omisión pero no de entidad tal para configurar en la nulidad, ni de la diligencia misma, ni de todo el proceso, máxime cuando tal omisión está obviada con la presencia en posterior diligencia del agente del Ministerio Público.

En forma reiterada ha sostenido esta Corporación, que no basta la existencia de "cualquier anomalía en la ritualidad de la actuación procedimental no prevista legalmente como causal de nulidad para que pueda reclamarse con éxito esta excepcional categoría de remedio jurídico..." (Providencia mayo de 1982).

"Raros son los procesos en que no se advierte ninguna informalidad en su tramitación, pero no todo descuido que se descubra en ellos los convierte en inválidos" (Sentencia de 5 de febrero de 1947 y de 8 de noviembre de 1982).

Pero es más, respecto a este caso concreto de fallas en la aplicación del artículo 70 del Decreto 1188 de 1974, ya se ha pronunciado exhaustivamente esta Corporación, desechando la declaración de nulidad por no intervención del agente del Ministerio Público (Providencia de 9 de septiembre de 1981, ponente doctor Gómez Velásquez).

"En tal oportunidad manifestó la Sala en forma terminante: La inobservancia de los artículos 70 y 71 del Decreto 1188 de 1974, no viola el derecho de defensa, si por otra parte se cumplieron en el curso del juicio, como ocurrió en el caso a estudio".

La Corte se remite a esa y otras providencias que han definido suficiente y concretamente el punto y llevan a desechar las alegadas omisiones como causales de nulidad.

Por este aspecto tampoco prosperará como nulidad alegada.

7. *Fallas en la identificación como causal 1ª.* Las razones expuestas guardadas a proporciones, tampoco confluyen a fundamentar la causal 1ª por error de derecho, por haberle dado un valor probatorio a la diligencia de incautación celebrada sin la presencia del agente del Ministerio Público.

La omisión no es de identidad tal, para destruir la totalidad de la prueba máxime ante lo concluyente del dictamen pericial que examinó las sustancias decomisadas.

El cargo por este aspecto se desechará.

8. *La exposición de Flor María Ramírez.* Respecto a la exposición de Flor María Ramírez, rendida ante los funcionarios de Policía Judicial, se tacha por no haber estado asistida por apoderado y tal tacha se vuelve a desempeñar por el recurrente el doble papel de base de la nulidad y de la causal 1ª.

Sin embargo, el supuesto en el cual se fundamenta el recurrente, carece de fundamento legal alguno y el tema ha sido también reiteradamente considerado por esta Corporación, al poner de presente que no existe norma que el procesado, al rendir su versión libre y espontánea ante la Policía Judicial, deba estar necesariamente asistido por apoderado (Providencia de 30 de julio de 1984, Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía).

En otra oportunidad, esta misma Corporación reiteró que la carencia de intervención del apoderado, no puede ser reclamada como motivo de nulidad legal, ni constitucional (Casación de 23 de julio de 1982).

Tampoco es por tanto la carencia de intervención de apoderado, base para sustentar error de derecho en errónea apreciación de las pruebas, pues tal manera de apreciar las cosas, está fundada en una base normativa inexistente.

Se desecharán por este aspecto, tanto la causal 4ª, como la 1ª.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

REVISION

El recurso extraordinario de revisión tiene por finalidad remover la certeza procesal que impone la cosa juzgada por ello se han señalado en la ley exigencias de imprescindible cumplimiento para la elaboración de la demanda

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E. veintiuno de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 021 del 1º de abril de 1987.

Vistos:

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que resultare pertinente con relación a la demanda de revisión presentada por el apoderado del condenado *Jorge Eliécer Villarreal Prada.*

Actuación procesal:

El apoderado del condenado Jorge Eliécer Villarreal Prada presentó el día diecinueve (19) de enero del corriente año un memorial que contiene, según su parecer, una demanda de revisión del juicio que se adelantara contra su poderdante ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga y como consecuencia del cual se impuso a Villarreal Prada la pena principal de ocho (8) años de prisión como coautor responsable del delito de secuestro extorsivo, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bucaramanga quien señaló al sentenciado como cómplice del delito que a él se le imputara.

Consideraciones de la Corte:

Dentro del texto de su demanda, y luego de identificar someramente el proceso materia de la demanda y los funcionarios de instancia, el apoderado del sentenciado alega la violación de expresas normas del Código Penal (arts. 268 y 24) que llevaron al sentenciador de segunda instancia a aplicar una pena superior a la que le debería corresponder a Villarreal Prada quien fue reconocido en la segunda instancia como cómplice y no como coautor del hecho juzgado.

Posteriormente, alega como fundamento de la demanda la causal tercera del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, esto es, "cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra

clase que haya podido determinar el fallo respectivo", fundando su petición en la siguiente argumentación:

"Esta causal señala una relación de causa a efecto, entre la prueba y la determinación condenatoria adaptada (sic) en el fallo de los jueces de instancia se basa en que la sentencia fue constituida sobre un documento falso y que especialmente su parte resolutiva lesiona el principio de justicia con el grave error judicial que consigue (sic) la cosa juzgada".

Nada más de fundamento contiene la demanda. Se limita al escrito a dejar planteadas algunas apreciaciones personales del recurrente, sin concretar ataque alguno a la sentencia y menos aún demostrar la posible existencia de una causal de revisión. *Debe recordarse*, en este punto, *que el recurso extraordinario de revisión tiene por finalidad remover la certeza procesal que impone la cosa juzgada, y por ello se han señalado en la ley exigencias de imprescindible cumplimiento para la elaboración de la demanda, las cuales repetidamente se han señalado por parte de la jurisprudencia.*

El sentido mismo del recurso, fue ya precisado por esta Corporación en providencia de fecha trece (13) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985), con ponencia del doctor Fabio Calderón Botero, en la cual se afirmó:

"1º Para la ley procesal penal colombiana la revisión es un recurso extraordinario que dadas sus causales, de no muy frecuente ocurrencia, resulta ser un medio de impugnación de carácter excepcional. Más se destaca esta apreciación cuando se advierte que va dirigido contra la cosa juzgada como expresión de la verdad que revela el proceso, esto es, contra la sentencia definitiva, con el objeto de demostrar que esa verdad procesal o formal allí declarada no coincide con la verdad material o real del hecho punible y de su autor, en el espacio y tiempo históricos de su naturalístico acaecer. Falta de identidad que pone de relieve la inocencia del condenado y que obliga al Estado a quitarle toda la protección debida a su propia verdad para dar paso a la justicia real mediante la revisión de la causa en un juicio de reenvío.

Siguiendo con absoluta fidelidad esta orientación, el legislador ha establecido en todas las causales de revisión el predominio de la realidad sobre lo que procesalmente se hubiere demostrado, siempre y cuando conduzca a poner de resalto la inocencia del condenado. Esta teleología jurídica es la que une, sustenta y justifica las causales del recurso y la que le ha permitido conformar, por tal modo, un cuerpo normativo con unidad conceptual inescindible.

Entonces, lo que importa en la revisión y lo que se tiene que probar en ella, es que otra, generalmente opuesta, fue la realidad de los hechos materia del juzgamiento y que, por lo tanto, la injusticia de la sentencia en cuanto condena a un inocente queda al descubierto bajo el cristal trasparente de la verdad verdadera".

De estas precisiones jurisprudenciales puede concluirse diáfanamente que no es suficiente que el recurrente plantee una causal de revisión, abandonando completamente la demostración de su existencia y olvidando aportar las pruebas correspondientes a dicha alegación. La demostración, por otra parte, no consiste en la mera enunciación de una falsedad, sin fundamentos jurídicos y sin más alegación que la afirmación del hecho mismo, como ocurre en el caso bajo estudio. Tal demostración requiere del esfuerzo y del análisis de los hechos y las pruebas que lleven a la clara evidencia de que el juicio merece ser revisado porque las pruebas en él recaudadas, o las que no se pudieron realizar, comprueban efectivamente que el condenado debió recibir una decisión favorable.

En el presente caso el recurrente ni siquiera se tomó el trabajo de señalar cuál prueba, determinante para el fallo condenatorio, es la que él mismo considera afectada de falsedad; menos aún se preocupó por demostrar la existencia de dicha falsedad, y descuidó completamente la comprobación de que esa presunta prueba falsa determinó el fallo de condena que ahora pretende remover. Sus alegaciones, reveladoras de un desconocimiento del sentido y fin del recurso extraordinario, llenan, cuando más, las características de un alegato de instancia, pero no configuran una demanda de revisión formulada de conformidad con las exigencias precisamente señaladas en el artículo 585 del Código de Procedimiento Penal.

Resulta indudable pues, en este punto, que el escrito presentado debe rechazarse porque no tiene la más mínima vocación de prosperar o tan siquiera fundamentar el trámite del recurso extraordinario.

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

Resuelve:

Rechazar in límine el escrito presentado por el apoderado del condenado Jorge Eliécer Villarreal Prada, por las razones anotadas anteriormente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

LIBERTAD. COMPETENCIA

La Corte no tiene competencia para resolver sobre las peticiones de libertad, mientras decide un incidente de recusación, salvo que, entre tanto, el procesado cumpla la totalidad de la pena que se le impuso en la sentencia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintidós de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz*.

Aprobado Acta número 024.

Vistos:

Los procesados *Antonio Cebollero, Carlos Mendoza Campo, Luis Alberto Orozco González y Fernando Bedoya Hoyos*, los tres primeros por medio de apoderado, solicitan el beneficio de libertad provisional con fundamento en lo preceptuado por el artículo 453, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal (Ley 2ª de 1984, art. 44) al considerar que el tiempo que llevan en detención efectiva y el que les pueda corresponder como redención de pena por trabajo y estudio, resultan suficientes para obtener su excarcelación, pues, además de haber cumplido las dos terceras partes de la sanción impuesta por el juzgador de primera instancia, se reúnen plenamente los requisitos previstos por el artículo 72 del Código Penal para el otorgamiento del subrogado penal de la libertad condicional.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se abstuvo de conceptuar respecto de las peticiones de libertad elevada por los señores apoderados de los tres procesados primeramente mencionados y solicita de la Sala no hacer pronunciamiento alguno, por incompetencia funcional para ello.

El Ministerio Público funda su petición en el hecho de que "... cuando se propone un incidente de recusación, la competencia se circunscribe exclusivamente a resolver '... de plano la cuestión en vista de lo alegado...', es decir, solucionar el conflicto atinente, no al caso materia del proceso (cuestión por completo extraña a este incidente), sino a los funcionarios encargados de resolverlo, cuya ecuanimidad ha sido puesta en tela de juicio. Es obvio, entonces, que pronunciarse sobre materias diferentes a la recusación conllevaría una intromisión en una órbita diferente y de contera provocaría la nulidad respectiva (art. 210-1 del C. de P. P.)".

Agrega que "... implicaría, o bien proferir una decisión en reemplazo de la autoridad competente en una suplantación abiertamente

ilegal, o bien revisar una ya proferida por el inferior sin haberse surtido el recurso correspondiente".

"En el caso de la Corte, la situación se tornaría aún más grave pues no sólo se presentarían los vicios anotados, sino que el pronunciamiento '... equivaldría, de acoger la petición, a modificar la decisión del Tribunal, sin competencia para ello, con lo cual se convertiría en fallador de tercera instancia' " (C. S. J., pet. 2/85).

Finalmente, puntualiza la Delegada que "... En armonía con lo anterior, el inciso tercero del artículo 44-4 de la Ley 2ª de 1984 prescribe que '... La excarcelación a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté *conociendo* del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista', entendiéndose por tal, el funcionario (singular o colegiado) que por razón de su competencia funcional le corresponda decidir sobre el fondo de la controversia materia del proceso, mandato que evidentemente excluye a cualquier otro que por cualquier razón intervenga transitoriamente, como en nuestro caso".

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado 17 Superior de Bogotá en sentencia de 4 de agosto de 1986 condenó a los procesados Antonio Cebollero y Campo, Rafael Esteban Rodríguez Cristancho, Fernando Bedoya Hoyos, Carlos Eduardo Mendoza Campo, Nelson Torres Palomino y Ayda Cañizalez Padilla a la pena principal de *sesenta y cuatro (64) meses de prisión*, como coautores responsables de los delitos de falsedad en documentos públicos, cometido en concurso, con el de estafa y, por estos mismos delitos a Roberto Soto Prieto y Robert Henrry Russell, a la pena privativa de la libertad de *ochenta y cuatro (84) meses de prisión*.

Recurrida la decisión por los señores defensores de los acusados, por auto de 25 de agosto de 1986 el Juzgado 17 Superior concedió, en el efecto suspensivo y para ante el Tribunal Superior de Bogotá la apelación oportunamente interpuesta y sustentada por los impugnantes.

Recibido el proceso en el Tribunal Superior de Bogotá y agotada la tramitación propia de la instancia, el señor Defensor del procesado Antonio Cebollero y Campo demandó la aplicación del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal (numeral 4º del art. 44 de la Ley 2ª de 1984), es decir, el beneficio de libertad provisional. Encontrándose el proceso en traslado al agente especial del Ministerio Público, similar petición fue elevada por el Defensor del procesado Luis Alberto Orozco González.

En providencia de 20 de febrero de 1987, el Tribunal Superior de Bogotá, acorde con el concepto emitido por el señor Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial en su condición de agente especial del Ministerio Público, negó el beneficio de libertad provisional a los procesados Cebollero y Campo y Luis Alberto Orozco González.

Según informe secretarial el señor apoderado de Antonio Cebollero, en forma extemporánea, presentó recurso de reposición contra la providencia anteriormente citada, razón por la cual, la Sala de decisión en providencia de 6 de marzo del corriente año, además de

negar el beneficio de excarcelación a los procesados Fernando Bedoya Hoyos y Carlos Mendoza Campo, negó el trámite del recurso de reposición a que se hizo referencia.

Hallándose en notificación esta última decisión, Cebollero y Campo recusó a los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión y, el 9 de marzo la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal, puso en conocimiento de los funcionarios el incidente propuesto. Fue así como en autos de 14, 18 y 20 de marzo del corriente año, los Magistrados doctores Luz Stella Mosquera de Meneses, Jorge Ortiz Rubio y Didimo Páez Velandia, rechazaron la recusación propuesta y dispusieron el envío del expediente a esta Corporación para los fines señalados en el artículo 83, inciso tercero del Código de Procedimiento Penal.

Tan sólo dos días después de ser recibido el proceso en el Despacho del Magistrado sustanciador para la elaboración del proyecto correspondiente a fin de resolver la recusación propuesta contra los Magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Bogotá, el señor apoderado del procesado recusante presentó solicitud de libertad provisional con fundamento en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984, es decir, sobre los mismos presupuestos que tuvo a su consideración la citada Corporación y que fueran despachados negativamente en providencia de 20 de febrero del corriente año. El mismo día, el defensor de Carlos Mendoza Campo eleva ante la Corte igual solicitud de excarcelación y, al día siguiente hace lo propio el señor apoderado de Luis Alberto Orozco González. Finalmente y una vez se obtuvo el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, el procesado Fernando Bedoya Hoyos hizo llegar su propia petición de excarcelación, sobre los mismos presupuestos alegados por los profesionales del derecho a que se refirió la Sala anteriormente.

Se procede, en consecuencia, a resolver lo que legalmente corresponda.

1º El artículo 44, numeral 4º de la Ley 2ª de 1984 que invocan los memorialistas, prescribe:

"Salvo los casos previstos en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia al proceso y a la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella:

"1º ..... 2º ..... 3º ..... 4º Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le acusa, habida consideración de la calificación que debería dársele".

"Se considerará que ha cumplido la pena, el que lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla".

"La excarcelación a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista".

Quiere decir lo anterior que debe determinarse previamente, como lo advierte el Ministerio Público, si la Corte es o no competente para resolver sobre las peticiones de libertad provisional elevada por los procesados mencionados, tres de ellos por medio de apoderado.

2º *El Título II, Capítulo 2º del Código de Procedimiento Penal consagra la "competencia funcional y por razón de la naturaleza del hecho y la calidad de los procesados".*

En el artículo 32 ibídem, *señala taxativamente la competencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia respecto de los procesos de la Justicia Penal ordinaria y, el artículo 320 del Código de Justicia Penal Militar con relación a los procesos militares.*

En ninguna de estas dos normas que determinan la competencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, se le asigna el conocimiento de los procesos para decidir sobre impedimentos y recusaciones.

El artículo 83 del Código de Procedimiento Penal atribuye el conocimiento a esta Corporación, para decidir "de plano", es decir sin ningún trámite previo, el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal Superior cuando ha sido rechazado por la Sala dual correspondiente o, la recusación propuesta por una de las partes contra el mismo funcionario y éste la encuentra infundada.

Por su parte, el artículo 87 ibídem *enseña que "desde que se presente la petición de recusación, o desde que se manifieste impedido el juez o magistrado, hasta que se resuelva definitivamente, se suspenderá el proceso, si estuviere en estado de juicio; pero si fuere sumario, podrán ejecutarse los actos urgentes de instrucción".*

Esta disposición contempla dos aspectos fundamentales:

a) Cuando se presenta el escrito de recusación por una de las partes, inmediatamente se suspende el proceso cuando se halle en estado del juicio, es decir, una vez cause ejecutoria el auto de proceder, o, desde el mismo momento en que el juez o magistrado manifiesta su impedimento para conocer del asunto;

b) Si el proceso se hallare en estado de sumario, éste no se suspende, pero solamente puede el funcionario impedido o recusado, realizar actos urgentes de instrucción (indagatoria al procesado detenido, resolución de la situación jurídica, excarcelación, entre otras).

En el primer caso, la situación jurídica del procesado se halla debidamente concretada en el pliego de cargos, sin lugar a modificación por el juez, precisamente por su firmeza. En cambio, en el segundo, la investigación se halla en curso y, el incidente debe resolverse en la actuación de copias, las cuales deben ser remitidas inmediatamente al Superior para que decida "de plano" sobre el incidente.

La aceptación de la recusación o su rechazo y la manifestación de impedimento del funcionario que esté conociendo del proceso, debe hacerse mediante auto motivado con expresión exacta de los motivos que lo llevan a declarar el impedimento o rechazar la recusación, providencia que no requiere de notificación y que debe ser puesta en

conocimiento inmediato de la autoridad que deba resolver sobre el incidente. A su vez, quien deba decidirlo, lo hará igualmente mediante auto motivado, sin trámite previo, pero esta decisión debe ser notificada a las partes a fin de enterarlas de la designación del nuevo funcionario en caso de prosperar la recusación o el impedimento o, en caso contrario, para que reconozcan las razones que se tuvieron para declarar la improcedencia del incidente.

La ley ha sido cuidadosa al fijar las diversas hipótesis en las cuales no conviene a la administración de justicia que determinado funcionario actúe como juez o magistrado, precisamente en busca de conservar el buen nombre de la Rama Jurisdiccional, garantizar la rectitud y acierto de las decisiones y evitar que se ignoren los sentimientos personales del juliador, ha dicho esta Sala. Pero, así mismo, el legislador consecuente con la garantía de los derechos de las partes, previó un trámite rápido para decidir esta clase de incidentes, hasta el punto de prohibir nueva recusación y declaratoria de impedimento del funcionario que tenga de resolver el incidente, no obstante concurrir en él una cualquiera de las causales previstas en el artículo 78 ibidem *(art. 86, inciso primero, C. de P. P.).*

3º *Razón le asiste al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando solicita de la Sala se abstenga de resolver sobre las peticiones de libertad, pues, como se dejó consignado anteriormente, la Corte no tiene competencia sino para decidir sobre el incidente de recusación* propuesta por el procesado Antonio Cebollero y, en providencia de esta misma fecha, la Sala rechazó por improcedente el incidente propuesto.

Además, la causal invocada por los memorialistas, es decir, la prevista en el numeral 4º del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984, según el criterio de los señores defensores, se encuentra presente desde tiempo atrás, razón por la cual similares peticiones fueron presentadas y decididas en su oportunidad. Precisamente, la decisión de fecha 20 de febrero del corriente año, originó la recusación que presentó el procesado mencionado contra los integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, que por lo demás, fue declarada infundada por la Sala en providencia del día de hoy.

Es claro que, la causal invocada para la excarcelación de los cuatro procesados detenidos, no se presentó al momento de hallarse el proceso en la Corte para decidir la recusación.

Cosa distinta sería que uno de los procesados al momento de llegar el proceso al superior para decidir sobre el incidente, cumpla la pena total que se le impuso en la sentencia. En este caso, el Magistrado sustanciador dispone por auto de sustanciación la libertad inmediata del recluso, no en cumplimiento de una decisión de la Sala, sino de la sentencia que determinó la sanción.

4º Asiste razón igualmente al señor Procurador cuando advierte que de llegar la Corte a decidir las peticiones de libertad, se estaría revisando, por vía extraña, la providencia del Tribunal Superior de Bogotá tantas veces citada, precisamente porque contra ella no era procedente sino el recurso de reposición, del cual hizo uso uno de los señores defensores, de manera extemporánea, con el fin de obtener nuevo pronunciamiento simplemente ilustrativo para conocer "... la

diferencia señalada por ustedes entre los conceptos de 'resocialización' y 'readaptación' ...", es decir que, no obstante haber sido negadas sus peticiones, los defensores acataron la decisión del juzgador de instancia.

Contra esta providencia, se repite, no es viable ni el recurso de apelación, ni la consulta. Razón por la cual la Corte no puede pronunciarse sobre el mismo tema propuesto al Tribunal y decidido con competencia para hacerlo.

5º Finalmente, resulta oportuno transcribir una de las tantas decisiones adoptadas por la Sala en casos similares, es decir, cuando la Corte ha conocido de incidentes como el de colisión de competencia que, al igual que los impedimentos y recusaciones, deben ser decididos "de plano".

"... como en forma inveterada lo ha dicho la Corte, en el incidente encaminado a dirimir las colisiones de competencia presentadas entre los funcionarios, no es permitido a quienes la dirimen entrar a decidir sobre materias diferentes de las propias relativas a la colisión, menos aún asumiendo funciones que el legislador atribuyó a los de las instancias" (Auto de 26 de enero de 1984. Magistrado ponente doctor Dante L. Fiorillo P.).

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, *se abstiene* de resolver sobre las peticiones de libertad de los procesados Antonio Cebollero y Campo, Carlos Mendoza Campo, Luis Alberto Orozco González y Fernando Bedoya Hoyos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PENA. Redención

Desaparecida la reincidencia como circunstancia agravante de la pena, la exclusión que consagraba la Ley 32 de 1971 para los procesados condenados con anterioridad, respecto de la redención de pena por trabajo o estudio, no tiene operancia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintidós de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado Acta número 024.

Vistos:

El procesado *Alvaro Hernández Colorado* solicita el beneficio de libertad provisional con fundamento en lo preceptuado por el artículo 72 del Código Penal y la Ley 32 de 1971, al considerar que el tiempo efectivo en reclusión y el que le corresponde como redención de pena por trabajo y estudio, son suficientes para obtener su excarcelación dada su conducta observada en el establecimiento carcelario.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal ha emitido concepto desfavorable a la petición de libertad del procesado en razón a que no tiene derecho a la rebaja de pena por trabajo y estudio de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1º, inciso 3º de la Ley 32 de 1971 y por registrar condena anterior por el delito de extorsión.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado Primero Superior de Cali mediante sentencia de 20 de febrero de 1986 condenó a Alvaro Hernández Colorado a la pena privativa de la libertad de *cuarenta y dos (42) meses de prisión* como autor responsable de los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con el de extorsión. El Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó en todas sus partes la decisión de primera instancia mediante fallo de 9 de mayo del mismo año.

Como *el Ministerio Público en su concepto* que antecede *se opone al reconocimiento de las rebajas por trabajo y estudio en atención a lo normado en el inciso tercero del artículo 1º de la Ley 32 de 1971, por figurarle al procesado una sentencia anterior por el delito de extorsión proferida por el Juzgado 9º Penal del Circuito de Cali, debe la Sala, previamente, determinar si el procesado es o no acreedor a la redención de pena por esta circunstancia.*

La Ley 32 de 1971 en su artículo primero dispone que "podrán obtener reducción de su pena por el trabajo, los condenados a penas privativas de la libertad. A los reclusos se les abonará un día de pena por cada tres de trabajo".

La misma disposición, en su inciso tercero, hace la exclusión del beneficio consagrado cuando enseña que "no será aplicable esta medida a los reincidentes, ni a los delincuentes considerados durante el proceso como de alta peligrosidad, cuando esta circunstancia se haya hecho constar en la sentencia, ni a quienes se hayan fugado o hubieren intentado fugarse, tanto en el desarrollo del proceso, como en el cumplimiento de pena".

El Código Penal de 1936, en su artículo 34, consagraba un incremento de pena para los reincidentes, es decir, para quienes después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito. Este incremento en la sanción en el nuevo proceso, era de una tercera parte de la pena que mereciere por la infracción, por la primera vez y, en la mitad para las demás, siempre y cuando el nuevo delito se hubiese cometido dentro de los diez años de la ejecutoria de la condena primaria.

El nuevo Código Penal, suprimió esta precisa circunstancia agravante de la sanción, en atención a que el legislador consideró que con ello se sancionaba un delito anterior que ya había sido concretado con una pena de acuerdo con la infracción y las modalidades como fue cometido por el agente. Sin embargo, la reincidencia debe ser objeto en nuestra actual legislación, como medio valorativo de la personalidad del procesado para los efectos de los beneficios de excarcelación provisional o libertad condicional, cuando en su artículo 72 faculta al juez para otorgar el subrogado allí previsto, "siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, *permitan suponer fundadamente su readaptación social".*

En consecuencia, desaparecida la reincidencia como circunstancia agravante de la pena, la exclusión que consagraba la Ley 32 de 1971 para los procesados condenados con anterioridad, respecto de la redención de pena por trabajo o estudio, no tiene operancia y, debe el juzgador, en todo caso, reconocer como cumplimiento parcial de la sanción, las labores desarrolladas por los detenidos, cuando ellas cumplen los requisitos legales (programas y aprobación por la Dirección General de Prisiones) y se hallan debidamente certificadas por la autoridad correspondiente.

Así mismo, debe la Sala precisar los alcances de la norma primeramente citada, respecto de la exclusión del beneficio de rebaja de pena por trabajo o estudio, cuando un procesado se ha fugado o intentado fugarse, tanto en el desarrollo del proceso o durante el cumplimiento de la pena impuesta.

El hecho de que un procesado se fugue o intente fugarse cuando se le adelanta un proceso o se encuentra purgando una sanción ya determinada, solamente puede afectarlo respecto de dicha causa para negársele el reconocimiento de rebajas por trabajo o estudio durante el tiempo de detención. De ninguna manera puede afectarlo con relación al proceso que se le inicie por la fuga o tentativa de evasión o cualquier

otro proceso que simultáneamente curse en su contra, menos aún en aquellos que se le inicien con posterioridad por hechos cometidos durante el tiempo que se halle prófugo de la justicia. En síntesis, solamente puede afectarlo tal comportamiento, en el proceso por el cual se encontraba legalmente detenido o descontando una pena.

Como en el presente caso, a folio 70 del cuaderno original aparece copia de la sentencia proferida por el Juzgado 9º Penal del Circuito de Cali y por el Tribunal Superior de la misma ciudad, en sus partes resolutivas y allí se concedió la libertad a Hernández Colorado por cumplimiento total de la pena impuesta, la referencia que se hace en el fallo de segundo grado respecto de los presuntos delitos de fuga de presos y abuso de confianza, en nada inciden para el reconocimiento de las rebajas por trabajo y estudio en este proceso y a favor del peticionario, máxime que allí no se indica si la investigación se dirigía a Hernández Colorado o a su compañero de causa Lasso Zapata, quien igualmente resultó condenado.

Como quiera que el peticionario se halla privado de su libertad desde el *25 de abril de 1985*, a la fecha lleva en detención efectiva *veintitrés (23) meses y veintisiete (27) días*. Por trabajo acredita 2.920 horas que le dan derecho a una rebaja equivalente a *cuatro (4) meses y un (1) día*, para un total acumulado de *veintisiete (27) meses y veintiocho (28) días*, tiempo inferior en dos (2) días a las dos terceras partes de la sanción impuesta por los juzgadores de instancia.

El artículo 2º, inciso segundo del Decreto 2119 de 1977, reglamentario de la Ley 32 de 1971, prescribe que "cualquier intensidad horaria que supere los límites de seis (6) horas u ocho (8) horas diarias, a que se refiere el inciso anterior, no se tendrá en cuenta para los efectos de rebaja de pena", es decir, las sesenta (60) horas de estudio certificadas durante los meses de agosto y septiembre de 1985, no pueden ser contabilizadas para los efectos de rebaja de pena, pues, durante el mismo lapso, el procesado trabajó las ocho (8) horas diarias y este tiempo ya fue computado para la rebaja de la sanción impuesta.

No obstante que el procesado no satisface el primero de los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal, es decir, el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena principal, considera la Sala que Hernández Colorado no es acreedor a la excarcelación allí precisamente por lo anotado en párrafos anteriores, es decir, por cuanto su personalidad y antecedentes penales, permiten suponer que requiere de tratamiento penitenciario hasta el cumplimiento total de la sanción, ya que, una vez excarcelado dentro del proceso que se le siguió por el delito de extorsión y en el cual fue hallado responsable, persistió en su conducta al punto de haber sido capturado, juzgado y condenado como autor responsable de los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso con el de extorsión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo parcialmente con él, *niega* al procesado Alvaro Hernández Colorado el beneficio de libertad provisional.

Para la notificación personal de esta providencia se comisiona al Juez Primero Superior de Cali a quien se le librará despacho con los insertos del caso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SOBRESEIMIENTO TEMPORAL. Requisitos

No es requisito del auto de sobreseimiento temporal la precisión del cargo al procesado, ya que su esencia es provisoria

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintidós de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta número 24.

Vistos:

En grado de consulta, conoce la Sala del auto del 28 de noviembre de 1986, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira sobresee temporalmente por segunda vez al Juez 71 de Instrucción Penal Militar, doctor *Raúl Claro Carrascal* de los hechos que como constitutivos de falsedad en documento público se le atribuyen en este proceso. El Ministerio Público sugiere la confirmación del pronunciamiento.

Resultando y considerando:

1. Con respaldo en la orden de libertad número 1166 del 23 de diciembre de 1985, suscrita por el entonces titular del Juzgado 71 de Instrucción Penal Militar de Pereira, doctor Raúl Claro Carrascal, en la que se invocaba orden del Comando de la 8ª Brigada a cuya disposición se hallaba, del día 20 de los mismos mes y año, fue dejado provisionalmente libre el procesado Fabio de Jesús López, quien acusado de delito contemplado en el Decreto 1188 de 1974, se hallaba recluido en la Cárcel de Varones de Pereira. Por no haber existido la orden de libertad de la Brigada, invocada por el Juez, el Auditor 15 Auxiliar de Guerra de la misma unidad, formuló a instancias de su Comandante, denuncia contra el juez mencionado.

2. Profundas dudas de naturaleza probatoria no sólo en cuanto a la materialidad del posible ilícito, sino en cuanto a su responsabilidad determinaron los sobreseimientos temporales con que hasta ahora ha sido calificado el mérito sumarial. Y se atribuyen en principio al absoluto caos administrativo reinante en las oficinas de la Octava Brigada con sede en la ciudad de Armenia, de donde habría emanado la orden judicial de libertad que por comisión habría cumplido el juez acusado, situación ésta que a la vez ha impedido hasta ahora establecer si tal orden existió, provino de esa dependencia militar o de un tercero; si el juez fue asaltado en su buena fe, o si realmente con invocación de una decisión inexistente determinó la liberación del procesado Fabio de Jesús López. Los esfuerzos investigativos han sido ineficaces.

3. De todos los aspectos que ha de abarcar la investigación el único que aparece claro es que el juez acusado, doctor Raúl Clar Carrascal, firmó la orden de libertad objeto de investigación, pero no se ha podido establecer si existió o no la providencia que dio base a dicha decisión.

No se ha localizado la presunta providencia, porque según lo hizo constar el juez acusado, las decisiones que se le comisiona ejecutar, una vez notificadas, son devueltas a la Brigada de origen (fl. 9 del cuaderno principal), como lo reconoce el Comandante de la Octava Brigada General Alfonso Vacca (fls. 20 a 22 *ibidem*). Por otra parte, la impresionante magnitud del desorden administrativo y documental ampliamente conocido según lo aseveran el juez procesado, sus empleados subalternos, los empleados de la Auditoría de Guerra y los de la Cárcel del Distrito Judicial (fls. 62 a 65, 47 a 50 vto., 77 y 75), no ha permitido saber si la decisión primaria fue o no expedida. Se conoce por tales declarantes, que en la Brigada Octava se traspapelan y extravían providencias, folios de expedientes, y documentos en general de manera ordinaria. Esta situación no puede pasar desapercibida a la Corte, por lo que habrá de promoverse la investigación administrativa pertinente ante la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares.

4. Con tan precarios elementos de juicio, ante los que se alza la aceptación del funcionario acusado de haber suscrito la orden de libertad para atender un mandato jerárquico superior del que no se tiene concreto conocimiento, es procedente el segundo sobreseimiento temporal, como así lo decidió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, y habrá de confirmarse por esta Sala.

5. De otra parte, *como bien lo anota el señor Procurador 3º Delegado en lo Penal, carece de fundamento el salvamento de voto de uno de los Magistrados de la Corporación de origen según el cual el proceso está afectado de nulidad supralegal porque en los autos de sobreseimiento temporal no se ha precisado cargo alguno contra el acusado con lo cual se le imposibilita su derecho de defensa, y porque en el texto de tales providencias la referencia al posible delito cometido se hace sólo en la parte resolutiva, y además se prefirió la hipótesis del hecho punible de más grave entidad frente a otros que ni siquiera admiten el grado jurisdiccional de la consulta.*

Es en el auto de proceder en el que el Estado está en la obligación, por intermedio del juez competente, de formular al imputado los cargos concretos de los cuales habrá de defenderse; el auto de sobreseimiento temporal carece de tal requisito porque al proferirlo se hace reconocimiento de la deficiencia probatoria ya sea de la materialidad del delito o de la responsabilidad de su autor, de manera que su esencia es provisoria, siendo por tanto los elementos de prueba y la denuncia, los que en su precariedad para fundar una calificación definitiva, permiten adelantar una eventual posibilidad delictiva para superar etapas procesales y definir la situación del sujeto sub júdice. *Ha de añadirse, que el auto de sobreseimiento temporal carece de fórmulas rituales, aunque resulta obvio que debe sujetarse a la realidad procesal y a la lógica, como supuestos insoslayables.*

6. Dentro de la oportunidad probatoria del segundo sobreseimiento temporal habrán de verificarse al máximo esfuerzo para establecer los puntos oscuros de la investigación. Al efecto se practicarán las siguientes diligencias:

a) Inspección judicial a los libros, registros y archivos de las Auditorías Auxiliar 15 de Guerra del Batallón San Mateo y Principal de Guerra de la Octava Brigada y nueva inspección judicial al Comando de la misma Brigada para verificar:

—Cuáles son los mecanismos de control (entrada y salida) de los exhortos que se libran a los distintos despachos judiciales, en particular el Juzgado 71 a cargo del doctor Raúl Claro Carrascal;

—Cuántas y cuáles fueron las providencias que por los meses de noviembre y diciembre de 1985 se ordenó hacer cumplir al mismo funcionario;

—Cuál fue el procedimiento mediante el cual el juez Claro Carrascal diligenció tanto las comisiones de esos meses, como las de los 6 meses anteriores y posteriores al 20 de diciembre de 1985;

—Si las oficinas en donde se practicarán las inspecciones judiciales han observado siempre el mismo procedimiento para comisionar a los despachos judiciales y cuál ha sido tal procedimiento;

—Se establecerá si queda copia de la nota remisoria de los exhortos;

b) Oír nuevamente en declaración jurada a la Asesora Jurídica de la Cárcel de Varones de Pereira, doctora María Esperanza Dávila para que amplíe y precise los datos de que da cuenta en su telegrama obrante al folio 105 del proceso, muy especialmente respecto del notificador del Juzgado 71 de Instrucción Penal Militar.

En el mismo sentido se escuchará el testimonio de la Directora del mismo establecimiento, doctora Gloria Sierra Parra;

c) A la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares se oficiará para que informe el resultado de la averiguación que según la declaración obrante a folios 45 y siguientes, adelantó sobre la libertad concedida irregularmente por el juez Raúl Claro Carrascal a la sindicada por infracción al Decreto 1188 de 1974, Carmen Rodas Cifuentes.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público,

Resuelve:

1. Confirmar la providencia consultada, con la adición de que se practiquen las diligencias referidas en el ordinal 6º de la parte motiva de esta decisión.

2. Por Secretaría y con destino a la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, remítase copia de esta providencia una vez ejecutoriada, y de los folios 47 a 50 vuelto, 62 a 65, 77 y 75 del cuaderno principal, a fin de que si esa dependencia del Ministerio Público lo estima procedente, se investiguen las irregularidades referidas en tales documentos.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CONCURSO. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

La finalidad determina la adecuación típica. En algunos eventos se debe precisar también si la conducta medio era jurídicamente evitable o no; si lo era existirá concurso, en caso contrario, supervivirá sólo la adecuación típica que materializa el fin que se propuso el agente; este último caso tiene como ejemplo la realización de una sola conducta, que viola dos bienes diferentes: La administración pública y la libertad individual

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintrés de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 020 de marzo 31 de 1987.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en auto de veintidós (22) de agosto de 1985, recurrido en apelación por el apoderado del sindicado, decidió residenciar en juicio criminal al doctor *Rubén Antonio Mateus Millán,* a quien como Juez Promiscuo Municipal de Vistahermosa (Meta) se le imputa la comisión de los delitos de prevaricato por acción y privación ilegal de la libertad.

Hechos y actuación procesal:

Así los consigna el *a quo*:

"El señor Fidel Antonio Londoño Alzate presentó el 21 de junio de 1983, ante esta Corporación, una denuncia contra el doctor Rubén Antonio Mateus Millán, Juez Promiscuo Municipal de Vistahermosa, sindicándolo de la presunta detención injusta y arbitraria que venía sufriendo su padre Gerardo Londoño Sáenz por el hecho de haber permutado con Jorge Tulio Melo Agudelo un camión marca 'International' por un lote de terreno denominado 'El Bambú', ubicado en la vereda 'Lejías' del municipio de Vistahermosa.

"Aunque poco explícita la querella, de la investigación se infiere que no fue a causa de la mencionada transacción como fue a parar a la cárcel Londoño Sáenz, sino porque Constantino Chacón, quien también detentaba la posesión del predio permutado, le instauró denuncia por estimar que Londoño Sáenz era un invasor.

"El funcionario acusado, haciendo uso de las facultades concedidas por la Ley 17 de 1975, dispuso una vez recibida la denuncia de Constantino Chacón realizar algunas pruebas preliminares, las que lo llevaron a la convicción de que debía abrir la investigación e iniciar el proceso por el delito anunciado.

"Para poder entender en mejor forma el problema en el que se vieron envueltos, en una u otra forma, los señores Jorge Tulio Melo, Gerardo Londoño Sáenz y Constantino Chacón, es necesario hacer una breve reminiscencia que nos remonta al día 26 de mayo de 1978 cuando Londoño Sáenz entregara a Jorge Tulio Melo un camión marca International 1.700, modelo 1971, tipo carrocería estacas y de placas VZ 5186 y recibiera en cambio un lote de terreno de aproximadamente 400 hectáreas, el cual, como ya se dijo, está ubicado en la vereda 'San José de Jamuco o Lejías' del municipio de Vistahermosa.

"Transcurridos más de seis meses desde la negociación, Londoño Sáenz hizo que un topógrafo le midiera el lote, encontrando que solamente tenía una cabida de 156 hectáreas más 5.500 metros cuadrados, por lo que consideró que había sido objeto de una estafa, lo que lo llevó ante el Juzgado de Vistahermosa a entablar la correspondiente denuncia, hecho cumplido el 12 de diciembre de 1978. El juzgado profirió auto de detención contra Melo, el cual fue apelado por el doctor Gustavo Jaramillo Zuluaga, apoderado del sindicado, y revocado por este Tribunal en todas sus partes mediante providencia del 13 de mayo de 1982, ordenándose, como consecuencia, la inmediata libertad del sindicado y la compulsación de copias para decidir si se abría o no investigación penal contra el doctor Carlos Barrera Duanka por el posible delito de *detención arbitraria*, ya que al parecer este funcionario fue el que profirió la medida detentiva que se revocaba.

"Habiendo vuelto las cosas a su estado original, se presentó entonces la denuncia del 30 de mayo de 1983 por parte de Constantino Chacón contra Gerardo Londoño Sáenz, según la cual el segundo de los nombrados, estaba invadiendo un predio que al parecer es el mismo que poseía Londoño Sáenz desde 1978, pero que Chacón dice que lo había adquirido de Parmenio Apolinar.

"Lo cierto es que realizadas las diligencias preliminares de que se habló al comienzo, por parte del doctor Mateus Millán, incluida entre ellas diligencia de inspección judicial al predio que se tornó litigioso, se decidió por medio de auto de fecha junio 16 de 1983 abrir la investigación penal, ordenar la captura de Gerardo Londoño, oírlo en indagatoria y practicar todas las pruebas necesarias 'en orden a esclarecer mejor los hechos'.

"Ahora bien, para determinar la legalidad o ilegalidad de la actuación del funcionario acusado, se solicitaron y agregaron a estas diligencias, las fotocopias del proceso mencionado, el cual, según se sabe, aparece en el libro radicador, Tomo VI, al folio 199 y bajo el número 4.642; fotocopias de las que se puede extractar lo siguiente:

"1º Constantino Chacón Díaz presenta personalmente el 30 de mayo de 1983, denuncia formal contra Gerardo Londoño Sáenz por el pre-

sunto delito de *invasión*, el cual ubica en el artículo 367 del Código Penal. Ese mismo día se le ratifica.

"2º En la misma fecha la denuncia pasa al despacho que ordena practicar inspección judicial en el lugar de los hechos para constatar lo dicho en ella. A renglón seguido aparece el auto en el que se estipula con ordinales, los objetivos de la diligencia, entre otros, los linderos que enmarcan el predio, las mejoras que se han plantado, los documentos que acrediten la propiedad y los demás que se consideren dentro de la misma. Se fija la hora de las once de la mañana del día siguiente para la práctica de la diligencia y se nombra como perito a Héctor Munar.

"3º Efectivamente, en el día y hora señalados, el juzgado, en asocio del perito, levanta un acta donde afirma que se trasladó al lugar de la diligencia que es la finca 'El Bambú', ubicada en la vereda 'Lojías', que allí encontró a Gerardo Londoño quien estaba construyendo una casa en madera y yaripa y quien manifestó que ese terreno era de su propiedad por compra a Jorge Tulio Melo, pero no presentó documento alguno que acreditara lo aseverado. En consecuencia, el juzgado ordenó a Londoño la suspensión de las mejoras y al perito el avalúo de lo construido. Se dijo igualmente que 'lo anterior expuesto se hace con base en establecer *posteriormente la propiedad real de dicho inmueble y en cabeza de quién*' (sic). Se dejó constancia también en esta diligencia de que, con autorización del juzgado, el denunciante Chacón le hace unas preguntas al sindicado Londoño.

"4º El perito Héctor Helí Munar Enciso rinde su dictamen, agregando que en el predio visitado, a más de Gerardo Londoño, se había encontrado a Fidel Londoño, su hijo, estipula los linderos y las escasas mejoras que apreció y añade que Londoño Sáenz dijo tener posesión de cinco años, pero no mostró la carta-venta a su favor que lo acreditara como dueño o poseedor.

"5º Con fecha junio 13 el juzgado profiere un auto interlocutorio debidamente motivado en el que hace alusión al documento de compraventa entre Parmenio Apolinar y Constantino Chacón y a la sentencia del Tribunal Superior 'donde profirió un fallo a favor de Jorge Tulio Melo Agudelo, por un posible delito de estafa sobre este mismo terreno que reclamaba Gerardo Londoño', para terminar diciendo en la parte resolutiva que ordenaba que Gerardo Londoño hiciera entrega del predio con las anexidades descritas en el documento que se encuentra dentro de estas diligencias y teniendo en cuenta que dicho señor no acata citaciones, mandarlo a conducir para la notificación del auto. Por último, dispone que si Londoño se abstiene de desocupar, se procederá con el auxilio de la policía al respectivo lanzamiento. En la misma fecha del auto aparecen debidamente notificados Gerardo Londoño y la Personera Municipal.

"6º Luego de lo anterior y con fecha junio 16 de 1983, se dicta el auto cabeza de proceso, se ordena la captura de Gerardo Londoño y la práctica de todas las pruebas necesarias en la investigación. Extrañamente, entre el auto que ordenaba el lanzamiento y el que abrió la investigación, se libró el Oficio 0443 de junio 14, dirigido al Comandante del Puesto de Policía, ordenando que personal bajo su mando

condujera al despacho a Gerardo Londoño para notificarle un auto proferido por el juzgado, siendo que como se dijo, el 13 de junio se estaba practicando esta diligencia y aún no se había dictado el auto cabeza de proceso.

7º El mismo 16 de junio de 1983, se vuelve a oficiar al Comandante del Puesto de Policía para solicitarle que se traslade a la vereda 'Lejías' y capture a Gerardo Londoño Sáenz, sindicado del delito de *invasión de tierras* y decomise y traslade un vehículo marca Carpati, color rojo, placas RE 0464 y 'ponerlo a disposición de este despacho'. La orden del juzgado es acatada y por ello el Sargento Segundo Ordóñez Camelo Guillermo, mediante Oficio número 0122, deja a disposición del juzgado al retenido Londoño Sáenz y el campero Carpati 'marca MAZZ, placa número WE 0464, de color rojo, el cual es de propiedad del señor Gerardo Londoño Sáenz'.

"8º El 20 de junio, es decir dos días después de retenido, el sindicado es oído en indagatoria y el 25 se le resuelve situación jurídica, decretando su detención preventiva por el delito de *invasión de tierras*. Este auto tiene la misma motivación del que ordenó el lanzamiento, pues se refiere al documento suscrito entre Parmenio Apolinar y Constantino Chacón, al fallo del Tribunal Superior que revocó la detención de Jorge Tulio Melo, a la inspección judicial al predio litigioso y a la indagatoria de Gerardo Londoño. No existe fundamentación jurídica de ninguna naturaleza.

"9º Aparece luego el doctor Carlos Julio Monroy Nossa recibiendo poder del sindicado, quien, luego de posesionarse, solicita la libertad de su defendido, previa reposición del auto detentivo, interponiendo recurso de apelación en caso de no ser atendido su pedimento. La reposición fue negada por auto del 3 de julio y concedida la apelación ante el Juzgado del Circuito de Granada (Meta), funcionario que devolvió la actuación por estimar que no era el competente para desatar el recurso interpuesto, señalando que tal alzada debería surtirse ante el Tribunal Superior.

"10. Por la indagatoria del doctor Mateus Millán se tiene conocimiento que esta Corporación se inhibió de desatar la alzada, pero hizo mención a la avanzada edad del sindicado, por lo que el Juzgado de Vistahermosa, teniendo en consideración tal circunstancia, libró la correspondiente boleta de libertad número 0029, hecho que sucedió el 24 de septiembre de 1983, según constancia que obra a folio 160. Se infiere, por tanto, que el señor Londoño Sáenz permaneció privado de su libertad un poco más de tres meses.

"11. Cabe anotar, también como cosa extraña, que el Juzgado de Vistahermosa se abstuvo de compulsar completas las copias solicitadas en su oportunidad del proceso que le fuera requerido, específicamente de los folios 4 a 15, 22, 23 y 25, precisamente donde se encontró posteriormente que había actuado un hijo de Constantino Chacón, de nombre Audelino Chacón Cadena, con poder especial y como 'parte civil', en cuya calidad pidió en forma ahincada, no solamente la detención de Londoño Sáenz, sino el allanamiento y la destrucción del rancho por él edificado y el embargo del vehículo rojo Carpati con placas

RE 0464 de propiedad de Gerardo Londoño, petición que como se acaba de ver fue acogida por el juzgado (fls. 123 y 124)".

Fundamentos de la providencia impugnada:

"Contrariamente a lo que opina nuestro Colaborador Fiscal, el funcionario acusado, en forma maliciosa, se abstuvo de observar los trámites procesales que una investigación de esta índole requiere. Aparece desusada la celeridad con que comienza a evacuar las pruebas decretadas de oficio y apresurada la decisión por medio de la cual, mediante un auto interlocutorio que no deja quedar en firme, dispone la entrega del predio litigioso al denunciante Constantino Chacón o el consiguiente lanzamiento en caso de renuencia, luego de haber practicado una diligencia de inspección judicial dentro de la cual —como el mismo sindicado lo acepta— no recorrió el predio en su totalidad, pero que sin embargo dio por sentado que era el mismo reclamado por Chacón y que por consiguiente Gerardo Londoño Sáenz era un invasor. Esta decisión, que debe dejarse para una sentencia, fue anticipadamente tomada sin consultar pruebas de ninguna naturaleza, ni observar un trámite mínimo que permitiera a Gerardo Londoño defenderse siquiera verbalmente de las imputaciones que se le hacían, teniendo en consideración una decisión de este Tribunal que en ninguna forma dirimía disputa sobre la propiedad, posesión o tenencia del predio 'El Bambú' ya que simplemente se refirió a la legalidad que tuvo el contrato de permuta que suscribieron Jorge Tulio Melo Agudelo y Gerardo Londoño Sáenz.

"Pero el funcionario sindicado no se detuvo allí, sino que al abrir la investigación y sin que aún quedara en firme el auto del 13 de junio, ordenó la captura del incriminado y acatando los pedimentos de la 'parte civil' dispuso el decomiso y traslado del automotor del señor Londoño Sáenz a quien, sin nuevos elementos a la mano, después de escucharlo en diligencia de indagatoria, resolvió decretarle la detención preventiva por el delito de *invasión de tierras*.

"Esta actuación, sin duda, es ilegal igualmente por cuanto no consulta los mínimos elementos contenidos en el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal (hoy art. 42 de la Ley 2ª de 1984), para proferir decisión detentiva ya que el mismo funcionario, en la diligencia de inspección judicial, advirtió que 'posteriormente se acreditaría la propiedad real de dicho inmueble y en cabeza de quién' y ésto fue exactamente lo que no sucedió, porque no se identificó e individualizó el predio o predios detentados por Chacón y por Londoño, con el fin de materializar la infracción y no se recogió testimonio o prueba alguna tendiente a demostrar siquiera en forma indiciaria, la existencia de la infracción y mucho menos se recogieron elementos demostrativos de la responsabilidad que por el delito anunciado le pudiera caber a Londoño Sáenz.

"Tampoco el sindicado admitió en forma alguna en su indigatoria ser autor de la infracción; por el contrario, ha sostenido siempre que fue víctima de una estafa por parte de Jorge Tulio Melo y que más bien Constantino Chacón en forma clandestina y aprovechando las horas de la noche le ha tractorado sus tierras y sembrado pasto braquiaria.

"Si Londoño Sáenz no presentó el documento de permuta suscrito con Melo, le era imposible al funcionario instructor deducir, a simple vista y teniendo solamente a la mano el documento del denunciante, cuál era el invasor y por ello se hacía necesario el aporte de pruebas que permitieran llevarlo a la convicción de quién era el verdadero infractor. La providencia del Tribunal, que solamente se tuvo en cuenta al momento de resolver la situación jurídica del sindicado, no tenía porqué aportarle al funcionario ningún elemento de juicio respecto de la *invasión*, ya que como atrás se dijo, esta Corporación no decidió en ella pleito de linderos o colindancias.

"En su diligencia de inquirir, el doctor Mateus Millán, refiriéndose a los hechos, admitió que no había recorrido en toda su extensión el predio litigioso, que tampoco había recibido testimonios y que solamente había tenido a la vista el documento aportado por el denunciante, agregando que se había basado o motivado en el hecho de que el señor Chacón aportara al proceso la providencia en la cual consta que Jorge Tulio Melo Agudelo le vendió o le permutó a Gerardo Londoño Sáenz, un predio por un camión. De otra parte, admite haber ordenado el decomiso del campero de propiedad del sindicado y no recordar lo sucedido con este vehículo.

"Así mismo, niega que haya sido su proceder movido por la insinuación del llamado 'apoderado de la parte civil', pero, extraña entonces a la Sala, el hecho de que el juez haya tenido conocimiento de que Londoño tenía un vehículo de las características del que describió en su oficio, y es que no puede olvidarse, ni pasar desapercibido, que la medida adoptada solamente podía ordenarse con base en el auto de detención conforme lo ordena la ley y con las garantías del caso (art. 138 del C. de P. P.), máxime que ese automotor no era objeto de la infracción que se estaba investigando.

"Se advierte entonces que como el auto detentivo fue dictado sin el lleno de los requisitos legales y con base en unos elementos que no tienen ninguna fuerza de convicción, ni son conducentes respecto del asunto que se trataba de dilucidar, el funcionario acusado actuó con ánimo doloso profiriendo una resolución manifiestamente contraria a la ley, tal como está consignado en el artículo 149 del Código Penal, figura conocida como *prevaricato por acción*, en concurso con el delito de *privación ilegal de la libertad* consagrado en el artículo 272 *ibídem*, toda vez que esa amañada decisión atentó y menoscabó la libertad individual de Londoño Sáenz, tal como quedó visto anteriormente...".

Breves consideraciones de la Corte y concepto de la Delegada:

Varios son los cargos que obran en contra del juez Mateus Millán:

1. El haber emitido auto interlocutorio que no deja quedar en firme y mediante el cual dispone la entrega del predio litigioso al denunciante Constantino Chacón, o el consiguiente lanzamiento, en caso de renuencia. Allí mismo ordena la conducción policíaca del acusado, para notificarle la resolución. Aún no se había abierto la investigación.

Es incuestionable que, para la emisión de tal auto, no existía material probatorio que lo viabilizara, como quiera que la inspección ju-

dicial, única prueba ordenada y practicada, nada demostraba, como que ni siquiera el funcionario —así lo confiesa— recorrió el predio en cuestión, a pesar de que, en la correspondiente acta, afirme lo contrario. Se menoscabó el derecho de defensa del sindicado, de manera ostensible, porque sin ser oído se asumió en su contra determinación tan trascendental. Al respecto, atinadamente, anota la Delegada:

"Una decisión como ésta, que entraña la existencia previa de un debido lapso probatorio, unos suficientes elementos de juicio de índole documental, fundamentalmente, y, desde luego, la certeza absoluta sobre la persona titular del derecho de propiedad y dominio sobre el inmueble trabado en pleito, Mateus Millán la profiere sin el menor elemento de juicio y, más aún, sin que formalmente existiera proceso alguno, ni tuviera competencia para decisión como ésta; y no conforme con semejante atropello decide, arbitrariamente, ingeniándose un procedimiento y mecanismo propio, decretar el empleo de la fuerza pública en caso de que Londoño ignore su orden. ...".

Asombra que decisión de esa importancia, que debe ser fruto del culminar del proceso, se asuma estándose apenas en las diligencias preliminares, las que tienen, como debe ser sabido, otro cometido y alcance. Es más: En el proceso por ninguna parte aparece que el sindicado Londoño fuera dado a "no acatar citaciones"; empero, así lo afirma olímpicamente el juez acusado, para poder ordenar su conducción, para efectos de la "notificación del auto", la que efectivamente se realiza el mismo día.

Todas estas son determinaciones, contenidas dentro de un mismo proveído, que violan manifiestamente la ley. Con su conducta, en este peculiar evento, el juez acusado realizó el tipo plasmado en el artículo 149 del Código Penal.

2. El haber resuelto la situación jurídica de Londoño Sáenz, decretando su detención preventiva, sin asidero legal alguno. Conveniente es resaltar que, para cuando esta determinación se produce, las "pruebas" son las mismas que le sirvieron al juez para asumir la anterior criticada decisión, con la sola salvedad de que ahora sí se había oído en indagatoria al sindicado. Sobre este cargo, sostiene válidamente la Delegada:

"Evidentemente, habiendo seguido el recorrido de toda la actividad del juez en este asunto, es fácil concluir que también la resolución de decretar la detención preventiva de Londoño aparece totalmente contraria a la ley, así formalmente pareciera se cumplen los condicionamientos exigidos para su expedición. Pero es que la falla no se encuentra en la estructura de la providencia, sino en su carencia de fundamento probatorio y legal. Es preciso reiterar el cuestionamiento. ¿Cuál la prueba siquiera mínima de que el terreno en disputa realmente pertenece a Chacón?; ¿de dónde asegura categóricamente el juez que Londoño es propietario del terreno 'adyacente' al que ocupa en la actualidad?; ¿y sin contar con lo anterior, cómo pretender que Londoño invadió tierras ajenas y, por tanto, se hace merecedor de la medida preventiva? Tal era la decisión de Mateus Millán de apartarse de las normas que, a pesar de expresa solicitud de revocatoria de la medida y del concepto del Fiscal que apoyaba tal impetración, el funcionario

persiste en su punto de vista y niega la excarcelación de Londoño, aún a pesar de su edad.

" . . Porque, y el juez bien lo sabía, las 'pruebas' que invoca, nada demostraban. La inspección judicial nada dice, como que ni el funcionario se tomó la molestia de recorrer, y tratar de identificar y reconocer el predio en litigio, ni en el curso de la misma solicitó, ni le fueron exhibidos documentos al respecto; o sea que la inspección judicial para nada sirvió. Las fotocopias del fallo del Tribunal Superior, en decisión de un proceso penal surgido de la transacción de las mismas tierras, como dice la propia Corporación, en ninguna forma dirimía disputa sobre la propiedad, posesión o tenencia del predio, pues no era ese el tema de dicho fallo. La fotocopia del contrato de 'venta de posesión y mejoras' entre Chacón y Apolinar tampoco despeja duda alguna, como que ni se habla allí de propiedad, ni se determinan debidamente, en extensión y descripción, los linderos del terreno materia de la transacción. Y la indagatoria de Londoño mucho menos se presta para resolver la disputa, toda vez que éste simplemente insiste aquí en su derecho sobre el inmueble. Y tales pruebas las asomó como sustento de sus fallos. . . .".

La Corte no encuentra ningún reparo que formular al criterio de la Delegada en el sentido de que, cuando el juez acusado resolvió la situación jurídica del sindicado, prolongando, mediante el auto censurado, la privación de la libertad de éste, incurrió en violación del artículo 273 del Código de Procedimiento Penal. Son, pues, a este respecto, válidas sus apreciaciones al criticar la opinión del Tribunal de tratarse de una privación ilegal de libertad (art. 276 del C. P.), así:

"... No obstante se estima equivocada la anterior apreciación si recordamos que este tipo penal dice es de aquellos casos en que la persona perjudicada por privación ilegal de la libertad pierde inicialmente la misma, es retenida o capturada, en razón y consecuencia de una arbitrariedad o abuso del funcionario que incumple las formalidades legales para la validez de la orden, sin que medie justificación jurídicamente suficiente, lo cual, ciertamente, no constituye el caso de Londoño Sáenz.

"Se configura, en cambio, el delito previsto por el texto 273 del mismo Código Penal sancionado bajo el epígrafe de 'prolongación ilícita de privación de la libertad', como quiera que Londoño Sáenz no perdió su libertad a consecuencia del auto de detención dictado en su contra por Mateus Millán, sino que previamente había perdido tal derecho en virtud de una orden judicial lícita, originariamente legítima, como que la captura para indagatoria —que fue el caso de Londoño— está autorizada por el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, y en aplicación de este precepto, el juez la ordenó en el auto cabeza de proceso. Entonces, la ilegal medida de detención preventiva contra éste venía a constituir una prolongación ilícita de su libertad, ya perdida con anterioridad".

En lo que no está de acuerdo esta Corporación es en desprender del criticado auto la comisión de los delitos de prevaricato y prolongación ilícita de la privación de la libertad, como lo sostiene la Delegada, o de prevaricato en concurso con privación ilegal de la libertad,

como lo afirma la instancia. Y como ésta no fundamentó en manera alguna su opinión, véamos cómo lo hace el Ministerio Público:

"... Y detención arbitraria existe porque la sola satisfacción de las formas propias de este tipo de providencias no puede prestarse o servir de sólida base legal para la continuidad de la detención de Londoño, so pretexto de que 'existe' el auto que tal medida decreta, cuando, como se vio, la declarada ilegalidad sustancial de la misma hace que el vicio de ilegalidad se extienda también hasta la misma resolución en ella tomada, lo que para este caso concreto significa que la orden de mantener detenido a Londoño Sáenz era ineficaz. Es decir, destruida la fundamentación jurídica de la parte considerativa del proveído, no puede menos que entenderse que su parte resolutiva y las decisiones allí contenidas sufran el mismo proceso de descalificación jurídica, para asumir la idéntica condición de ilegalidad.

"Ello quiere decir que siendo el auto de detención que nos ocupa esencialmente una arbitraria aplicación de la ley penal, la privación de la libertad a que allí se somete a Londoño, como consecuencia de tal medida, es también arbitraria, abusiva, ilegal, producto de un exceso del funcionario judicial; pues funesto sería, y se prestaría para abuso o arbitrariedades —'legalizados' por la simple apariencia de la formalidad—, desestimar la presencia de este segundo delito para considerarlo subsumido en el primero, puesto que a pesar de surgir sí a consecuencia del primero, es jurídicamente distinto de él.

"Concurre pues, en este caso, el prevaricato con la detención arbitraria, toda vez que nítidamente pueden establecerse y diferenciarse los elementos de una y otra ilicitud, para determinar en qué momento de los hechos termina el primero y a partir de cuál instante empieza el segundo. En efecto, válido aparece resaltar cómo se configuran e individualizan, de una parte, el quebrantamiento del bien jurídico de la libertad individual de las personas, al continuar apresado Londoño Sáenz en cumplimiento de una orden judicial manifiestamente ilegal. Además, como bien se tiene sabido y aceptado, el prevaricato se consuma al momento de ser proferida la resolución o providencia cuestionada, y no cuando la determinación cobra ejecutoria, circunstancia que coadyuva a la delimitación de las dos figuras.

"Así, pues, siendo que existen las dos conductas oficiales del funcionario, evidenciada la vulneración de dos bienes jurídicos distintos tutelados por la norma penal, y sentado que los delitos poseen sus propios y diferentes elementos integradores en este asunto, es preciso aceptar también la materialización y concurrencia de los delitos de prevaricato y detención arbitraria en que incurrió Mateus Millán dentro del proceso que adelantó contra Londoño Sáenz...".

Y la Corte no participa de la tesis del concurso, por lo siguiente:

Para la tipificación de una conducta delictiva no basta tener en cuenta la presencia de algunos de sus elementos integradores, dejando por fuera la voluntad del agente, porque se desconocería la esencia y estructura propia de la misma, al tiempo que se arribaría a una responsabilidad objetiva, proscrita por el artículo 26 de la Constitución Nacional y por el artículo 5º del Código Penal. Por lo demás, sabido

es que la conducta no puede existir sin voluntad y que ésta siempre tiende a un fin determinado.

No es dado, en el evento sub exámine, *desprender dos conductas, como lo hace la Delegada, una atentatoria contra la administración pública y otra contra la libertad individual, porque es incuestionable que se trata de una sola conducta que viola, eso sí, uno y otro bien. La prolongación ilícita de privación de la libertad, en este caso, irremediablemente exigía asumir una determinación manifiestamente contraria a la ley, y esa necesariedad es la que hace que sea imposible predicar el concurso, sin atentar contra el principio universal del* non bis in idem, *y contra lo que es la conducta en derecho penal.*

La Delegada afirma, pero no demuestra, que "nitidamente pueden establecerse y diferenciarse los elementos de una y otra ilicitud". Pero en verdad que sólo resalta "cómo se configuran e individualizan de una parte, la vulneración del bien jurídico de la recta administración de justicia (sic), encerrado en la omisión del auto detentivo, y de la otra, el quebrantamiento del bien jurídico de la libertad de las personas, al continuar apresado Londoño Sáenz en cumplimiento de una orden judicial manifiestamente ilegal". *Y no puede establecerse esa diferenciación porque para ambas infracciones es menester tener en cuenta las mismas fallas de que adolece la providencia. Si esta no fuera, como fue, manifiestamente contraria a la ley, no podría afirmarse la detención arbitraria. Aquí todo confluye en una sola acción que hace que el vicio constitutivo del delito contra la administración pública, sea exactamente el mismo que atenta contra la libertad. Más que una conexidad íntima es una verdadera unidad.*

Ahora, de que a un hecho se adapten varias disposiciones de la ley penal, no se sigue fatalmente que todas se hayan de aplicar. Criterio semejante implica la negación del concurso aparente de normas, en donde, como es sabido, el otro hecho realizado es elemento o circunstancia del otro delito. Absurdo es también considerar que por el hecho de violarse varios bienes jurídicos, ya se está en presencia del concurso, pues con ello se desconocería la realidad de los delitos pluriofensivos.

No es atinado, como lo hace la Delegada, separar la parte motiva de la resolutiva, para desprender de la primera el prevaricato y, de la segunda, el delito de detención arbitraria. Del hecho de que una y otra sean ilegales, arbitrarias, no se sigue que estemos en presencia de dos comportamientos delictivos, como que lo lógico es precisamente que, siendo la una la natural conclusión de la otra, al propio tiempo impliquen la misma arbitrariedad o ilegalidad.

La unidad jurídica que caracteriza la providencia emitida por el juez enjuiciado, tan manifiesta que la propia Delegada alude a una "idéntica condición de ilegalidad", lleva a la Sala a descartar la tesis del concurso y a sostener más bien, la unitaria calificación de la conducta, apreciable como prolongación ilegal de la privación de la libertad.

Se ha dicho ya que la finalidad determina la adecuación típica.

Y, en eventos como el sub júdice, *para establecer justamente cuál es ésta, se debe precisar también si la conducta medio era jurídicamen-*

te evitable o no; si lo era existirá concurso; en caso contrario, supervivirá sólo la adecuación típica que materializa el fin que se propuso el agente. Aquí, ya se vio, que no se podía arribar a la prolongación ilícita de la pérdida de la libertad, sino mediante un acto omisivo o comisivo manifiestamente contrario a la ley, lo que niega la realidad del concurso e impone la exclusiva presencia del punible tipificado en el artículo 273 del Código Penal.

Es más, lo que marca una definitiva diferenciación de los delitos a estudio, es que como la privación o prolongación de la pérdida de la libertad de la persona se produce por acto abusivo de la potestad legal del empleado oficial, prima, para efectos punitivos, el atentado contra el bien jurídico de la libertad individual. O, en otras palabras, cuando este interés es, al propio tiempo, vulnerado con otros, por ser jurídicamente preferente, impone la respectiva adecuación típica.

Presenta la Delegada como argumento más en pro del concurso, la circunstancia de que, como es sabido, el prevaricato se consuma al momento de ser proferida la resolución cuestionada y no cuando la determinación cobra ejecutoria; pero olvida que, en tratándose del caso concreto, esa resolución (auto de detención), precisamente no requiere de ejecutoria material, sino simplemente formal, hasta el punto de que sus decisiones, incluida desde luego la de privación de la libertad, o su prolongación, se cumplen inmediatamente. El argumento, pues, se devuelve en contra de lo que el Procurador sostiene.

El delito tipificado en el artículo 273 del Código Penal no hace referencia a un comportamiento exclusivamente omisivo, destacándose cómo el verbo rector ("prolongue"), no está calificado sino con el ingrediente normativo "ilícitamente", pero no con la significación de que esa prolongación debe realizarse sólo mediante actos omisivos. Poco importa entonces, a los fines de dar por estructurado tal hecho punible, que se hubiera resuelto dentro de los términos legales la situación jurídica, pues la "prolongación ilícita" de la privación de la libertad lo fue por medio de una resolución manifiestamente contraria a la ley, acto comisivo también contemplado en el tipo en comento.

Sobre los supuestos delitos de "abuso de autoridad y falsedad en documentos", desprendidos el uno del decomiso del vehículo marca Carpati, color rojo, placas ER 0464, de propiedad de Londoño Sáenz, y el otro, del hecho de haber el funcionario afirmado en el acta de la diligencia de inspección judicial que examinó el terreno, cuando existen pruebas a nivel testimonial que afirman lo contrario, y que llevan a la Delegada a proponer a la Sala una adición del vocatorio a juicio, debe decirse que los mismos no aparecen suficientemente dilucidados como para merecer, en este momento procesal, una determinación como la deprecada por el Ministerio Público. Tales hechos ameritan, por la prueba existente, una expedición de copias para que se cumpla una debida averiguación de los mismos y conforme a los resultados de ésta se pueda entrar en una completa y adecuada calificación.

Se residenciará en juicio criminal a Rubén Antonio Mateus Millán, por el delito de prevaricato, en concurso con el de prolongación ilícita de privación de la libertad, pero no desprendido él de la sola resolución de la situación jurídica, sino que, por la ilegalidad de ésta, consu-

mándose el atentado contra la libertad y el prevaricato en atención a las resoluciones manifiestamente contrarias a la ley a que se hizo alusión *ab initio* de la parte considerativa del presente proveído.

Finalmente, conviene precisar la irregularidad en que incurrió la instancia al desconocer el mandato del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, como quiera que, en la parte resolutiva, hizo el llamamiento a juicio no por la denominación genérica, sino determinando la especie del delito. En lugar de hacerlo, como lo hizo, por "los delitos de prevaricato por acción y privación ilegal de libertad", debió simplemente afirmar "por los delitos de prevaricato y detención arbitraria", en concurso, obviamente. Con todo, como quedó visto, se trata de una simple irregularidad y no de una causal de nulidad, y así lo tiene sentado la Corte (Casación Penal. Junio 7 de 1983. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo).

Las otras determinaciones de la instancia ameritan confirmación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *confirma* el auto apelado, ya señalado en su origen, fecha y naturaleza, con la siguiente *reforma* y *adición*:

El llamamiento a juicio es por el delito de prevaricato, en concurso con el de detención arbitraria.

Se sacarán, por el Tribunal, copias de lo pertinente, para la averiguación preliminar o penal a que haya lugar, sobre los delitos de falsedad y abuso de autoridad a que se hizo referencia en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Aclaración de Voto; *Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Disentimos de la decisión mayoritaria por cuanto consideramos que cuando se dicta un auto de detención arbitraria y con base en él se priva de la libertad a un ciudadano, o se prolonga indebidamente la que ya padece, se comete delito de prevaricato en concurso con el de detención arbitraria.

Nuestro ordenamiento jurídico exige que el juez determine cada uno de los eventos delictivos que hayan podido realizarse con una o varias acciones u omisiones, y atempera el rigor que pueda generarse por la pluralidad de penas previendo una acumulación jurídica de éstas (art. 26 del C. P.).

En ocasiones sin embargo el mismo ordenamiento jurídico prevé la integración de dos conductas delictivas en una sola, delito complejo, en casos expresamente previstos en él, como ocurre en el fraude electoral con falsificación de registros electorales (art. 254 del C. P.), y en el hurto con violación de domicilio (num. 3º del art. 350 del C. P.). Pero el hecho de que sea la misma ley la que prevea los eventos específicos en que dos conductas delictivas constituyen una sola infracción penal, está indicando que no puede ser el juez, el que mediante el proceso de subsunción, produzca estos mismos resultados por vía de interpretación del ordenamiento jurídico.

El delito es un comportamiento humano que persigue un resultado antijurídico, consumándose cuando alcanza éste. Pero este comportamiento puede ser a su vez medio para lograr otro resultado ilícito, como ocurre cuando una persona mata a otro para robarle. No se puede decir en estos casos que una conducta subsume a la otra, por ejemplo que el homicidio absorbe al hurto por atentar contra un bien jurídico prevalente, o que éste subsume aquél, dentro de una errónea interpretación finalista del derecho.

Lo mismo ocurre en el caso en estudio, en donde no es posible decir que el prevaricato subsume a la detención arbitraria, o ésta a aquél, por alguna de las razones atrás expresadas.

Jaime Giraldo Angel.

CONSULTA. NULIDAD SUPRALEGAL

El hecho de no consultar oportunamente con el superior el sobreseimiento definitivo, decretado en favor de unos incriminados y la orden de archivo del sumario respecto a otros, en ningún caso genera nulidad de rango constitucional por desconocimiento de las formas del debido proceso.

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

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 26.

Vistos:

El Tribunal Superior de Aduanas en sentencia de 12 de febrero de 1985, confirmó con algunas modificaciones la dictada por el Juzgado Superior de Aduanas de Ibagué condenando a los procesados *Luis Leonidas Mora Bielsa* y *Fernando Ruiz Castillo* a la pena principal de treinta y dieciocho meses de prisión y multas de $ 50.000.oo y $ 20.000.oo respectivamente: Aquél como responsable de los delitos de contrabando y abuso de confianza y éste, por contrabando y cohecho; declaró de contrabando las mercancías incautadas y tomó otras determinaciones propias de esta jurisdicción, decisión contra la que el defensor de Ruiz Castillo interpuso recurso de casación que la Corte procede a resolver reconstruido en lo posible el proceso y agotada, como se encuentra, la correspondiente tramitación.

Hechos y actuación procesal:

El 19 de abril de 1978 en la población de Supía (Caldas) Agentes del Resguardo Nacional de Aduanas incautaron cinco camionetas marca Ford, Tipo Ranger, de varios colores porque el Manifiesto de importación número 6835 de 1978 que amparaba su nacionalización relacionaba dichos automotores como "chasises cabinados" cuando en verdad se trataba de camionetas de tipos y características diferentes a las consignadas en el Manifiesto, lo que a juicio de los aprehensores constituía "subposición en el arancel".

Los vehículos decomisados fueron avaluados pericialmente en la suma de $ 3.560.000.oo.

La investigación fue iniciada el 22 de abril de 1978 por el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal Ambulante de Manizales y continuada por el Juzgado de Instrucción Penal Aduanera de Ibagué que la per-

feccionó en lo posible remitiendo la actuación a la Fiscalía del Juzgado Superior de esa ciudad, para los fines previstos en el artículo 43 del Estatuto Penal Aduanero.

Subsanada la nulidad declarada por el Tribunal Superior de Aduanas y superados algunos incidentes procesales, el Juzgado Superior de Aduanas de Ibagué mediante auto de 25 de agosto de 1981 acogió la acusación formulada por la Fisaclía del Juzgado contra Luis Leonidas Mora Bielsa por los delitos de contrabando de primer grado, cohecho, uso de documento público falso y abuso de confianza y contra Fernando Ruiz Castillo por contrabando de primer grado y cohecho; decretó la detención preventiva de los acusados, abrió a pruebas el proceso por el término de tres días; ordenó el archivo del sumario respecto de los procesados Hortencia Carrasquilla de Benito Revollo y otros; sobreseyó definitivamente en favor de Dolys del Carmen Juncos Cabarcas y otros, y dispuso que en firme dicha providencia se reabriera la investigación respecto a los procesados a cuyo favor se decretó el archivo del sumario, pronunciamiento éste consentido por las partes (fls. 463 y ss. del cuaderno de copias).

La acusación formulada contra Fernando Ruiz Castillo se hizo consistir en síntesis, según concepto emitido por la Fiscalía del Juzgado, quien en su condición de Aforador de la Aduana de Cartagena recibió del agente de Aduanas, Luis Leonidas Mora Bielsa dos cheques por valor de $ 40.000.oo y $ 20.000.oo para emitir dictamen contrario a la verdad, afirmando falsamente que la mercancía reconocida y declarada en el Manifiesto de Importación presentaba iguales características "lo cual originó gravamen y posición arancelaria diferentes, con la consiguiente defraudación al fisco nacional".

En firme el auto de proceder, se adelantó el enjuiciamiento sin la presencia de los acusados a quienes hubo necesidad de declararlos reos ausentes designándoseles defensor de oficio hasta su terminación, con sentencia de 19 de octubre de 1984 por la que el Juzgado del conocimiento los condenó a las penas principales de 28 y 18 meses de prisión, fallo consultado con el Tribunal Superior de Aduanas y por éste confirmado, reformando el *quántum* de las penas impuestas, mediante el que es objeto del recurso de casación.

El Juez Superior de Aduanas sin preocuparse por consultar el sobreseimiento definitivo y la orden de archivo del sumario, en proveído de 15 de marzo de 1983 dispuso la cesación extraordinaria de procedimiento en favor de quienes habían sido favorecidos con dichas medidas, invocando para ello el inciso 2º, artículo 5º de la Ley 22 de 1980, situación que llevó al Tribunal Superior de Aduanas a ordenar investigación disciplinaria en su contra (fl. 23) del cuaderno de copias del Tribunal Superior.

Demanda de casación:

Con fundamento en las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se formulan en su orden varios cargos a la sentencia impugnada a saber:

Causal cuarta:

Primero: Nulidad de origen constitucional por inobservancia de las formas del debido proceso y consecuente desconocimiento del derecho de defensa del procesado consistente en haberse omitido la consulta del sobreseimiento definitivo y la orden de archivo del sumario decretados por el Juzgado Segundo Superior de Aduanas en favor de varios sindicados con lo que se infringió el artículo 13 de la Ley 21 de 1977 que obligatoriamente establece ese grado de jurisdicción cuando contra tales decisiones no se ha interpuesto oportunamente el recurso de apelación.

Afirma el demandante que el juzgado del conocimiento al calificar el sumario acogiendo íntegramente las peticiones de la Fiscalía en el sentido de formular acusación contra los procesados Luis Leonidas Mora Bielsa y Fernando Ruiz Castillo por contrabando de primer grado y delitos conexos; sobreseer definitivamente en favor de Dolys del Carmen Juncos Cabarcas y otros y ordenar el archivo del proceso en relación con Hortencia Carrasquilla de Benito Revollo y otros, produjo una decisión unitaria cuya ejecutoria "debe cumplirse en un mismo momento y como totalidad, en relación con todas las determinaciones allí adoptadas, jamás por segmentos o tramos, lo que distorsionaría en grado superlativo el procedimiento, con consecuencias impredecibles".

No habiendo quedado ejecutoriada en su totalidad la providencia calificatoria porque el Juzgado olvidó consultar el sobreseimiento definitivo y la orden de archivo del sumario mal podía continuar el juicio respecto a los dos acusados hasta ponerle fin mediante sentencia, pues carecía de competencia para ello, lo mismo que el Tribunal Superior de Aduanas para revisar el fallo del *a quo* y aunque esa Corporación advirtió la irregularidad "sin respaldo legal resolvió que tenía competencia por cuanto supuestamente aquella falla u omisión no afectaba a los condenados".

Agrega que al no surtirse la consulta de dichos pronunciamientos se pretermitió una instancia y que tan protuberante falla procesal impidió al Tribunal Superior "en su hora" tomar las decisiones que hubieran podido influir de modo sustancial en la suerte de su patrocinado porque el procesado Mora Bielsa confesó haber cometido el delito en asocio del Administrador de la Aduana, señor Mario Hernández Vilegas, respecto de quien se archivó la actuación.

Solicita en consecuencia la nulidad del proceso desde el auto calificatorio.

Segundo: El sindicado Fernando Ruiz Castillo al momento de rendir indagatoria no fue informado ni menos interrogado sobre el hecho de haber recibido como dádiva del procesado Mora Bielsa dos cheques por valor de $ 40.000.oo y $ 20.000.oo para que en su condición de aforador de la Aduana de Cartagena consignara falsamente en el concepto de aforo características que no correspondían a las camionetas introducidas al país colocando dichos bienes en diferente posición arancelaria y gravamen, a pesar de lo cual fue sorprendido con un llamamiento a juicio y condenado por el delito de cohecho, en concurso con el de contrabando en primer grado.

La forma deficiente como se llevó a cabo el interrogatorio, privó al sindicado del derecho a conocer una de las infracciones que constituyen la base del auto de proceder y de la oportunidad de rendir las explicaciones que estimara pertinentes, conculcándosele de tal modo el derecho de defensa e incurriéndose en nulidad de arraigo constitucional que debe declararse a partir del auto que ordenó precluir la etapa investigativa, reparo que el impugnador apoya en jurisprudencia de la Corte.

Tercero: Partiendo de la base de que las nulidades pueden ser consecuencia de la violación directa de la ley sustancial, afirma el censor que por no haberse aplicado al caso los artículos 102, 103 y 104 de la Ley 9ª de 1983, según los cuales cuando un importador hubiere entregado a un agente de aduanas el valor de los impuestos y ellos no se hubieren pagado, se podrá obtener por el importador la nacionalización de la mercancía, previo cumplimiento de los requisitos allí previstos; se incurrió en nulidad de orden constitucional que debe declararse indicando en qué estado queda el proceso.

En apoyo de la censura se remite a las argumentaciones que presentará al ocuparse de la causal primera de casación "para no duplicar el análisis".

Cuarto: Repite que la inaplicación de las mencionadas disposiciones legales por parte del fallador generó nulidad de rango constitucional presentándose además, una nulidad de orden legal por incompetencia del juez (art. 210-1 del C. de P. P.) "pues la citada Ley 9ª deja sin posibilidad de pronunciamiento de fondo a la justicia penal aduanera cuando se dan los presupuestos en ella previstos, debiéndose nacionalizar la mercancía y como deja de existir el delito de contrabando, debe compulsarse copias, para este caso, a fin de que se investiguen los delitos de abuso de autoridad y falsedad por la justicia ordinaria, pues la especial sólo conoce de ellos cuando son conexos con el propio de la jurisdicción, posibilidad que desaparece con la aplicación de la Ley 9ª en comento".

Causal primera:

Cargo único: Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de la Ley 9ª de 1983 en sus artículos 102 y 103 y aplicación indebida de los artículos 81 y 88 del Decreto 955 de 1970 y 18, 19 y 21 de la Ley 21 de 1977.

Argumenta el impugnador que el juzgador ignoró totalmente la existencia de un ordenamiento jurídico en vigor que debió resolver el caso controvertido por darse los presupuestos de su aplicabilidad, tarea en la que recurre a un replanteamiento de las indagatorias rendidas por el agente de aduanas Luis Leonidas Mora Bielsa, el apoderado de la importadora de los vehículos, doctor Manuel Benito Revollo y lo establecido en la diligencia de inspección judicial practicada a la administración de la Aduana de Cartagena, en orden a demostrar que la importadora de la mercancía, señora Hortencia Carrasquilla de Benito Revollo, entregó al agente de aduanas el dinero necesario para el cubrimiento total de los derechos arancelarios y al enterarse de la defrau-

dación al fisco nacional por obra de Mora Bielsa volvió a cancelar esos derechos dando muestras de haber obrado de buena fe a más de que la Aduana entregó la mercancía mediante la presentación de comprobantes falsos sobre la cancelación de los impuestos, concluyendo:

"Es perfectamente claro, que la Ley 9ª de 1983, en sus artículos 102 y 103, tenía aplicación en el caso examinado, por cumplimiento cabal de los requisitos en ella consagrados. Erró el juzgador de segunda instancia, pues frente a la falta de aplicación de la Ley 9ª por el *a quo*, su deber legal era revocar la sentencia del Juzgado Superior de Aduanas de Ibagué (octubre 19 de 1984) y en su lugar dar cumplimiento a lo establecido en la citada Ley 9ª, es decir, permitir la nacionalización de la mercancía, ordenar la entrega a favor del importador y luego sí, cancelar la licencia de agente de aduanas, "sin perjuicio de las acciones penales correspondientes", como lo ordena el artículo 104 de la precitada ley... Al no proceder así, se llegó al extremo de confirmar la declaratoria de contrabando de la mercancía (con aplicación indebida del art. 81 del Decreto 955 de 1970); numeral 5º de la sentencia de primer grado); confirmar los pronunciamientos condenatorios en contra de Luis Leonidas Mora Bielsa (numerales 1º y 2º del fallo de primera instancia) y Fernando Ruiz Castillo (numeral 3º *ibídem*) con aplicación indebida del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, numeral 3º, e igualmente indebida aplicación del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, pues no se daban los requisitos allí señalados para proferir sentencia condenatoria. También la falta de aplicación de la Ley 9ª condujo a las equivocadas modificaciones relacionadas con penas privativas de la libertad por los delitos de contrabando y abuso de confianza —para Mora Bielsa— y contrabando para Ruiz Castillo, así como pronunciarse sobre el subrogado de la condena de ejecución condicional (con aplicación indebida del art. 8º del Decreto 955 de 1970 y art. 80 del C. P.). También se pronunció sobre aprehensores (con aplicación indebida de los arts. 18, 19 y 21 de la Ley 21 de 1977 y art. 88 del Decreto 955 de 1970".

Termina solicitando "casar la providencia recurrida para revocar la declaratoria de contrabando de la mercancía la condena por ese delito en contra de Mora Bielsa y Ruiz Castillo, debiendo ordenar por otra parte al tenor de lo dispuesto por el artículo 104 *ibídem* que se sigan las acciones penales correspondientes, en contra del agente de Aduanas y de quien resulte comprometido por los ilícitos en que éstos hayan incurrido ...".

Respuesta del Ministerio Público:

El Ministerio Público representado en esta ocasión por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se muestra en desacuerdo con las pretensiones del libelista por estimar que la demanda adolece de garrafales errores de técnica en el planteamiento de los cargos hechos a la sentencia y se fundamenta en argumentaciones contradictorias y excluyentes.

Expresa en efecto:

"No sólo se contradice abiertamente el recurrente al reconocer la competencia del juez en la primera causal invocada y desconocerla en

la segunda, sino igualmente en el planteamiento de que la causa no podía continuarse sin esperar el resultado de las decisiones sometidas al grado de consulta, cuando procesalmente tales extremos tienen definitivos derroteros y ninguna afectación a la ritualidad significaba el continuar la causa por razón de un enjuiciamiento ejecutoriado. Por el contrario, se causarían perjuicios que hoy se estuvieran lamentando, con la espera de la ejecutoria de los otros pronunciamientos que acompañaron el llamamiento a juicio de los justiciables. Es peculiar la tesis y atrevidamente original, sin respaldo naturalmente en tratadista alguno".

"Y se falta a la técnica —agrega— cuando se proponen sucesivamente causales de casación que se excluyen con muy parecidos razonamientos, pues se acude a la causal cuarta para afirmar la invalidez del proceso por pretermisión de ritualidades especiales y su necesidad de enmendarlo desde el momento en que se dio traslado al Fiscal para lo señalado en el artículo 43 del Estatuto Penal Aduanero, reconociendo entonces competencia del juez, y luego se pasa a la causal primera por violación directa de la ley para desconocer esa competencia en cuanto a los delitos conexos y criticar la prueba que por aquella causal deja incólume y así debe admitirla al solicitar a la Corte 'casar el fallo y proceder a dictar el que deba reemplazarlo', es decir, supone que no existe motivo que invalide el proceso".

"Enfrentados resultan de esta manera los planteamientos del recurrente al alegar simultáneamente causales que son incompatibles y que por lo mismo muestran al golpe contradicciones e inaceptables fundamentos".

Finalmente, aduce, que habiéndose propuesto el demandante demostrar el quebranto directo de la ley sustancial, habla del error sin atreverse a calificarlo y en el concepto de violación "aumenta el desconcierto al analizar extensamente la prueba (fls. 19-29 demanda), con una orientación como para la violación indirecta de la ley sin pregonarlo así ni concretar la clase de error...".

Consideraciones de la Corte:

Es evidente, como lo anota el Procurador Delegado que la demanda adolece de insubsanables fallas de técnica en la presentación de los cargos hechos a la sentencia, algunos de los cuales se apoyan en argumentaciones francamente contradictorias e inconciliables.

En efecto, los dos últimos reproches formulados al amparo de la causal cuarta de casación (cargos tercero y cuarto) y el único cargo hecho en el marco de la causal primera guardan entre sí estrecha relación pues giran alrededor de un mismo argumento: Inaplicación por parte del sentenciador de los artículos 102 y 103 de la Ley 9ª de 1983, conforme a los cuales cuando un importador hubiere entregado a un agente de aduanas el valor de los impuestos de importación y nacionalización de una mercancía y se haya logrado la entrega de ella mediante la presentación de comprobantes falsos sobre su cancelación, el importador podrá obtener a su favor la nacionalización de la mercancía pagando la totalidad de los impuestos, tasas y recargos siempre que demuestre "su no participación en la comisión de los delitos".

A través de los cargos de nulidad se sostiene que la exclusión evidente de tales preceptos legales al caso probado originó una doble nulidad de carácter constitucional y legal: Aquella como consecuencia de la violación directa de esas mismas disposiciones y ésta, por incompetencia de la justicia aduanera para pronunciarse sobre un hecho que frente a las previsiones de la Ley 9ª, no es constitutivo del delito de contrabando. Y mediante el cargo de violación directa de la ley y sobre la misma base de que los artículos 102 y 103 no fueron aplicados al caso juzgado, se solicita la infirmación del fallo impugnado por inexistencia del delito de contrabando.

Como quiera que el subfondo argumental es idéntico en la sustentación de estos reproches la demanda resulta contradictoria, pues no puede alegarse la incompetencia del juez como motivo de nulidad que permite quebrar la sentencia para inmediatamente aducir violación directa de la ley sustancial, evento que supone un error de aplicación de la norma correspondiente pero en el que la competencia es presupuesto necesario del actuar judicial.

Además, es preciso resaltar que los cargos de nulidad se mezclan con argumentaciones propias de la causal primera de casación y que el quebranto directo de la ley por inaplicación de normas sustanciales se fundamenta en un cuestionamiento de determinados medios de convicción que en opinión del censor no fueron tenidos en cuenta por el fallador, de lo cual surge una demanda notoriamente insegura y claramente antitécnica.

La tacha por falta de aplicación de unos preceptos legales y consecuente aplicación indebida de otros, se apoya en una crítica probatoria orientada hacia la violación indirecta de la ley por errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas contrariando el actor reiterada y uniforme doctrina sobre la materia, conforme a la cual, quien se acoge a la violación directa de la ley en cualquiera de sus hipótesis debe aceptar explícita o implícitamente los hechos en la forma como fueron reconocidos por el juzgador y sobre esa premisa plantear el ataque con razonamientos de estricto derecho criticando únicamente la exclusión de la norma al caso probado, su indebida aplicación, o su equivocada interpretación.

Si bien es cierto, como principio general y abstracto, que todas las causales de casación conducen a la "anulación" del proceso también lo es, que dada la autonomía de las mismas y los principios de orden técnico en que se fundan, no pueden entremezclarse o combinarse para aducir la ilegalidad de la sentencia por errores de actividad procesal o de juzgamiento partiendo de la base equivocada de que la una es subordinada de la otra, o de que todas se refunden en la causal cuarta de casación.

Las anteriores razones llevan a la Sala a desestimar por contradictorios y antitécnicos los mencionados cargos de nulidad y violación directa de la ley.

Respecto a los restantes cargos de nulidad, caben las siguientes observaciones:

El hecho de no consultar oportunamente con el superior el sobreseimiento definitivo, decretado en favor de unos incriminados y la orden de archivo del sumario respecto a otros, a pesar de haberlo dispuesto el Juzgado Superior de Aduanas, *en la providencia calificatoria del mérito de la investigación y ser de forzoso cumplimiento cuando contra tales determinaciones no se hubiere interpuesto recurso de apelación, según los términos del artículo 13 de la Ley 21 de 1977, es irregularidad que amerita investigación disciplinaria contra el funcionario que faltó al cumplimiento de sus deberes, pero en ningún caso genera nulidad de rango constitucional por desconocimiento de las formas del debido proceso, puesto que dichos pronunciamientos y la decisión que sobre ellos recaiga a través de ese grado especial de jurisdicción en nada pueden afectar la suerte de las personas contra las cuales se adelantó enjuiciamiento que culminó con sentencia de condena en razón a que la responsabilidad penal es individual e intransferible.*

Esto fue lo que precisamente advirtió el Tribunal Superior de Aduanas *al revisar por consulta la sentencia de primera instancia restándole trascendencia jurídica a la omisión anotada porque las decisiones que llegaren a tomarse respecto al sobreseimiento y la orden de archivo no favorecerían ni perjudicarían a los procesados disponiendo eso sí, la expedición de copias a fin de investigar la conducta del funcionario responsable. Y es lo que resalta el Procurador Delegado en su réplica al cargo formulado, cuando afirma que la prosecución del juicio* contra Mora Bielsa y Ruiz Castillo *con fundamento en un auto de proceder debidamente ejecutoriado, no podía supeditarse a la espera de ejecutoria de las otras determinaciones que acompañaron al pliego de cargos, pues esta demora lejos de favorecerlos, les irrogaría graves perjuicios.*

No prospera el cargo de nulidad.

Finalmente, en cuanto se relaciona con el cargo de nulidad por haberse omitido preguntar en la diligencia de indagatoria rendida por el sindicado Fernando Ruiz Castillo sobre los hechos constitutivos del delito de cohecho por el cual fue juzgado y condenado en concurso con el de contrabando, es verdad que el funcionario instructor no lo interrogó respecto a ellos como aparece de folios 386 a 388 del cuaderno duplicado del expediente.

Sin embargo, de las constancias procesales con que cuenta el informativo reconstruido con base en el cuaderno de copias, se aprecia que en la relación cronológica de pruebas llevada a cabo por el juez del conocimiento, se mencionan como aportadas, al parecer con posterioridad a la indagatoria, los dos cheques girados por el agente de aduanas Luis Leonidas Mora Bielsa a favor de Fernando Ruiz Castillo y de lo expuesto por ellos en sus respectivas indagatorias emerge que guardaron absoluto silencio sobre el particular lo que hace suponer razonablemente que para la época en que fue oído en indagatoria Ruiz Castillo no se conocía la existencia de este hecho determinante del delito de cohecho razón por la que el instructor no lo inquirió de manera concreta.

La Corte variando la doctrina citada por el recurrente, en apoyo de la censura, expresó en sentencia de casación de 28 de febrero de 1985, lo siguiente:

"*... no es dable a expensas de una omisión que sólo traduce una irregularidad (ausencia de interrogatorio sobre el incendio, en la indagatoria) levantar una tacha de indebido procesamiento que supone deslealtad en el juzgamiento, al punto que éste se tiene por alterado en sus condiciones básicas o esenciales. Si el procesado o su representante tuvieron ocasión de referirse a este motivo de condenación y se dispuso de posibilidades para contraprobar y replicar las conclusiones del juez, no es dable afirmar que el juzgamiento se ha producido con inobservancia del procedimiento penal. Por el contrario, éste se encuentra satisfecho y realizado a plenitud*".

El demandante no demostró que al momento de rendir indagatoria su patrocinado, aparecieran del sumario datos atendibles en el sentido de que Ruiz Castillo en su condición de Aforador de Aduanas de Cartagena hubiera recibido dinero para ejecutar un acto contrario a sus deberes, que hubiera hecho imperativo para el funcionario instructor un interrogatorio al sindicado sobre el particular.

Llamado a responder en juicio por un concurso de hechos punibles, eludió la acción de la justicia debiendo ser emplazado y declarado reo ausente designándosele defensor de oficio con el que se continuó el juzgamiento. Su representante oficioso recibió notificación personal del auto de proceder y gozó de todas las prerrogativas inherentes a la defensa a pesar de lo cual no replicó ni contraprobó las conclusiones a que llegó el juzgador de primer grado.

No puede afirmarse que quien ha conocido oportunamente los cargos que se le formulan en el auto de proceder y ha disfrutado de todas las garantías que la ley le otorga para defenderse de dichos cargos en toda la etapa del juicio, haya sido sorprendido con la formulación de un hecho ilícito nuevo o se le haya desconocido o cercenado su derecho de defensa.

De todo ello se colige, que el procesado Fernando Ruiz Castillo —juzgado en contumacia—, no resultó afectado o limitado en su defensa por lo que el cargo de nulidad es infundado y debe desestimarse.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida a nombre del procesado Fernando Ruiz Castillo, de fecha, naturaleza y origen consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. Requisitos

Si se llegare a aceptar que los errores en la apreciación de las pruebas en que pudo incurrir el juzgador en el auto de proceder, pudieran ser aducidos en sede de casación como causales de nulidad de dicho auto, se estaría abriendo paso al ataque simultáneo, por violación directa e indirecta de la ley

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*.

Aprobado Acta número 27.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado del procesado *Iván Vargas Laverde*, contra la sentencia proferida el 20 de marzo de 1986 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual fue condenado, en unión de otros, a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y un mil pesos de multa, al ser hallados responsables de los delitos de falsedad en documentos y estafa, que habían motivado su llamamiento a juicio.

Hechos:

Fueron sintetizados así, por el señor Fiscal del Tribunal:

"Dan cuenta los autos que el 29 de abril de 1977, el señor José María Rivero Rocha, quien para esa época trabajaba como mensajero de la firma 'Distribuidora Opal Ltda.', fue enviado a cancelar los impuestos de industria y comercio correspondientes a 1976 y 1977, habiendo acudido varios días a las dependencias de la Tesorería Distrital sin lograr cancelarlos. El 2 de mayo de ese año, el individuo Reinel Flaminio Rincón, quien trabajaba como gestor o intermediario ante dicha entidad se ofreció a prestarle tales servicios, por lo cual Rivera Rocha entregó al gestor la copia de la declaración de industria y comercio, recibo de pago de 1976, declaración oficial para el descuento del 5% y un cheque contra el Banco Comercial Antioqueño, girado a favor de la Tesorería Distrital, por valor de $ 33.042.oo. Rincón entregó tales documentos a su amigo Iván Vargas Laverde. Posteriormente el 4 de dicho mes y año Reinel entregó a José María Rivera los recibos números 152177 y 128344, los cuales se comprobó posteriormente eran completamente falsos; además el cheque mencionado ante-

riormente fue hecho efectivo por ventanilla, a solicitud de la empleada de la Tesorería Distrital Luz Fanny Castro Castro" (fls. 4 y 5 del cuaderno del Tribunal).

Actuación procesal:

Dentro del sumario adelantado para investigar los anteriores hechos, fueron escuchados en declaración indagatoria Fanny Castro Castro, Reinel Flaminio Rincón y los hermanos Iván y José Edgar Vargas Laverde. Como los comportamientos punibles ocurrieron dentro de la vigencia del Código de 1936 (Ley 95) que en la parte pertinente resultaba más favorable que el estatuto que lo subrogó (Decreto 100 de 1980), se le dio aplicación ultractiva al primero determinándose la adecuación típica con base en él. Los sindicados fueron todos llamados a responder en juicio por los delitos de falsedad en documentos (art. 231-1) y estafa (art. 408 en armonía con el art. 410), como coautores de los mismos, pues no obstante que la especie de falsedad escogida exigía en el autor la calidad de funcionario o empleado público que no todos los enjuiciados la tenían, el juzgado consideró que era suficiente con la que ostentaba la procesada Castro Castro, que era conocida y fue aprovechada por sus demás compañeros de sindicación, en virtud del fenómeno de la comunicabilidad de circunstancias, reglado por el artículo 22 del Código Penal.

Esta calificación mantuvo su vigencia y en armonía con ella los acusados fueron condenados en primera instancia, mediante fallo que el Tribunal Superior confirmó integralmente y contra el cual, como ya se anotó, sólo el procesado Iván Vargas Laverde interpuso el recurso de casación que ahora procede la Sala a resolver.

La demanda:

Al amparo de las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, dos son los cargos que se formulan a la sentencia.

En primer término y como es lógico hacerlo, se pide la casación del fallo impugnado porque en sentir del recurrente se dictó en un juicio viciado de nulidad de carácter constitucional, por violación de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta, específicamente la del debido proceso. Sostiene el actor que en el auto de proceder que sirvió de base a la sentencia, no se observaron los requisitos formales exigidos por los numerales segundo y tercero del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal ni el sustancial previsto en el artículo 481 del mismo estatuto.

Afirma el recurrente que las pruebas tenidas en cuenta por el Juzgado Superior para dar por demostrado el cuerpo del delito con respecto a la falsedad documental, no logran su cometido, toda vez que los dictámenes periciales aceptados por el juez sólo demuestran la falsedad de unos sellos (el sello de "canje" estampado en el envés de los documentos), pero no del documento, y el testimonio de Misael Castro Cruz, del cual también se valió el juzgador como prueba complementaria de lo mismo, es un medio probatorio que en el caso *sub exámine* resulta inconducente, por no ser un testimonio técnico, y por

ende, inidóneo para demostrar la falsedad documental. De todo lo anterior, ampliamente expuesto en la demanda, concluye el libelista afirmando que "el juzgador en el auto de proceder anunciado, al tratar de demostrar plenamente el cuerpo del delito para el punible de falsedad documental pública, incurrió en un doble error de hecho al distorsionar el sentido de la prueba pericial (estudio grafotécnico practicado por el Instituto de Medicina Legal) sobre los recibos de la Tesorería Distrital números 152177 y 128344, por que tal experticio sólo señaló que el sello de canje colocado en el reverso de los recibos dubitados es fallo, conducta que se ubicaría en el artículo 225 del derogado Código Penal de 1936 con el título de "falsificación de sellos", pero de ninguna manera para la falsedad documental pública, pues no se demostró la existencia del objeto material, esto es el documento con sus elementos esenciales que lo integran y la conducta en su aspecto objetivo descriptivo o sea "contrahacer o fingir letra, firma o rúbrica" (art. 213-1 del derogado catálogo punitivo de 1936) o "falsificar documento público que pueda servir de prueba", tal como lo tipifica el actual Código Penal en su artículo 218. Esta interpretación del juez vale lo mismo que haber supuesto o suprimido la prueba. El segundo error de hecho cometido por el juez en la valoración probatoria, fue como ya se explicó, el tratar de reforzar el dictamen grafotécnico de Medicina Legal con la declaración de Misael Castro Cruz, dándole un valor de testimonio técnico, prueba que es inconducente. El juzgador también distorsionó el sentido de la prueba (declaración) de forma que su interpretación vale lo mismo que haberla supuesto o suprimido. Termina el censor aclarando que al referirse al error de hecho no está desviando la acusación hacia el cuerpo segundo de la causal primera, sino que expresamente la mantiene dentro del cargo de nulidad formulado.

El desconocimiento de uno de los requisitos sustanciales del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, lo sustenta el recurrente con la afirmación de que el juez, en el auto de proceder, dio equivocada aplicación al fenómeno de la comunicabilidad de las circunstancias previsto en el artículo 22, y como consecuencia de ello llamó a responder en juicio a su poderdante, por el delito de falsedad en documentos tipificado en el artículo 231-1 del Código Penal de 1936, dándole la calidad de autor de un punible que exige para el sujeto activo una calidad especial (funcionario o empleado público) que él no tenía. Aquí también el libelista sostiene que el juez incurrió en error de hecho al suprimir de la declaración de Iván Vargas Laverde, su afirmación de que no era funcionario público sino empleado particular.

Como consecuencia de estos dos alegados motivos de nulidad, el censor considera que al ellos afectar el auto de proceder y dejarlo sin validez, el tiempo corrido desde el día en que los hechos sucedieron hasta el momento actual, habría causado ya la prescripción de la acción penal de las dos hipótesis delictivas, y por ello pretende que la Sala ordene la cesación de procedimiento.

El otro cargo que se formula a la sentencia con base en la causal primera, por ser violatoria de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 26 de la Constitución Nacional; 6, 24 y 68 del Código Penal actual; 44-3 de la Ley 2ª de 1984 y 15 del Decreto 1858 de 1985, tiene, sustancialmente, el mismo fondo y contenido del último motivo

de nulidad alegado, aunque una diferente formulación. Considera el demandante que al no tener Iván Vargas Laverde la calidad de funcionario o empleado público, no podía ser autor ni coautor del delito de falsedad en documentos que motivó su condenación, sino únicamente cómplice del mismo, y por ello sostiene que se dejó de aplicar el artículo 24 del Código Penal actual, que define la penalidad para esta clase de partícipes que es mucho menor que la prevista para los coautores, y que resulta por tanto, por ser ley más favorable, de obligatoria aplicación aunque sea norma posterior a la vigente para la fecha en que se cometieron los hechos, tal como lo ordenan los artículos 26 de la Constitución y 6º del Código Penal. Agrega que como consecuencia de no haberse aplicado las normas que acaban de citarse, también se excluyó al artículo 68 del Código Penal, el cual, de haberse aplicado aquellas, habría resultado procedente.

Como consecuencia de este cargo, solicita la casación parcial del fallo para que se tenga como cómplice del delito contra la fe pública a su poderdante, se rebaje la pena impuesta al hacer su nueva tasación y se le reconozca su derecho a la condena de ejecución condicional, otorgándosele su libertad caucionada.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero considera, en relación con el cargo formulado con base en la causal cuarta, que "el auto de proceder no puede afectarse de invalidez por los errores valorativos o de apreciación salvo que con ellos se propicie un vicio de actividad, como sucede cuando los vicios *in iudicando* degeneran en la causal de nulidad del artículo 210, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal, es decir, en error de la denominación jurídica de la infracción". Agrega que para rectificar tales errores la ley le concede a la Corte la facultad de dictar la sentencia de reemplazo, cuando la impugnada adolezca de ellos y haya sido atacada por este motivo. Luego de afirmar que en el auto de proceder no se advierte ningún error en la denominación jurídica de la infracción, que pudiera engendrar una nulidad, y que por lo demás dicha pieza procesal estuvo técnicamente bien elaborada, concluye conceptuando que el cargo debe ser desechado.

Sobre la pretendida violación directa de la ley sustancial, estima el señor Delegado que no es posible reclamar la aplicación del artículo 24 del Decreto 100 de 1980, porque la conducta de todos los procesados se juzgó con base en la Ley 95 de 1936. "En materia de tránsito de legislación —escribe— cuando una nueva ley entra a regir derogando íntegramente la que le precedió, nosotros creemos que no puede crearse, so pretexto de favorabilidad, una tercera ley para aplicar preceptos del derecho positivo derogado y del nuevo ordenamiento jurídico simultáneamente a la misma situación fáctica... Si no fuese así y se hiciera posible tomar disposiciones de uno y otro Código, al respectivo procesado y a la respectiva situación de hecho se estarían aplicando leyes que nunca han tenido vigencia porque ni son compatibles con la voluntad del legislador que deroga, ni son congruentes con el espíritu de la legislación derogada. Y al lado de la inseguridad jurídica que originaría la posibilidad de que para cada caso individual se tomen disposiciones de dos o tres Códigos que hayan podido regir desde la realización del

hecho hasta su juzgamiento final, se abriría campo a un exagerado subjetivismo que ensombrecería la esfera de calculabilidad del derecho y que terminaría entregando al fallador un desbordado arbitrio en su función de aplicar la ley, compatible en todo caso con el ejercicio del poder de un estado de derecho".

Además, agrega el Procurador, "si acaso pudiese hablar de error en la selección de la norma por haber ubicado el asunto en los contornos del artículo 22 del Código derogado, cuestión en la que tampoco estamos plenamente de acuerdo, una sentencia de reemplazo habría de llegar a imponer sanciones iguales o aún más drásticas a los condenados, habida consideración de que los particulares que intervinieron en los hechos eran al tiempo determinadores de las mutaciones del contenido material de los recibos y coejecutores de la defraudación patrimonial". Por todas estas razones que ampliamente desarrolla en su concepto, solicita que este cargo también sea desechado.

Consideraciones de la Corte:

Causal cuarta.

Reiteradamente ha sostenido esta Sala, que cuando el ataque a la sentencia se hace por violación directa de la ley sustancial, necesariamente la situación fáctica de la misma debe aceptarse; los hechos deben ser acogidos tal como los entendió el fallador, porque sólo así puede la Corte analizar y decidir si hubo falta de aplicación de la ley, o si su aplicación fue indebida o si el Tribunal, acertando al escogerla, se equivocó en su intepretación. Mientras no haya seguridad sobre los hechos objeto de juzgamiento, tampoco podrá haberla sobre las normas legales que los deben regular. Por esta razón, ha sido tradicional jurisprudencia de esta Sala el rechazar el ataque simultáneo de la sentencia por violación directa e indirecta de la ley sustancial: "Constituye criterio fundamental distinguir entre la violación directa e indirecta de la ley sustancial y en la segunda discriminar el error esencial de hecho del error esencial de derecho. Esto con el primordial fin de no mezclar uno y otro aspecto, evitándose así la simultánea aplicación de remedios contrarios e incompatibles. Así se tiene que cuando se trata de violación directa de la ley, es necesario reconocer sin vacilaciones los aspectos fácticos considerados por el Tribunal. La prueba se debe aceptar tal como ha sido apreciada por éste y censurar, de modo exclusivo, o la falta de aplicación de la ley, o su aplicación indebida o su errónea interpretación..." (Cas., 12 de diciembre de 1980; Magistrado ponente: Doctor Gómez Velásquez).

Conocedor el casacionista de esta tradicional posición de la Corte, no quiso arriesgarse a malograr el éxito de su demanda y no formuló el ataque simultáneo por violación directa e indirecta de la ley sustancial, sino que prefirió la primera de las mencionadas vías. Pero tampoco quiso resignarse a reconocer sin vacilaciones los fundamentos fácticos de la sentencia impugnada, acudiendo para ello a un hábil subterfugio: En vez de acusar el fallo de segunda instancia por violación indirecta de la ley, en demanda que fatalmente estaría destinada a fracasar, dirigió el ataque contra el auto de proceder, acusándolo de nulidad por errores de hecho en la apreciación de la prueba, en los cuales necesa-

riamente incurrió el fallador de la segunda instancia toda vez que en su sentencia acogió, sin excepcionar ninguna, todas las estimaciones probatorias plasmadas en el enjuiciamiento, con lo cual esta pieza procesal entró a formar parte integrante de aquella, tal como lo ha sostenido esta Sala, en jurisprudencia que ahora se reitera: "La doctrina no cesa de recomendar la importancia que tiene en armónica correlación, el auto de proceder y la sentencia, y, en los procesos con intervención de jurado de conciencia, el auto de proceder, el veredicto y la sentencia. Esta unidad, que constituye fundamento insustituible del debido juzgamiento, no puede mirarse solamente en cuanto a las consideraciones de índole jurídica, referidas al encuadramiento que, por este aspecto, corresponda hacer de la conducta sometida a estudio. Su trascendencia va más allá, hasta el punto de alcanzar contenidos de muy variada índole, como sería el —relacionado con los aspectos probatorios...—. En lo que no haya sido contradicho el auto de proceder por el resultado del término probatorio de la causa, o por las expresas modificaciones señaladas en el fallo de primera o segunda instancia (cuando coinciden en su naturaleza absolutoria o condenatoria), por la argumentación contenida en éstas, se tiene que mantener su valor, así tales análisis o argumentaciones no se hayan repetido en el fallo acusado" (Casación de agosto 20 de 1986; Magistrado ponente: Doctor Gómez Velásquez).

En estas condiciones, si se llegase a aceptar que los errores en la apreciación de las pruebas en que pudo haber incurrido el juzgador en el auto de proceder, pudieran ser aducidos en sede de casación como causales de nulidad de dicho auto, se estaría abriendo paso al ataque simultáneo, aunque indirecto, por violación directa e indirecta de la ley, porque si como ya se expresó, el auto de proceder se integra a las sentencias (en la parte no expresamente excepcionada) formando una sola unidad con éstas (las de primera y segunda instancia), obviamente que los errores censurables en el enjuiciamiento, por el hecho de haberlos acogido el sentenciador, también deben serle censurados a éste. No es posible un ataque de esta naturaleza contra el auto de proceder, que al mismo tiempo no implique también un ataque contra el fallo, que por haber acogido su fundamentación probatoria integra con él un todo indivisible.

Pero no significa lo anterior que los errores en la apreciación de las pruebas criticables al auto de proceder, no puedan ser rectificados. De ninguna manera. Ello puede intentarse en primer término, utilizando los recursos ordinarios en contra del enjuiciamiento, y, posteriormente, apelando de la sentencia de primera instancia que los hubiera acogido. Pero si tales errores persisten porque el fallador de segundo grado no los enmendó, queda aún el recurso extraordinario de casación, pero por la vía del cuerpo segundo de la causal primera, para que la Corte tenga la oportunidad de rectificarlos, sustituyendo la sentencia erróneamente fundamentada. No es, pues, la vía de la nulidad, salvo que el error implicara una equivocada denominación jurídica de la infracción.

Esta ha sido, por lo demás la doctrina de esta Corporación: "Las fallas formales pueden comportar errores en el procedimiento, nulidades. Pero los conceptos y apreciaciones críticas del juzgador son posibles en el justiprecio de un medio probatorio o en los alcances del

ordenamiento legal. En el caso primero, si la equivocada apreciación de pruebas no importa errada denominación jurídica de los hechos delictuosos, no se deben reclamar en casación al amparo de la causal cuarta. Y en el caso segundo, es igualmente diverso de la causal cuarta el camino a seguir en la impugnación de la sentencia" (Casación de 10 de mayo de 1977; Magistrado ponente: Doctor Velasco Guerrero). Y en esta misma providencia insistió la Corte, cuando se critica el alcance dado a las pruebas que sirvieron al juzgador para derivar sus conclusiones, lo aconsejable es "acudir a los motivos de la causal primera de casación, inciso segundo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues los desaciertos del juzgador en la valoración del acervo probatorio o su infortunio en la escogencia de las leyes que son imperativos del caso concreto, son errores de juicio —se reitera— y constituyen nulidades solamente cuando llevan al sentenciador a desconocer la legalidad del delito o de la pena, del procedimiento, o el principio de favorabilidad, cuya suma es el debido proceso. En estos casos, de suyo constitutivos de nulidad, se pueden invocar los errores de juicio del sentenciador dentro del marco de la causal cuarta, por entrañar violaciones ciertas en los derechos de la defensa, de tanto monto, como que son, al tiempo, garantías fundamentales del juicio (art. 26 de la Corte)...".

Pero no es esta última hipótesis la que se presenta en el caso *sub exámine*. Es verdad que el casacionista la invoca, pero cuando entra a demostrarla, se limita a señalar los posibles errores de juicio en que según su opinión, incurrió el juez al valorar la prueba. Equivocó el camino, el censor, y por tanto, este primer cargo no puede prosperar.

Causal primera:

Sostiene el casacionista que la sentencia violó directamente la ley por no haber aplicado los artículos 26 de la Constitución Nacional y 6º del Código Penal, que ordenan la primacía de la ley más favorable, que en este caso lo era el artículo 24 del Código, que también excluyó, el cual regula la penalidad para el cómplice. Agrega, además, que como consecuencia de lo anterior tampoco se dio aplicación al artículo 68 del Código, el cual sería procedente ante la disminución de la penalidad que implicaría el hecho de que su poderdante fuera tenido como cómplice y no como coautor del delito contra la fe pública.

Para demostrar este cargo acude a un muy simplista argumento: El artículo 321-1 del Código Penal (Ley 95) de 1936, es un tipo de sujeto activo calificado, porque exige en el autor la calidad de funcionario o empleado público; en tratándose de esta clase de delitos, quien no tenga la condición exigida por la ley al sujeto activo jamás puede ser considerado autor o coautor del ilícito, pero sí puede ser tenido como cómplice ya que a éste no se exige la calificación indispensable en el autor; como Iván Vargas Laverde no era funcionario ni empleado público, ha debido, entonces, en su conclusión, ser condenado como cómplice, dándosele así aplicación al artículo 24 del Código Penal, norma favorable a él y que en la sentencia se excluyó.

Aunque las premisas son verdaderas, pues ciertamente autor o coautor de un tipo de sujeto activo calificado sólo puede serlo quien reúna las condiciones o calidades exigidas por la ley, las cuales no se

necesita tener para ser cómplice, de ello no se puede concluir que quien realiza la conducta típica, ejecutando los actos que fenoménicamente lo hacen autor de la misma, tenga que ser considerado como un simple colaborador, no causante del hecho, por la ausencia de una condición típica. Se es autor de una conducta cuando se es causa de la misma y se es cómplice cuando únicamente se ayuda o colabora al causante, pero ello es independiente de que se tenga o no una determinada calidad o condición. Esto último tiene trascendencia, o bien para que el hecho sea típico —caso del enriquecimiento ilícito— o bien para la denominación del ilícito —peculado o un delito contra la propiedad—, pero nunca para convertir al causante de un hecho en un mero contribuidor del mismo, como sin razón alguna lo pretende el casacionista.

Claros son el auto de proceder y la sentencia al establecer la participación que el procesado Iván Vargas Laverde tuvo en los delitos que motivaron su condena. Muy diciente al respecto es este párrafo del enjuiciamiento: "Después de que el tramitador hace el contacto inicial, imprime movilidad al resto de la cadena, así aparecen en escena los demás implicados: En primer término Iván Vargas Laverde, *quien garantiza la tramitación al interior de la institución pública, pues él es el que tiene los contactos con los empleados*, que se convierte en pieza fundamental para la consumación de los delitos y cuando recibe la documentación de manos de Flaminio, con la solicitud de que se haga el pago con urgencia, Vargas Laverde le contesta: 'TRANQUILO QUE YO LE PASO ESO A FANNY, ELLO LO HACE TODO' " (fl. 492; con mayúsculas pero sin subrayas).

Esta realidad fáctica, plasmada en el auto de proceder, recogida en la sentencia y necesariamente aceptada por el censor al decidirse a acusar la sentencia por violación directa de la ley, fatalmente se opone a sus pretensiones, tal como con acierto lo destaca el Procurador que en esta oportunidad colabora con la Sala, cuando afirma que "los particulares que intervinieron en los hechos eran al tiempo *determinadores* de las mutaciones del contenido material de los recibos y coejecutores de la defraudación patrimonial". Ciertamente, la actividad del procesado Iván Vargas Laverde conforme al auto de proceder y a la sentencia, lo señala diáfanamente como un determinador de la conducta cumplida por Fanny Castro Castro, en quien sí concurrían las condiciones exigidas al sujeto activo por el tipo penal. De tal suerte que si alguna violación directa de la ley existió, ella no fue propiamente la que señala el casacionista (no aplicar el artículo 24 del Decreto 100 de 1980), sino otra muy distinta pero de ninguna trascendencia para los intereses que él representa: En vez de aplicarse el artículo 22 del Código (Ley 95) de 1936, debió dársele aplicación al artículo 19 del mismo estatuto, según el cual, la pena para el determinador es la misma que corresponde al autor, principio éste que conservó sin mutación alguna el nuevo Código Penal en su artículo 23. Es conveniente recordar que esta Sala tiene admitido que para ser determinador de un delito propio, no es necesario tener la calidad que el tipo penal exige al sujeto activo:

"Cuando un tipo penal exige un sujeto activo calificado, la conducta en éste descrita sólo se adecuará en forma directa a la pertinente disposición cuando el agente reúna, en el momento de la realización

del hecho, la totalidad de las exigencias típicas, Sin embargo, es posible que personas que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material puedan responder en calidad de cómplices o determinadores de un hecho punible realizado por quien sí posee tal cualificación. La cualificación no se exige para el determinador ni para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquél determina a otro a obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, pero ninguno de ellos debe recorrer con su acción u omisión la legal descripción comportamental. Tradicionalmente, aun cuando no en forma unánime, se ha aceptado la posibilidad de que una persona en quien no concurre la exigencia legal pueda ser cómplice de un delito propio. La Sala estima que las mismas razones que se dan respecto del cómplice son de recibo para resolver la situación del determinador, ya que éste no es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo, de la coacción. Es perfectamente posible que un particular planee un peculado y determine a un funcionario a que se apropie de los bienes cuya administración se le ha encomendado..." (Casación de 3 de junio de 1983, Magistrado ponente: Doctor Aldana Rozo).

En armonía con lo anterior, se concluye que la violación directa de la ley por falta de aplicación del artículo 24 del Decreto 100 de 1980, que plantea el impugnante, no existió realmente, porque ésta no era norma aplicable al caso *sub exámine*. Tampoco, en estas condiciones, puede aceptarse que hubo exclusión indebida del artículo 68 del Decreto 100 de 1980 ni de las normas relacionadas con la condena de ejecución condicional citadas por el casacionista, pues ellas sólo serían procedentes en el caso de que hubiera prosperado su principal ataque, lo cual habría podido permitir en la sentencia de sustitución una dosificación de la pena compatible con dicha institución.

El anterior estudio, indudablemente está indicando que la Corte no acoge el criterio del señor Procurador que en esta ocasión colabora con la Sala, en virtud del cual no es posible aplicar simultáneamente normas del Código derogado (Ley 95 de 1936) y del que lo subrogó (Decreto 100 de 1980).

Frente al principio constitucional de la aplicación preferente de la ley penal más favorable, nada se opone a que puedan aplicarse simultáneamente normas del Código de 1936 (Ley 95) y del nuevo estatuto (Decreto 100 de 1980), siempre y cuando estas últimas impliquen algún beneficio para el procesado. Además, adviértase que la sanción prevista para los cómplices en el artículo 24 del Decreto 100 de 1980, es igual a la que señalaba para estos partícipes el artículo 20 del derogado Código de 1936 (Ley 95), razón por la cual resultaba indiferente aplicar cualquiera de las dos disposiciones citadas.

Este cargo, pues, también será desechado.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. TECNICA

La técnica del recurso de casación obliga no sólo a cuestionar los fundamentos del fallo o sus conclusiones, sino que debe mencionar y analizar las normas conculcadas, para que se establezca por el demandante la relación causal entre el cargo presentado y el quebranto de la ley sustancial

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

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 022 del siete (7) de abril de 1987.

Vistos:

Por sentencia del diecinueve (19) de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena se condenó a *Libardo José, Yamid Enrique Taborda Bohórquez* y a *Ignacio Cañavera Castro*, como responsables del hurto de ganado por el que habían sido enjuiciados.

Oportunamente el representante legal de Cañavera Castro interpuso el recurso extraordinario de casación, que fue concedido, oportunamente admitido, y se declaró ajustada la demanda a los requisitos y exigencias legales.

Escuchado el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicitó se rechazara la impugnación por falta de técnica en la presentación de la demanda.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego del análisis de los siguientes

Hechos:

El proceso se inició por denuncia instaurada por Pedro Manuel Macea, en su calidad de Administrador de la hacienda San Nicolás, de propiedad de Luis Hoyos García, al tener conocimiento que el veintidós (22) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983) se habían sustraído veintisiete (27) cabezas de ganado de la mencionada hacienda. En las horas de la madrugada fueron sorprendidos los hermanos Taborda y una tercera persona por campesinos de la vereda Tomala del Departamento de Sucre. Los hermanos Taborda informaron a los campesinos que habían recibido el ganado de Cañavera Castro para que lo

transportaran, versión que fue reiterada en sus indagatorias, agregando que Cañavera Castro los había acompañado hasta poco antes de que aparecieran los campesinos que los sorprendieron en el transporte de ganado.

La actuación procesal:

Iniciada la correspondiente investigación por el hurto de las cabezas de ganado se escuchó en indagatoria a Ignacio Cañavera y a los hermanos Taborda.

Cerrada la investigación se calificó su mérito por auto del diez (10) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), por medio del cual se llamó a juicio a Ignacio Cañavera Castro y se sobreseyó temporalmente a Libardo José y Yamid Enrique Taborda Bohórquez.

Apelado el calificatorio, el Tribunal de Cartagena por providencia del veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) revocó el sobreseimiento temporal dictado en favor de los hermanos Taborda y en su lugar los llamó a juicio por el delito de hurto.

El diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) se realizó la diligencia de audiencia pública, se dictó sentencia de primera instancia el veintisiete (27) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), mediante la cual el Juez del Circuito de Magangué absolvió a Cañavera Castro y condenó a los hermanos Taborda Bohórquez, imponiéndoseles pena de cuatro (4) años de prisión.

Apelada la sentencia de primera instancia el Tribunal por sentencia del diecinueve (19) de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), revocó la absolutoria dictada en favor de Cañavera Castro, imponiéndole pena de cuatro (4) años de prisión y se aumentó en seis meses la impuesta a los hermanos Taborda Bohórquez.

La impugnación:

La demanda se fundamenta en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por violación indirecta de la ley sustancial, causada por errónea apreciación de la prueba testimonial que obra en el proceso, por error manifiesto de hecho.

Para fundamentar su impulación el censor considera que el denunciante señor Pedro Manuel Macea no formula cargos concretos contra nadie y que la restante prueba testimonial recepcionada a José Domingo Polo Vanegas, Federico Ortega, Manuel Polo, Adulfo Munive Flórez y William Vargas, además de las versiones dadas por los propios sindicados, lleva a concluir que Cañavera Castro no fue visto en la vereda Tomala con los Taborda en el transporte de ganado y que por su parte la imputación que hacen los Taborda contra Cañavera Castro en el sentido de haber recibido el ganado de éste para que lo transportaran pero sin indicarles el sitio de destino, ni quien sería su destinatario carece de verosimilitud.

Finalmente concluye de la siguiente manera:

"En fin, no es cierto que Cañavera Castro se hubiera fugado o evadido 'del sitio donde se hallaba cuando fueron sorprendidos', como reza el fallo del Tribunal, errando y tergiversando la prueba.

A Cañavera no se le sorprendió en ninguna parte con el viaje del ganado, ni se fugó tampoco de Tomala, como se quiere. Quienes precisamente fueron sorprendidos en la situación de flagrancia que describe el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, y quienes se fugaron de aquel lugar, fueron Libardo y Yamid Taborda con el compañero de marras, que ya sabemos que es una persona que se crió en la casa de éstos, en Sincerín. Lo dicen —repetimos— José Domingo Polo Vanegas, Federico Ortega, Manuel Polo, Adulfo Munive Flórez y William Vanega (fls. 25 a 38 del cuaderno original).

Estos testimonios se tomaron como veraces y dignos de credibilidad por el mismo Tribunal, que al estimar erradamente la prueba comentada, 'le hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto', tal como lo proclama la jurisprudencia de la Corte.

No cabe traer a cuento, desde luego, el colofón de 'la pretendida nulidad por incompetencia en que incurrió el juzgador de primer grado, de acuerdo con el criterio expuesto en esta instancia por el defensor del señor Cañavera Castro', porque se trata de una incidencia procedimental, de la cual no puede hacerse deducción válida alguna que afecte las conclusiones del análisis que hemos hecho en este caso.

Las consideraciones que hace el Tribunal en este punto, sobre la situación de los hermanos Taborda Bohórquez al ser sorprendidos en flagrancia por los vecinos de Tomala, cuando viajaban con el ganado ajeno, y a la invalidez de la excusa que presentaron, cuando manifestaron que esa reses las habían recibido de Cañavera Castro, vienen a poner de manifiesto, precisamente, las razones por las cuales acusamos el fallo que es materia de esta casación.

Habiendo incurrido, pues, el Tribunal en error manifiesto de hecho al precisar erróneamente en la sentencia acusada la prueba testimonial que obra en el proceso, como lo hemos demostrado, de manera comedida solicito que se case la sentencia ameritada en cuanto condenó a Ignacio Cañavera Castro a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, como autor del delito de hurto, de que trata el artículo 349 del Código Penal, y dicte en consecuencia el fallo que deba reemplazarla".

El concepto del Ministerio Público:

El colaborador Fiscal de la Corporación solicita se deseche la impugnación por falta de técnica en la presentación de la demanda, argumentando de la siguiente manera:

"Es evidente que la sentencia del Tribunal de Cartagena no está proferida en los precisos términos en que la ley procesal exige que se redacte la sentencia. Para la Procuraduría es obvio que las exigencias implicadas en el dominio de la técnica de la casación suponen como presupuesto que el fallo atacado revista un mínimo de motivación en cuanto menciona no sólo el raciocinio del juzgador para llegar a la conclusión de absolución o condena, sino también el título de la imputación y las normas sus-

tanciales que rigen la situación jurídica decidida, como aquellas reguladoras de los medios de prueba que se constituyen en sostén de la conclusión final.

En buena parte, pues, la falta de técnica en la presentación de un cargo en sede de casación suele originarse a su vez en la imprecisión o en los vacíos que en materia normativa y argumentativa acompañan la sentencia que se ataca. Ahora bien, cuando en una demanda de casación se incurra en ciertas omisiones que pueden explicarse precisamente por deficiencias formales del fallo impugnado, la Procuraduría se vería inclinada a coadyuvar la casación bien porque el censor no le sería jurídicamente exigible atacar cuestiones que un Tribunal no menciona, bien porque los defectos de la demanda se constituirían en prueba irrefragable de que se produjo daño o deterioro del derecho a la defensa técnica por vicios *in procedendo* afincados directamente en el fallo, como sería el desconocimiento de los requisitos mínimos que implica el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal y la garantía constitucional consagrada en el artículo 163 de la Carta.

Acá, sin embargo, el impugnante omite cualquier mención a las normas probatorias infringidas y determinantes de la violación de la ley sustancial que viene predicando. Ni siquiera la presentación del cargo en torno a la regla de derecho sustancial infringida aparece completa. Porque se limita a señalar que el sentenciador desconoció el artículo que describe el tipo penal para concluir que la ilegalidad del fallo se asienta sobre el fenómeno de la autoría, que en el Estatuto aparece regulado por otra disposición de derecho sustancial, distinta del artículo 349 por él citado, como es el 23 del Código Penal.

Si la demanda de casación limita su contenido a debatir las premisas del fallo o sus conclusiones, sin tocar para nada la normatividad conculcada, impide su examen por la Corte. Porque desconoce el contenido del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal y la exigencia del inciso segundo del numeral 1º del artículo 580 del mismo estatuto, que la Corte ha precisado múltiples veces, entre otras en sentencias de junio 26 de 1974 y junio 9 de 1978.

Es que la misma naturaleza del recurso impone al demandante la obligación de demostrar la medida y el alcance de la violación de la ley; y el principio de limitación del recurso no sólo impide a la Corte asumir de oficio causales distintas a las alegadas sino corregir o complementar el concepto de la violación medio, la relación causal entre ésta y el quebranto de la ley sustancial, el carácter manifiesto del error y, su misma trascendencia.

De esta manera, no obstante tratarse de un fallo marginado del querer legislativo, la demanda no reúne los requisitos mínimos que se imponían para su prosperidad. La ausencia de referencias a las normas que regulan la plena prueba o el mismo principio pro reo, y a la que define la autoría se constituyen en un obstáculo insalvable para que la honorable Corporación analice a fondo el

asunto y considere si el error o los errores alegados por el casacionista efectivamente se presentaron.

Solicitamos entonces que se desestime el recurso por falta de técnica en la presentación del cargo".

Consideraciones de la Corte:

Si se analiza detenidamente la demanda se observará que ésta se limita a hacer una serie de contraargumentaciones dirigidas a restarle fuerza conclusiva a las consideraciones probatorias que se hicieron en la segunda instancia y se afirma entonces que el testimonio del denunciante no hace una imputación concreta contra nadie, que ninguno de los testigos que sorprendieron el ilícito transporte del ganado afirma que entre los sorprendidos delincuentes se hubiera encontrado Cañavera Castro y que por su parte los testimonios de los hermanos Taborda Bohórquez son inverosímiles, por la vaguedad de sus afirmaciones y porque sostienen que se les encargó el transporte de un ganado sin que se les indicara ni el sitio del destino, ni el destinatario del mismo y culmina sosteniendo que tales errores de apreciación probatoria llevaron al juzgador de instancia a dar por demostrado la comisión del delito de hurto previsto en el artículo 349 del Código Penal, pero por ninguna parte el impugnador menciona cuáles son las normas probatorias infringidas y que hubieran sido determinantes en la violación de la ley sustancial y ni siquiera de manera clara y completa menciona de qué manera se infringe la ley sustancial.

La naturaleza del recurso extraordinario de casación obliga al recurrente a demostrar la medida y el alcance de la violación de la ley, y las limitaciones surgidas de la técnica del recurso impiden a la Corte no sólo analizar de oficio causales diversas a las alegadas, sino a corregir o completar los defectos en que pudiera incurrir el impugnante.

Debe recordarse el contenido del artículo 576 que enumera los requisitos básicos y sustanciales de la demanda de casación, en la que no sólo se debe indicar cuál es la causal que se estima para pedir la infirmación del fallo sino que en forma clara y precisa debe indicar los fundamentos de la causal, debiendo citar las normas sustanciales que el recurrente considere infringidas.

El censor se limita a decir que no existe ningún medio probatorio de carácter testimonial que señale que Cañavera Castro es el autor del delito de hurto, cuando los campesinos de Tomala sorprendieron a los hermanos Taborda Bohórquez en el transporte de ganado, pero en ningún momento señala cuáles fueron las normas probatorias infringidas y que hubieran determinado la violación de la ley sustancial, porque en realidad se limita a mencionar que la sentencia impugnada desconoció el artículo 349 del Código Penal y ello lo lleva a concluir en la ilegalidad del fallo.

La técnica del recurso extraordinario de casación obliga no sólo a cuestionar los fundamentos del fallo o sus conclusiones, sino que debe mencionar y analizar las normas conculcadas, para que se establezca por el demandante la relación causal entre el cargo presentado y el quebranto de la ley sustancial, y obviamente debe demostrarse que se

trate de un error manifiesto y el porqué de su trascendencia, porque es bien sabido que no cualquier clase de error podría tenerse en cuenta como causal de casación, puesto que de manera específica se exige en la normatividad que éste debe ser manifiesto.

En reciente fallo la Corte con ponencia del honorable Magistrado Calderón Botero, sostuvo:

"Si la impugnación se formula con base en el error manifiesto de hecho, se debe poner de resalto un falso juicio de existencia, o un falso juicio de identidad en relación con la prueba. El primero se presenta cuando el juzgador desconoce el hecho que revela la prueba por ignorar la existencia procesal de ésta, o lo reconoce por creer que la prueba obra en el proceso; y, el segundo, se advierte cuando el fallador tergiversa o supone el contenido del hecho que evidencia la prueba, o lo encuentra coincidente con el de una norma sustancial sin serlo.

Si la impugnación se hace con fundamento en el error de derecho, se debe acreditar un falso juicio de legalidad o un falso juicio de convicción con relación a las normas reguladoras de la prueba. El primero, aflora cuando el sustanciador niega validez jurídica a una prueba legalmente producida y aducida, o le otorga mérito a la que no reúne los requisitos exigidos por el precepto que establece su rito; y, el segundo, se concreta cuando el juzgador le niega a la prueba el valor que le otorga la ley, o cuando le atribuye el que legalmente no le corresponde.

Probado uno cualquiera de estos errores, el demandante deberá señalar las normas sustanciales afectadas por no haberlas aplicado o por haberlas aplicado indebidamente el fallador. De estas dos formas de violación final, la que se cumple en el caso concreto deberá ser demostrada plenamente, so pena de dejar la impugnación en la mitad del camino y, por consiguiente, fallida la demanda.

Se puede, como es obvio, atacar la prueba por error de hecho o de derecho siempre y cuando no se formulen los dos respecto del mismo medio de convicción. Tratándose de un error trascendente, cualquiera que sea su denominación, éste será el llamado a prosperar aunque de los falsos juicios que lo conforman se desprenda como necesaria consecuencia un nuevo error de hecho o de derecho, pues resulta apodíctico que la causa eficiente precede al efecto en el mundo de la naturaleza, de la lógica formal y del derecho. De aquí que el ataque en casación no puede descansar sobre un error consecuencial de otro que le da vida.

En el caso por resolver, lamentablemente el censor desconoció estas exigencias de la técnica, lo que impide que la Corte penetre al estudio del asunto, pues, los principios rectores de este recurso no permiten que la Corte supla la inidoneidad del libelo, ampliándolo, modificándolo o corrigiéndolo con base en lucubraciones sobre lo que quiso decir el casacionista".

En las condiciones establecidas no es posible la prosperidad de la impugnación.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VEREDICTO

Cuando el veredicto es claro el juez de derecho sólo puede declararlo contraevidente si encuentra que no tiene respaldo probatorio, ordenando la convocatoria del nuevo jurado

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

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta número 27.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Samuel Yanquen Benítez* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá fechada el 27 de junio de 1986, que por modificación de la de primera instancia, lo condenó como responsable del delito de homicidio a la pena principal de 10 años de prisión.

Antecedentes y actuación procesal:

Los hechos materia de investigación aparecen reseñados por el Juzgado 9º Superior de esta ciudad así:

> Tuvieron desarrollo la tarde del día veinte de enero del año en curso (1985), en la tienda de propiedad de la señora Deyanira Triana Valbuena, ubicada en la transversal 43 número 3A-58 de esta ciudad, sitio donde se encontraba departiendo algunas cervezas el señor José Alvaro Castillo, quien luego de sostener una discusión con el señor Samuel Yanquen Benítez por la sustracción de una herramienta mecánica, recibió un impacto de arma de fuego —revólver— propinado por el segundo de los citados, produciendo su fallecimiento minutos después (f. 343, cuaderno principal).

Comprometido en juicio Yanquen Benítez, durante la audiencia pública la agente del Ministerio Público formuló acusación, y aunque impetró sentencia condenatoria advirtió que no se opondría al reconocimiento de la atenuante de la ira injustamente provocada en favor del victimario por considerar, según sus palabras, "que la desaparición de sus pertenencias fue la circunstancia que llevó al sindicado a actuar el día de los hechos de manera iracunda". A esta circunstancia hizo tangencial referencia el defensor como refuerzo argumental en su exposición, y el jurado de conciencia terminó por emitir un veredicto con-

denatorio con el reconocimiento de la atenuante referida, en los siguientes términos:

> Si es responsable, pero en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación.

El juzgado acogió la decisión del jurado, la cual encontró clara y no contraria a la evidencia fáctica procesal, y lo condenó a la pena principal de 40 meses de prisión, y entre las sanciones accesorias, a la de pago en abstracto de los daños y perjuicios civiles ocasionados con el delito "en favor de quien demuestre tal derecho".

Sometida a consulta la sentencia, la Sala correspondiente del Tribunal, con el salvamento de voto de uno de los Magistrados integrantes, estimó inútil el agregado atenuante, porque si bien, fue planteada la circunstancia favorable en el debate de la audiencia y sobre ella recibió ilustración el jurado, carecía de respaldo en el proceso, mas como en fallo popular fue de responsabilidad, debía interpretarse la veredicción desconociendo tal circunstancia y manteniendo la declaratoria de responsabilidad; y en definitiva le atribuyó al encausado el delito de homicidio voluntario, modificando entonces la sentencia de primer grado en cuanto a incrementar la pena al mínimo de 10 años establecido para esta figura típica.

La demanda:

Se acusa la sentencia de segunda instancia al tenor de la causal 2ª motivo segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque se considera proferida en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Arguye el recurrente que el proceso arrojaba suficientes elementos de juicio indicativos de la atenuante reconocida por el jurado a favor de su cliente —de los cuales hace amplio recuento y expone algunos comentarios—, que durante la audiencia pública hubo ilustración al respecto como lo enseña el acta respectiva, y que si el Tribunal al revisar la sentencia del juzgado estimó contraevidente el veredicto con relación a la atenuante reconocida, debió dar aplicación al artículo 567 del Código de Procedimiento Penal haciendo tal declaratoria para que se convocara un nuevo juzgamiento público, pero no entrar a desconocerlo parcialmente so pretexto de interpretarlo, cuando no requería de tal trabajo porque su redacción no dejaba lugar a dubitaciones. Habiendo fraccionado el veredicto para aceptarlo parcialmente, transformándolo en detrimento del procesado, el Tribunal desconoció la voluntad del jurado de conciencia, que podía expresarla tal como lo hizo según la autorización legal del artículo 535 del citado Estatuto. Al proferir la sentencia en desacuerdo con el veredicto, con desconocimiento del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, el sentenciador incurrió además en abuso de poder por no dar aplicación al artículo 60 del Código Penal y conculcó garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta.

Haciendo suyo el salvamento de voto con que se profirió la sentencia acusada, el censor solicita la casación parcial, para que en armonía

con el artículo 583-1 del Código de Procedimiento Penal, la Corte profiera la que debe reemplazarla.

El Ministerio Público:

Representado por el señor Procurador 3º Delegado en lo Penal, sugiere atender la pretensión de la demanda porque el veredicto proferido en el caso materia de estudio no requería ser interpretado; no era contradictorio ni incompleto.

El reconocimiento por el jurado, de la atenuante de la ira injustamente provocada por el comportamiento del occiso fue explícito, y era deber del juzgador de derecho "reconocer y respetar la autonomía del jurado". No debió, por tanto, suplantarlo en el ejercicio de sus atribuciones. Resultaba imperativo para el Tribunal atender los mandatos de los artículos 565 y 519 del Código de Procedimiento Penal.

Censura la actitud del Tribunal, que en vez de declarar la contraevidencia del fallo popular, si en su opinión carecía totalmente de respaldo probatorio la atenuante reconocida, optó por cercenar el veredicto desestimando el agregado a la declaración de responsabilidad aceptada, para hacer más gravosa la condena, resquebrajando de esta manera la estructura de la etapa del juicio.

Finalmente añade que, como la circunstancia atenuante reconocida acarrea una disminución de la imputabilidad atribuible a culpa de la víctima, así mismo, de conformidad con el artículo 2537 del Código Civil, la condena al pago de los daños ocasionados con el delito debe hacerse por la Corte en abstracto pero, según su criterio, "reducida en un 30%", mientras que la indemnización de perjuicios morales deberá tasarse en gramos oro.

Consideraciones de la Sala:

1. *El artículo 519 del Código de Procedimiento Penal dispone que "en los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate". La ley procesal penal previó simultáneamente varias medidas encaminadas a hacer efectivo este mandato, entre las cuales está la de que en el numeral 2º del artículo 580 del mencionado estatuto se prevé como causal de casación cuando la sentencia esté en desacuerdo con el veredicto del jurado.*

En el caso en estudio, *el jurado contestó en su veredicto: "Sí es responsable, pero en estado de ira e intenso dolor, por grave e injusta provocación". El juez de primera instancia dictó sentencia apoyado en él, pero el Tribunal, con salvamento de voto de uno de sus Magistrados, la modificó al considerar que el aspecto relacionado con la atenuante de la responsabilidad, ira e intenso dolor, no tenía respaldo probatorio en el proceso, por lo que debía ser desechada.*

Incurre el Tribunal en un claro error al confundir el fenómeno jurídico de la contraevidencia con el de la oscuridad del veredicto. Es cierto que la Corte en reiteradas jurisprudencias ha dicho que el juez debe recurrir al material probatorio del proceso para interpretar vere-

dictos oscuros, buscando así la verdadera voluntad de los jueces de conciencia. Ello es lógico, porque las palabras son entes simbólicos cuyo contenido sólo puede explicitarse a través del análisis de la realidad a la cual apuntan. En sentencia de mayo 31 de 1983, con ponencia del Magistrado doctor Darío Velásquez G., dijo la Corte:

> ...cuando la contestación suscita perplejidades respecto de lo que en verdad quisieron decir los jueces del pueblo, se impone la necesidad de fijar su alcance, por la vía de la interpretación, ciñéndose para ello rigurosamente al propio sentido literal de la respuesta y a la realidad probatoria que emana del proceso y principalmente de las intervenciones en la audiencia pública.
>
> El no obrar de esa manera podría llevar al juez a proferir una sentencia alejada de la verdadera intención de los jurados, pero el no hacerlo con estricta fidelidad a los criterios que se enunciaron en precedencia lo conduciría a tergiversar el genuino pensamiento de los mismos. De allí el tacto con que debe procederse para no invadir campos ajenos, pero tampoco para aceptar o rechazar sin cuidadoso examen las respuestas oscuras o incompletas del jurado, integrado, como se sabe, generalmente, por personas que desconocen el tecnicismo y precisiones del derecho.

Este es exactamente el alcance de la jurisprudencia que cita la sentencia impugnada, como acertadamente lo anota el Magistrado disidente, pues ella se refería precisamente a un veredicto incompleto en el que era menester recurrir al material probatorio del proceso para determinar su significado correcto.

Pero cuando el veredicto es claro y contiene una proposición de contenido jurídico indubitable, como ocurre en el caso en estudio, el juez de derecho sólo puede declararlo contraevidente, si encuentra que él no tiene respaldo probatorio, ordenando la convocatoria del nuevo jurado. El artículo 567 del Código de Procedimiento Penal dispone expresamente:

> Artículo 567. Contraevidencia decretada por el Tribunal. Si el Tribunal Superior encontrare al estudiar el proceso para sentencia de segunda instancia referente a juicio en que hubiere intervenido el jurado, que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente, así lo declarará y ordenará que el inferior convoque a nuevo jurado.

Asiste por tanto razón al recurrente, cuando pide que se case parcialmente la sentencia, y así lo hará la Sala.

2. Solicita el Procurador Delegado que teniendo en cuenta que el estado de ira e intenso dolor constituye una causal de imputabilidad disminuida, se debe condenar al pago de los perjuicios en abstracto, pero disminuidos en un 30%, por razón del actuar culposo de la víctima, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil.

La Sala considera que esta petición no es procedente, pues habiendo diferido los perjudicados la regulación de los perjuicios al trámite por el procedimiento especial previsto para las condenas en abstracto, es allí en donde se deben plantear los puntos señalados por él.

3. Emitido entonces un fallo de segunda instancia en desacuerdo con el veredicto del jurado, así tal desacuerdo hubiera sido parcial, como quiera que lo fue en detrimento de los intereses del procesado cuya pena principal se elevó notablemente, la Corte habrá de sustituirlo en obedecimiento del mandato del artículo 583-1 del Código de Procedimiento Penal; y en cuanto a la condenación accesoria al pago de daños y perjuicios ocasionados con el delito, se mantendrá en abstracto en virtud de que en el proceso no se practicó avalúo al respecto, ni se embargaron bienes de aquél (art. 503 *ibidem*) con lo cual quedan incólumes los derechos de los interesados para ejercitar la correspondiente acción civil al tenor de los artículos 26 y 27 del Código de Procedimiento Penal y 488 del Código de Procedimiento Civil. Tampoco se modificará la negativa al subrogado de la ejecución condicional de la pena, por ajustarse a derecho.

El artículo 323 del Código Penal señala una pena de 10 a 15 años de prisión para el delito de homicidio. Conforme a la atenuante reconocida por el jurado de conciencia para la cual el artículo 60 *ibidem* establece pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo; a que el procesado no obró bajo circunstancias agravantes de la pena, y que registró buena conducta anterior como lo revela el carecer de antecedentes penales y policivos, se impondrá la sanción de 40 meses de prisión.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, en acuerdo parcial con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1. *Casar parcialmente* la sentencia y en su lugar *condenar* a Samuel Yanquen Benítez, de condiciones civiles conocidas en el proceso, a la pena de 40 meses de prisión por el delito de homicidio en la persona de José Alvaro Castillo. Las penas accesorias confirmadas en el fallo acusado, así como la negativa al subrogado de la ejecución condicional de la pena permanecerán tal como se dedujeron en el fallo de primera instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

COMPETENCIA

No es el juez comisionado el que pueda fijar la competencia al funcionario de conocimiento

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado Acta número 28.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a decidir sobre la legalidad de la providencia de 29 de agosto de 1986, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cúcuta resolvió llamar a juicio por el delito de prevaricato al doctor *Luis Orlando Sosa Buenahora*, en calidad de Juez Superior de Aduanas de esa ciudad.

Hechos y actuación procesal:

1. El doctor Germán Augusto Riveros Rodríguez, Juez Primero de Instrucción Penal Aduanera de Cúcuta, denunció penalmente al doctor Luis Orlando Sosa Buenahora, Juez Superior de Aduanas de la misma ciudad, por haber decretado nulidad de todo lo actuado en el proceso seguido contra Blanca Ninfa Gamboa de Mateus y otros, sin tener competencia, pues al encontrarse en firme el avalúo pericial que fijó la cuantía del objeto material del delito en la suma de cuarenta mil pesos, la facultad para conocer de ese expediente era del Juez del Distrito Penal Aduanero, conforme lo había dispuesto el funcionario de instrucción, hoy denunciante.

Agrega el quejoso, que el doctor Sosa Buenahora tenía interés en el proceso por cuanto uno de los sindicados, Víctor Manuel Esteban García, al parecer, era empleado del juez acusado.

2. De las fotocopias y de la inspección judicial practicada sobre el aludido proceso, se establece:

a) Iniciado el proceso por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal, luego de declararse incompetente para continuar actuando por tratarse de un delito de contrabando, lo envió al Juzgado Superior de Aduanas por auto de 2 de febrero de 1982;

b) Una vez avocó conocimiento dicho Juzgado Superior, lo envió al de Instrucción Penal Aduanera —Reparto— para la práctica de las diligencias respectivas, habiéndole correspondido al Juzgado Primero a cargo del doctor Riveros Rodríguez, quien por auto de 23 de febrero

de 1982 dispuso entre otras pruebas, el avalúo simbólico del automotor cuestionado en autos, el cual se practicó por un aforador de aduanas fijándose la cuantía en $ 40.000.oo;

c) Puesto a disposición de las partes el avalúo, el 29 de noviembre de 1982, fue declarado en firme y en el mismo auto se dispuso remitir las diligencias "al Juzgado Superior de Aduanas de la ciudad por vencimiento del término de comisión, y con destino al señor Juez de Distrito Penal Aduanera —Reparto— por competencia";

d) El 22 de septiembre de 1982, el Fiscal del Juzgado Superior de Aduanas por solicitud del mismo juzgado, procedió a emitir el concepto que dispone el artículo 43 del Estatuto Penal Aduanero, señalando las pruebas que faltaban para perfeccionar la investigación.

Es en este estado del proceso cuando empieza a actuar el juez Ossa Buenahora, debido a que lo anterior fue realizado por el doctor Jaime Patiño Rodríguez, quien se venía desempeñando como titular del Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta;

e) El 28 de septiembre de 1982, el procesado comisiona al Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero para que "evacúe las diligencias solicitadas por el señor Fiscal" en el referido concepto;

f) Notificado el avalúo por el instructor, declarado en firme y dispuesto, como se indicó, el envío al Juzgado Superior por el vencimiento del término de comisión y a su turno, la remisión al Juzgado del Distrito Penal Aduanero por competencia, procedió el Juzgado Superior a proferir el auto de 30 de noviembre de 1982, por medio del cual declaró nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha abril 19 del mismo año, solicitó la intervención de la Procuraduría y ordenó remitir el expediente al Fiscal "para efectos del artículo 43 del Estatuto Penal Aduanero";

g) Se fundamentó la declaración de nulidad en la inobservancia del artículo 43 del Estatuto Penal Aduanero cuando el anterior Juez Superior al recibir el proceso del Juzgado Primero de Instrucción por vencimiento de una de las comisiones impartidas volvió a comisionar cuando el procedimiento indicado disponía que una vez vencido el término de instrucción es ese funcionario quien remitirá el proceso al Fiscal para que dentro de los quince días siguientes, si encontrare la investigación completa formule ante el Juez Superior, según el caso, acusación contra el sindicado o solicitud de sobreseimiento definitivo o archivo del sumario. En el evento contrario, es decir, si la investigación se considera incompleta; se devolverá el sumario al instructor, por una sola vez, para que se practiquen las pruebas faltantes.

Al entender el doctor Sosa Buenahora que se incumplió el procedimiento correspondiente porque "...el juez de conocimiento no sólo se excedió en el término legal sino que ordenó practicar diligencias cuando no se encontraba dentro de la etapa a él correspondiente", violando el artículo 26 de la Constitución Nacional, resolvió decretar la referida nulidad;

h) Por efecto de la nulidad, el Fiscal emitió el concepto solicitado como "primer concepto de fondo", concluyendo que la investigación se

encontraba incompleta y especificó las pruebas por practicar, procediendo el Juez Superior a comisionar al Juzgado Primero de Instrucción, para que las efectuara;

i) El 28 de enero de 1983, el juez comisionado ordena dar cumplimiento a lo ordenado.

Por cuanto este auto lo dictó el juez que se encontraba reemplazando al instructor titular que estaba en vacaciones, una vez reintegrado el doctor Germán Riveros Rodríguez, profirió un auto el 12 de febrero de 1983 en el cual dispuso devolver el proceso al comitente por considerar que la competencia radicaba en los Jueces de Distrito Penal Aduanero conforme él mismo lo había dispuesto en auto anterior cuando declaró en firme el avalúo y por tanto, la comisión era ilegal;

j) El Juez Superior ordena el 17 de febrero de 1983, devolver el expediente al comisionado para que se cumpla con el procedimiento establecido por el artículo 43 del Estatuto Penal Aduanero y el Juez Primero de Instrucción, dispone cumplir la comisión, dejando constancia respecto a que ese acto es ilegal;

k) En estas condiciones vuelve a practicarse el avalúo, fijándose la cuantía en $ 40.000.oo; una vez quedó este acto en firme correspondiéndole la competencia a los Juzgados de Distrito Penal Aduanero, quien ordenó la cesación de procedimiento contra todos los sindicados; decisión ésta que fue confirmada por el Juzgado Superior de Aduanas.

3. Indagado el doctor Luis Orlando Sosa Buenahora, luego de explicar que ningún interés distinto del de cumplir con su deber y la ley tenía, pues resulta claro que en el precitado proceso no se cumplió con el artículo 43 del Estatuto Penal Aduanero, concluye, que no cometió delito alguno.

4. El Tribunal Superior de Cúcuta, en providencia de 29 de agosto de 1986, la cual no se caracteriza, precisamente, por su profundidad jurídica, llamó a responder en juicio al juez acusado por el delito de prevaricato al considerar que el doctor Sosa Buenahora carecía de competencia para decretar la nulidad, llegando a afirmar (fl. 133) que no son aceptables las explicaciones del indagado por cuanto se dio cumplimiento al referido artículo 43 *ibidem*.

5. El apoderado del sindicado, solicita se revoque el auto de enjuiciamiento para que se sobresea definitivamente a su defendido por considerar que la conducta denunciada no es constitutiva de delito y mucho menos de prevaricato, pues afirma que se obró de acuerdo con la ley.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita de la Sala, se revoque la providencia apelada por el apoderado del sindicado y en consecuencia, se profiera sobreseimiento definitivo o subsidiariamente uno de carácter temporal en favor del juez acusado.

Considera el colaborador Fiscal que en este caso no se violó abiertamente la ley, toda vez que no puede concluirse un delito de preva-

ricato por el incumplimiento de "simples normas de escasa o mínima trascendencia procedimental...".

Consideraciones de la Corte:

1. La conducta imputada al juez procesado como típica del delito de prevaricato, se concreta en el hecho de haber decretado la precitada nulidad argumentando violación a las formas propias del juicio por no haberse cumplido el artículo 43 del Estatuto Penal Aduanero, cuando carecía de competencia de conformidad con lo dispuesto por el juez comisionado al haber ordenado el envío del expediente al Juzgado de Distrito Penal Aduanero.

2. Como lo resalta el señor Procurador Delegado en lo Penal, en su concepto, los razonamientos del Tribunal *a quo*, bien pueden calificarse de "ligeros" porque el fundamento básico para que sea posible hablar de prevaricato no aparece en autos, pues este delito requiere que exista una decisión que sea abiertamente contraria a la ley y si no es dable hacer tal juicio de valor respecto al pronunciamiento cuestionado, vano resulta estudiar lo antijurídico del comportamiento y su culpabilidad.

Establecido que existe una acción con relevancia jurídico-penal, corresponde concretar el juicio de tipicidad, el cual necesariamente debe ser positivo para que impere determinar si con esa conducta se puso en peligro o vulneró un bien jurídico legalmente tutelado y si se trata de una persona imputable sujeta a penas, proceder a atribuir su comportamiento a título de dolo, culpa o preterintención; lo contrario, equivale al pleno desconocimiento del constitucional principio de legalidad.

3. Para determinar si se ha realizado objetivamente la conducta tipificada en la ley como prevaricato, impera examinarse si la providencia cuestionada es o no manifiestamente ilegal, o sea, si cuando al proferirla el funcionario desconoció o aplicó con ostensible irregularidad la normatividad jurídica, lo cual implica colegir que cuando aparece que la decisión corresponde a un examen lógico del material probatorio, a una viable interpretación de la ley, o a la aplicación de principios sustantivos o procesales reconocidos doctrinariamente, no cabe imputarle prevaricato con el argumento de que no fue afortunado en su análisis porque no se comparte su criterio.

4. Resulta incuestionable que en el precitado proceso no se dio cumplimiento por parte del Juez Primero de Instrucción Penal Aduanera a lo preceptuado por el artículo 43 del referido Estatuto Especial y que como lo explicó el acusado en su indagatoria, el Tribunal de Aduanas venía decretando nulidades cuando no se cumplía con ese procedimiento; entonces, el considerar que el Juez Superior había subsanado la irregularidad cuando corrió el traslado al Fiscal en ningún momento está significando que el trámite anterior haya sido extrictamente el indicado.

Al considerar el Tribunal que la irregularidad estaba subsanada no puede llevar al extremo de colegir, que el procedimiento adoptado por el juez acusado al entender que se había incumplido con las formali-

dades propias del proceso y decretar la mencionada sanción procesal, sea constitutivo de delito; el que se afirme que tal irregularidad se sancó, es un criterio respetable como lo es el que expuso el funcionario procesado y esa desarmonía de criterios nunca puede ser configurativa de prevaricato, sino la abierta e ilegal discordancia entre lo que el funcionario hizo en una providencia y la que ha debido hacer.

5. Cuando menos *no resulta indubitable que el juez comisionado le fije la competencia al funcionario de conocimiento, pues el competente es el concreto titular de la jurisdicción en un determinado proceso y lo que hace al comisionar es ejercer la facultad legal para que otro funcionario practique algunas pruebas para perfeccionar la investigación; pero es un contrasentido jurídico el considerar que el eventual instructor pueda suprimirle la competencia a quien lo comisiona y aquél deba cumplir con un mandato de esa naturaleza.*

El juez de conocimiento es quien dirige el proceso y únicamente él es quien debe realizar la variación de la competencia, toda vez que además de resultar una conclusión lógica en la estructura jerárquica de la administración de justicia, no es posible llegar a un corolario diverso si se tiene en cuenta que el fenómeno jurídico de la colisión de competencias exclusivamente se puede trabar entre jueces de conocimiento y si el comisionado ya le ha quitado la competencia se llegará al absurdo de afirmar que una decisión de esta naturaleza podría tomarla el funcionario comisionado.

6. *En estas condiciones, necesario es aclarar, que cuando entre las diligencias por practicar en la comisión se encuentra alguna que influya en los factores determinativos de la competencia, se debe cumplir, como sucede con el avalúo en los delitos contra el patrimonio económico o en el contrabando como sucedió en este caso, pero la determinación sobre la valoración final de esa situación es imperativo del juez competente hasta ese momento, pues el director del proceso, el responsable y quien ejerce el poder jurisdiccional para una determinación de tanta trascendencia.*

7. *La anarquía judicial y la consiguiente inseguridad jurídica de los destinatarios de la ley, a no dudarlo serían las consecuencias esperadas con interpretaciones como la hecha por el Trbunal a quo y es que no es necesario que exista una norma específica que señale esta prohibición, como al parecer lo exige esa Corporación, sino que del sistema judicial mismo, de la estructura del proceso, de la jerarquía, de la naturaleza de la comisión, en fin, de los principios reguladores de nuestro sistema procesal, emerge esta conclusión.*

8. En consecuencia, se procederá a revocar la decisión impugnada y se proferirá sobreseimiento definitivo en favor del doctor Luis Orlando Sosa Buenahora, en calidad de Juez Superior de Aduanas de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, debido a que la conducta denunciada no es constitutiva de delito; por ende, también se dispondrá la devolución de la caución que prestó para disfrutar de la libertad provisional que le fue concedida por el *a quo*.

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

Resuelve:

1. *Revocar* el auto de fecha 29 de agosto de 1988, por medio del cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, llamó a responder en juicio por el delito de prevaricato al doctor Luis Orlando Sosa Buenahora, en calidad de Juez Superior de Aduanas de la misma ciudad; en consecuencia, se *sobreseerá definitivamente* a dicho funcionario por los cargos de que trata este proceso.

2. *Disponer* que por parte del Tribunal Superior de Cúcuta, Sala Penal de Decisión respectiva, se disponga la devolución de la caución que prestó dicho funcionario para obtener la libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

REVISION

El recurso de revisión es exigente en sus presupuestos, porque se trata de ordenar o no el trámite que puede conducir a la remoción de la intangibilidad de la cosa juzgada y a desconocer las presunciones de veracidad y legalidad que asisten a todo fallo en firme

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado Acta número 028.

Vistos:

Decide la Corte sobre la admisibilidad formal del recurso extraordinario de revisión, demandado por el doctor Rafael David Aponte García, apoderado del procesado *Carlos Hernán Fernández de Soto Arias*, contra las sentencias condenatorias de 1ª y 2ª instancia, proferidas en su orden por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Cali y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad, por el delito de estafa, en perjuicio del "Programa Maquinaria para la Educación", "MAPED", adscrito a "INCOLDA".

La validez de los fallos la controvierte el recurrente al amparo de las causales 3ª y 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, a saber:

"Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo.

"Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Y, al tratar el tema de los *"Fundamentos del Recurso"*, el demandante se reduce a manifestar lo siguiente:

"Para apoyar el recurso que interpongo por lo que respecta a las causales 3ª y 5ª habré de establecer que el fallo se produjo con prueba falsa y que, además, hay elementos nuevos de convicción para acreditar la inocencia o irresponsabilidad de mi poderdante, o indicios graves de su inocencia o irresponsabilidad.

"Todo lo anterior será materia del debate dentro del período probatorio de la revisión, limitándome ahora a adjuntar prueba de los hechos en la forma y medida que el Código respectivo me lo exige en su artículo 585".

Acompaña, entonces, a la demanda veinticinco (25) documentos, según los enumera en el contexto de la misma, para finalizar diciendo:

"Los fundamentos de hecho y de derecho los he enunciado, pero en el alegato de conclusión expondré las razones que existen y primordialmente los hechos idóneos para que la revisión prospere con base en las causales que enuncié".

Se considera:

Dispone el artículo 585 del Código de Procedimiento Penal:

"PROPOSICION DEL RECURSO. El recurso de revisión se propondrá por medio de memorial dirigido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se determinará el juicio cuya revisión se demandare, los juzgados o tribunales que lo hubieren fallado, el delito o delitos que hubieren dado motivo a él, la clase de sanción que se hubiere impuesto y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyare la solicitud. Junto con este memorial se acompañarán las pruebas de los hechos fundamentales" *(Subrayas fuera de texto).*

Para que prospere la causal 3ª, la norma legal exige que se demuestre la falsedad del medio probatorio que se impugna y su incidencia en el fallo respectivo. Si bien es verdad que esa comprobación debe hacerse dentro de la nueva etapa probatoria que sigue a la orden de revisión, tampoco es menos cierto que el proponente del recurso está en la obligación de aportar a su libelo los elementos indicativos de esa falsedad, para que así pueda la Corte pronunciarse sobre la procedencia, o no, formal del recurso. Y eso es exactamente cuanto no hizo el demandante, pues limitó su actuación a la presentación de una buena cantidad de documentos, pero sin referencia a cuáles de ellos, confrontados con los que fueron definitivos o importantes en el fallo, precisando también éstos, son los que pueden llevar a demostrar la anunciada falsedad. No dijo si lo falso era un testimonio, una peritación, un documento, en fin, cuál la prueba falsa que hubiera podido condicionar el fallo de condena, ni tampoco determinó con cuál o cuáles de los documentos aportados intentaba rebatir los elementos probatorios censurados.

De otra parte, sabido es que el artículo 584-5, distingue como situaciones diversas el hecho nuevo y la prueba nueva, pudiendo darse inclusive la prueba nueva sobre hecho nuevo. El denunciante no precisa de cuál de estas situaciones se trata, sino que se contenta con afirmar que "hay elementos nuevos de convicción para acreditar la inocencia o irresponsabilidad de mi poderdante, o indicios graves de su inocencia o irresponsabilidad", sin darse el trabajo de determinar —lo que de manera oficiosa no puede hacer la Corte— cuáles de los documentos que anexa a la demanda constituyen tales nuevos medios de convicción, no conocidos al tiempo de los debates procesales y con capacidad suficiente para desvirtuar los tenidos en cuenta en las sen-

tencias de condena. Olvida, pues, el impugnante su obligación de orientar a la Corte en este sentido, como que a ello conduce precisamente el mandato del artículo 585 del Código de Procedimiento Penal, cuando dispone que se deben presentar los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoye la solicitud, sin que pueda entenderse tal requerimiento satisfecho con el simple aporte de equis número de documentos. El susodicho artículo ordena que "junto con el memorial se acompañarán las pruebas de los hechos fundamentales", lo que ilustra fehacientemente la afirmación de tratarse de cuestiones distintas aunque no encontradas que deben cumplirse separadamente al momento de la proposición del recurso, para que así pueda la Corte realizar, con bases, la necesaria valoración en cuanto a la procedibilidad de la admisión formal de la demanda, so pena de que se la desestime.

Recuérdese que estas exigencias provienen del propio Código de Procedimiento Penal, y que es natural que así sea, pues se trata de ordenar o no el trámite que puede conducir a la remoción de la intangibilidad de la cosa juzgada y a desconocer por lo mismo, las presunciones de veracidad y legalidad que asisten a todo fallo en firme. De ahí que sea tan exigente en sus presupuestos este recurso extraordinario de revisión.

Por consecuencia, no ha debido el demandante dejar para el "alegato de conclusión", la presentación de las "razones y de los hechos idóneos para que la revisión prospere con base en las causales que enunció", sino que era de rigor, justamente porque así lo exige la ley, adelantar algunos y algunas de ellas.

Bastan las anteriores breves consideraciones, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resuelva *desestimar* el recurso de revisión propuesto por el apoderado de Carlos Hernán Fernández de Soto Arias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

REVISION

Para que la prueba pueda ser tenida como "nueva", deberá ser física y realmente "distinta", "otra"; es decir, que provenga de una fuente concreta diversa. Premisa, ésta, que admite especialísimas salvedades

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 28.

Vistos:

El Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, por medio de sentencia del 11 de mayo de 1984, condenó al reo ausente *Jaime Nicolás Uribe Mazo* a la pena principal de 36 meses de prisión, y a las accesorias de rigor, por los delitos de acceso carnal violento con menor de catorce años y corrupción.

Al revisar esa resolución por vía de consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la confirmó mediante la suya del 31 de agosto del mismo año, con la modificación de que se trataba de los delitos de "acceso carnal abusivo con menor de catorce años" y "corrupción", rebajándole la pena a 31 meses de prisión.

Esta sentencia fue impugnada en revisión por el señor apoderado del condenado, y la Sala procede a decidir el recurso extraordinario, reconstruido como ha sido el expediente.

Hechos:

Jaime Nicolás Uribe Mazo fue condenado por haber accedido carnalmente a María Belén Restrepo Mazo, y por haber corrompido a Marleny Restrepo Mazo, cuando ambas tenían menos de catorce años de edad, hechos ocurridos a mediados del año de 1981 en el barrio San Antonio de Prado de la ciudad de Medellín (Antioquia).

La demanda:

Dentro del marco de la causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, el actor impetra la invalidación de la sentencia ya ejecutoriada y la revisión del proceso, por haberse presentado con posterioridad a la condena hechos nuevos que establecen la inocencia o irresponsabilidad del acusado.

Los "hechos nuevos" nacen, según el recurrente, de las declaraciones rendidas a petición suya en el Juzgado 18 Penal Municipal de Medellín por Anatilde de Restrepo, Martha Cecilia Restrepo Mazo, María Belén Restrepo Mazo y Marleny Restrepo Mazo, testimonios que fueron ratificados por la Corte a través de funcionario comisionado y que obran a folios 35 y siguientes del cuaderno número 2.

Luego de criticar el valor que los sentenciadores otorgaron a la indagatoria del padre de las víctimas, Joaquín Emilio Restrepo Hernández ("gratuito acusador", dice) arguye que estas pruebas "nuevas" demuestran que Uribe Mazo abandonó la casa de la familia Restrepo Mazo el primero de junio de 1981, y como el parto fruto del acceso carnal delictuoso tuvo ocurrencia el 10 de mayo de 1982, aquél no pudo ser el autor de ese punible, y, además, que ninguno de los testigos sindican al condenado de haber realizado los hechos, ya que María Belén precisa que quien la accedió carnalmente fue un sujeto llamado "Cuzca", y Uribe Mazo "nunca me llegó siquiera a tocar", y así se lo comentó a su madre.

En cuanto a la corrupción de Marleny anota que esta testigo es enfática en señalar que el condenado jamás estuvo bajo las cobijas de la cama con ella y sus hermanas, como se afirmó por los falladores.

Considera, pues, que sobre tales aspectos determinantes de la inocencia de Uribe Mazo "nunca fueron interrogadas las testigos" cuando rindieron sus declaraciones dentro del proceso, "hechos no conocidos" que tornan próspera su demanda.

El actor no presentó alegato apreciatorio.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, empieza por anotar que "*prima facie* podría pensarse que como las testificaciones en que se apoya la demanda ya se habían producido en la etapa sumarial, no son de recibo en esta oportunidad. Empero, analizando detenidamente las mismas claramente emerge que contienen o aluden a hechos nuevos que realmente a nuestro juicio satisfacen las exigencias de la causal invocada".

Luego se identifica con los planteamientos de la demanda y puntualiza que "graves errores se advierten en el juzgamiento de Jaime Nicolás Uribe Mazo, pues la investigación no pudo concretar cargos verdaderamente trascendentes, ni jamás las ofendidas llegaron a formulárselos. Ahora lo excluyen categóricamente de toda participación, conforme al contexto de sus deposiciones y las de su progenitora y hermana... Las pruebas nuevas pregonan la inocencia de Uribe Mazo, y, por lo mismo, dan conformación plena a la causal de revisión invocada... Mientras la justicia no demuestre la responsabilidad del verdadero autor de los referidos punibles, mal puede tener como tal a quien excluyen las propias ofendidas".

Pide, pues, que la Sala ordene la revisión de la causa.

Consideraciones de la Corte:

1. El artículo 587 del Código de Procedimiento Penal dice que una vez termine el término probatorio se "ordenará correr traslado del

proceso al Procurador General de la Nación y al recurrente, por quince días a cada uno, para que presenten sus alegatos por escrito".

Este traslado se cumplió, y el recurrente no alegó (fl. 124 vto.). Sobre esta omisión, que por regla general conduce a que la impugnación se declare desierta, ha dicho la Sala:

"Esta Corporación ha sostenido que el de revisión 'es un recurso, el más exigente, que no puede tener éxito sin el lleno de ciertos presupuestos subjetivos, objetivos y formales. Entre ellos está el alegato de fondo, que sucede al período probatorio y en el que el actor debe analizar razonablemente la prueba, en orden a demostrar o poner de resalto la existencia real del motivo presentado en el escrito de demanda, con táctica similar a la que preside la casación. No basta de ordinario, al menos en el Derecho positivo colombiano, formular la petición de revisión y solicitar luego la práctica de pruebas; es menester, para el planteamiento completo, sustentar la causal o causales presentadas en la demanda que origina el proceso *sui géneris* de la revisión mediante el alegato de conclusión, pues la Corte no tiene actuación oficiosa para darle forma a la acusación contra el fallo que se ataca'.

" 'Solamente por vía de excepción, en casos muy especiales, podrá el recurrente ser eximido del alegato de conclusión, en la hipótesis de que el libelo de demanda fundamentara con claridad y precisión el motivo aducido y demostrara en él la existencia de la causal invocada con pruebas acompañadas a la misma demanda y que no requieren ratificación o nueva producción en la etapa probatoria del recurso, que pudieran ser apreciadas en la decisión sin más condiciones, por tratarse v. gr. de documentos oficiales auténticos' ". (Revisiones 11-IX-70, 10-XX-81, 7-IV-81, 1-IV-82, 22-VII-82 y 12-IV-84).

De conformidad con esos parámetros, cabe sostener que en el caso presente el actor puede acogerse a la dispensa anotada, pues a su demanda acompañó cuatro testimonios recibidos por un juez de la República, y el libelo contiene el análisis de los mismos con respecto a la causal argüida con el fin de que ésta se tenga como demostrada. Además, también cumple la solicitud de revisión con el imperativo de señalar el error de que trata la causal y su calidad de determinante de la parte conclusiva del fallo.

Por último, dígase que las pruebas que acompañan la demanda, fueron las únicas que se practicaron y se tuvieron como tales, razón de más para que no surja para el actor la necesidad de nuevos y diferentes argumentos.

En síntesis, cuando la situación concreta tiene esas características especiales, el silencio posterior del recurrente no se exhibe como *indebido*, y entonces no corre el riesgo de que la Corte profiera sentencia desestimatoria por considerar que la omisión en examen equivale a la renuncia de la acción instaurada.

En tal virtud, el recurso pasa a ser estudiado.

2. El motivo de revisión que aduce la demanda (art. 584-5, C. de P. P.), dice:

"Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas nuevas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Lo primero que se debe señalar aquí es que todas las testigos con cuyas declaraciones pretende el recurrente triunfar en su solicitud, ya habían testimoniado dentro del proceso, incluso más de una vez.

Aparece, pues, de inmediato, la cuestión de si, por ese solo hecho de ya obrar en el proceso, tales declaraciones no pueden ser consideradas como "pruebas nuevas", reveladoras por tanto de hechos nuevos. Una respuesta afirmativa, que comportaría un rechazo *in límite*, resulta indudablemente extrema, y, por lo mismo, inconveniente.

En principio, *para que la prueba pueda ser tenida como "nueva", debe ser física y realmente "distinta", "otra"; es decir, que provenga de una fuente concreta diversa: Otro perito, si se trata de dictamen; diferente origen del documento; distinto testigo, si, como en el caso presente, se trata de testimonios. Porque lo contrario sería dar paso a un recuestionamiento de la prueba* ya conocida, *o sea la que ya obraba objetivamente en el proceso al momento de dictarse la sentencia definitiva, así no haya sido observada siquiera por el juzgador, pues es bien sabido que estos yerros, de tipo meramente jurídicos, son propios del recurso de casación, que no de la revisión, en la cual solamente se introduce un elemento de juicio* que no hacía parte del expediente, *y, por tal virtud no tuvo la oportunidad de ser visto ni por las partes ni por el Juez ni por el Ministerio Público.*

Si la prueba existió en el proceso, resulta obvio que tuvo la oportunidad de ser contradicha, y su no observancia por los sentenciadores, o su equivocada apreciación, se circunscribe, como se dijo, al ámbito de la casación.

Empero, esa premisa —no general y absoluta como se anotó al inicio— admite especialísimas salvedades, como sería el caso de un interrogatorio en extremo deficiente o tendencioso, u obtenido mediante coacción u otro vicio del consentimiento; o el documento o peritazgo raquítico o simplemente incompleto. En estos supuestos sí cabe postular la "novedad" de la prueba arrimada en revisión, en el sentido sustancial de que "completa" la que proviene de su misma fuente.

En el caso que examina ahora la Sala el demandante plantea que los cuatro interrogatorios hechos en el proceso a María Belén, Marleny, Martha Cecilia Restrepo Mazo, y a Anatilde Restrepo Hernández, son deficientes, hasta el punto que la omisión de preguntas vitales (como la de si el condenado era el autor de los delitos) condujeron a la condena de Jaime Nicolás Uribe Mazo.

Basta cotejar unas y otras declaraciones para constatar que lo alegado por el recurrente no es cierto. En efecto:

a) En su primera declaración (fl. 6-1) María Belén respondió que su padre Joaquín Emilio no ejecutó sobre ella acto erótico sexual

ninguno. Posteriormente, en el juzgado de conocimiento declaró que 'mi papá me metió el dedo por donde orino y otro señor me metió la parte vaginal por donde yo orino"; y este segundo sujeto al cual se refiere la testigo, y que es conocido en el proceso como el "jugador de cartas" que acompañaba a Joaquín Emilio en el momento de los hechos, fue a quien se señaló como autor del embarazo.

Y en el testimonio aportado por el recurrente, rendido por María Belén tres años después, ésta se ratifica en esa acusación y añade que el individuo "el jugador de cartas" era conocido como "Cuzcas" y que "ya lo mató la luz" (fl. 35-2). Si aquí persiste en su sindicación, no puede pensarse en "hecho nuevo" ni mucho menos hacer consistir éste en la ya manifiesta exclusión que hace del condenado Uribe Mazo. En otras palabras, como aquí y allá no figura acusación alguna contra el hoy condenado, es forzoso conceder que se trata, literalmente, *de la misma prueba.*

En el proceso la madre de los menores, Anatilde Restrepo, dijo que los autores del acceso carnal abusivo habían sido "Roberto Cano en compañía de mi esposo" (fl. 164 vto.), y que su sobrino Jaime Nicolás Uribe Mazo se había ido de la casa el primero de junio de 1981. Ahora se presenta a decir que fue "Cuzcas" y que en cierta ocasión su hija le mostró a este sujeto en la calle (fls. 37 y ss. del cuaderno 2). No es, tampoco, prueba distinta;

b) Con mayor razón la identidad sustancial señalada es predicable de la declaración rendida por la menor Marleny, pues en el proceso dijo que "mi papá me pasó para la cama y me metió las partes vaginales, 'la cola', por las partes vaginales mías" (fls. 3 vto. y 81), y que "sí lo conozco —al condenado Uribe Mazo—, él es primo mío... él no le hizo eso a Belén sino mi papá" (fl. 82); y en el testimonio que sustenta la causal de revisión, anota que "nunca me llegó a hacer nada, ni a besarme siquiera... no fui víctima de ningún acto por parte de Jaime Nicolás" (fl. 26-2).

Por último, el testimonio de Martha Cecilia tampoco aporta novedad de ninguna relevancia frente a la pretensión del actor, ya que si bien en su primera declaración en el proceso se limita a acusar a su padre (fls. 4 vto. y 5), luego fue explícita en responder que "pero ese primo mío no fue, él se llama Jaime Nicolás Uribe Mazo y él no fue" (fl. 85 vto.), y en la atestación última y ultraprocesal, repite esa exclusión de su pariente, coincidiendo con su madre y hermana, además, en que aquél se fue de la casa el primero de junio de 1981 (fls. 38 vto. y ss.).

En sustancia, pues, la prueba aportada con la demanda de revisión ya obraba en el proceso e incluso fue analizada por los falladores —la omisión en este último sentido tampoco sería motivo de revisión, como ya se dijo—. Este aserto, de constatación irrefragable en autos, torna ineficaz la solicitud extraordinaria del señor apoderado de Uribe Mazo, por la sencilla razón de que la causal en la cual ella descansa no se erige sobre "pruebas o hechos nuevos", como lo exige la ley, sino en unas y otras que fueron conocidos por formar parte del proceso.

Al respecto ha dicho esta Sala:

"No se dará, pues, esta causal de revisión, cuando el demandante se limita a enfocar de otra manera hechos ya debatidos en el juicio o pruebas ya aportadas y examinadas en su oportunidad por el juzgador, pues en tales casos lo nuevo no es ni el hecho naturalísticamente considerado, ni la prueba en su estructura jurídica, sino tal vez el criterio con que ahora los examina el demandante, y no es eso lo que la ley ha elevado a categoría excepcional de revisión" (Sentencia, diciembre 1º de 1983).

Y es más: Aquí el actor no se limitó a aportar pruebas ya existentes en el proceso, sino que destinó buena parte de su libelo a criticar la valoración que los falladores dieron al testimonio del padre de las víctimas y, a la vez, acusador de Uribe-Mazo.

Así por ejemplo se lee a folio 43:

"Vemos entonces cómo el denunciado por sus hijas, María Belén, Martha Cecilia y Marleny Restrepo Mazo, por ser víctimas de vejámenes sexuales por parte de su padre, se convirtió de un momento a otro en gratuito acusador sin que se hubiera tenido en cuenta el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal. Se dio crédito a esta endeble afirmación y más aun cuando los legistas dijeron que padecía de una arecia total de las extremedidades inferiores por lesión de raquis que no le permitía erección de pene ni eyaculación de ninguna índole".

Y más adelante a folio 46:

"Extraña forma de apreciar la prueba ya que de un hecho ambivalente se llega a una conclusión de certeza, de conocimiento. Acaso esta afirmación de provenía de una persona que había sido señalada por sus hijas como el autor de una serie de atentados contra su moral? Acaso no se trataba de un ardid defensivo del incriminado Restrepo Hernández?".

Ese tema de la crítica probatoria, lo ha reiterado esta Sala, desborda el estricto y eminentemente *objetivo* marco de la revisión, impugnación que se basa en yerros de facto despojados de todo tinte jurídico, que es lo que ha querido significar esta Corte al atribuirles un carácter meramente *histórico* (Sentencia de 15 de junio de 1982).

Dicha consideración sobre la "ausencia física" del hecho o de la prueba "nuevos", es la que torna no muy correcta la denominación de "error", pues lo que es predicable del juzgador en estos casos es una total carencia de conocimiento, *o ignorancia íntegra acerca de ese dato histórico* que arriba posteriormente por fuera y por encima de un proceso ya resuelto —frente a la ley— definitiva e inmodificablemente.

Así las cosas, ante la no demostración del cargo, la revisión que se demanda no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado,

Resuelve:

Negar la revisión impetrada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvanse los autos al Juzgado de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

DOCUMENTO PRIVADO. CONCURSO

La exigencia o requisito del uso del documento privado falso para que pueda considerarse la infracción, no excluye la existencia o posibilidad del concurso, según los bienes jurídicos afectados y sólo se dirige este requisito a evitar que se sancionen conductas que podrían resultar inócuas

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de abril de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta número 24 de abril 22 de 1987.

Vistos:

En sentencia de 11 de febrero de 1986, el Tribunal Superior de Manizales confirmó en su integridad el fallo de fecha 29 de octubre de 1985, dictado por el Juzgado Quinto Superior de dicho Distrito, por el cual condenó a los procesados *José William Londoño Arenas* y *Jesús Antonio Sierra Pérez* a la pena principal, para cada uno, de catorce (14) meses de prisión y a las accesorias correspondientes, concediendo en favor de *Londoño Arenas* la condena de ejecución condicional, con orden de captura contra *Sierra Pérez*, juzgado en ausencia. Disposiciones adoptadas en relación al delito de falsedad en documento privado con ocasión de cheques girados sobre chequera sustraída a otra persona, con lo cual lograron la entrega de una grabadora, hechos denunciados por Orlando Castro Marín y ocurridos el 25 de mayo de 1985.

Propuesta casación por la Fiscalía 3ª del Tribunal, se concedió el recurso, cumplido el trámite en esta Corporación y corridos los traslados correspondientes, procede dictar el fallo respectivo. Se informó que el procesado Sierra Pérez fue capturado el 4 de junio de 1986.

Hechos y actuación procesal:

Los falladores relataron los hechos en la siguiente forma, acorde con la realidad procesal:

"... El día sábado veinticinco de mayo del presente año (1985) llegó hasta el puesto comercial 'Centro Visión', ubicado en los locales comerciales de 'San Andresito', el señor José William Londoño Arenas, acompañado de Jesús Antonio Sierra Pérez, y negoció con el administrador del establecimiento, Orlando Castro Marín, una grabadora 'Silver', de cuatro bandas, en la suma de diecinueve mil pesos ($ 19.000), los cuales canceló con dos cheques que elaboró y firmó en presencia

del vendedor, instrumentos éstos que al ser consignados fueron protestados por el banco respectivo, en razón a que no habían sido girados por verdadero cuenta-habiente.

"Orlando Castro Marín formuló en tal sentido la denuncia ante la Policía Judicial de la ciudad (fls. 6 fte. y vto.) aportando en dicha oportunidad los documentos cuestionados que obran a folios 3 y 5 frente del expediente, con sus respectivas notas de protesto del banco y presentan las siguientes características: Números 0076189 y 0076190 a favor de 'Orlando Castro M.', por valores de $ 17.500 y $ 1.500, contra la cuenta corriente número 103908-3 del Banco de Colombia, sucursal plaza de mercado de la ciudad, con la impresión de un sello que dice 'Indutex Ltda.' y firma giradora ilegible.

"En ampliación de su denuncia, Castro Marín manifiesta que el sindicado Londoño Arenas 'me dijo que era dueño de una fábrica de Indutex Ltda.', y que como vio que los documentos presentaban sellos de esa entidad y le exhibió un carné de dicha empresa, optó por recibírselos. Dijo igualmente que 'al rato' de haber realizado la transacción, regresó al puesto el acompañante de la persona a quien le vendió la grabadora, a solicitar la factura de la misma, la cual se aprecia a folio 10 frente y aparece a nombre de 'Ignacio Uribe Angel' (fls. 22 fte. y vto.).

"En posterior intervención procesal, el ofendido manifestó que el amigo y acompañante de José William, en momentos en que se hacía la transacción 'dijo que ya habían cambiado otros cheques para pagar empleados' y que elaboró la factura a nombre de Ignacio Uribe Angel 'porque yo le pregunté que a nombre de quién la hacía y él me dijo ese nombre'. Agregó que los dos personajes 'prácticamente desde que llegaron al puesto se veían muy amigos' (fls. 42 fte. y vto.).

"La policía logró la captura del individuo William Londoño Arenas, y la recuperación de la grabadora en la casa de Jesús Antonio Sierra Pérez, cinco días después de efectuada la negociación (fl. 9 fte.)". (fls. 143 y 144).

En su indagatoria Londoño Arenas admitió los hechos y haber girado los cheques referidos, lo cual comprobó posterior dictamen grafológico. Inicialmente se oyó en declaración a Sierra Pérez, quien expresó haber obrado de buena fe, y después se dispuso su vinculación mediante indagatoria, acto en el que aceptó haber acompañado a Londoño Arenas, haber reclamado la factura sin sugerir el nombre que aparecía, y guardado en su casa el objeto materia de la negociación, en donde fue recuperado. Se le dictó después auto de detención, que no se logró hacer efectivo y fue juzgado por tanto en contumacia.

Perfeccionada la investigación mediante la práctica de las pruebas necesarias, se calificó con enjuiciamiento para los procesados nombrados, por falsedad en documento privado y se dispuso la captura de Sierra Pérez. Cumplidos los trámites del juicio sin que se solicitaran pruebas, se dictó la sentencia de primera instancia. Consultada ésta ante el Tribunal, solicitó la Fiscalía se decretara la nulidad, por resultar incompleta la calificación, ya que no se contempló en la misma forma el delito de estafa, en el cual incurrieron los procesados igualmente. A continuación se dictó la sentencia de segunda instancia, recurrida en casación por el Ministerio Público.

La demanda:

Previo resumen de los hechos y amplia referencia a las pruebas y actuación procesal, la demandante invoca contra la sentencia *la causal cuarta de casación —por nulidad—* de conformidad con el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y propone dos cargos, con fundamento legal y constitucional, los cuales se resumen.

Primer cargo: Error en la calificación en relación con el procesado Jesús Antonio Sierra Pérez, a quien no podía enjuiciarse por falsedad sino por estafa en grado de complicidad "... pues su colaboración se limitó únicamente a hacer incurrir en error al ofendido de autos asintiendo que los medios artificiosos exhibidos por su amigo, eran auténticos, por tanto, sólo se limitó a colaborar en una de las acciones delictuosas consumadas por José William Londoño" (num. 5º, art. 210, C. de P. P.).

Anota la demanda que la conducta de Londoño Arenas "fue la propia del autor del delito", se atribuyó el hecho para descargar la responsabilidad de Sierra Pérez, quien sólo colaboró para inducir en error al denunciante y guardar el producto del ilícito, quedando comprendida en la complicidad (art. 24, C. P.) pues no giró los cheques y no aparece prueba que determinara la conducta del primero. Es así cómplice de estafa, porque "... no era necesaria la presencia de Sierra Pérez para que Londoño perfeccionara la negociación, puesto que este último era quien portaba el carné falso que lo identificaba como propietario de la factoría..." y tenía la chequera con el sello de la firma indicada.

Segundo cargo: Consiste en que existió además de la falsedad en documento privado, el delito de estafa por las maniobras y argucias empleadas por los procesados, incurriéndose en violación de las formas propias del juicio, por incompleta calificación, lo cual determina nulidad constitucional.

Expresa la actora que "... En el caso de autos no sólo se vulneró el interés jurídico de la fe pública, sino que además, se ejecutaron maniobras engañosas para inducir en error al ofendido y causarle una lesión patrimonial en la suma de diecinueve mil pesos, concurrieron por tanto los delitos de falsedad en documento privado y estafa". Con la conducta anotada el procesado Londoño realizó otra, además de la suscripción de documentos falsos, cual fue la de estafa.

El Tribunal expresó que las maniobras empleadas por los procesados "apenas vienen a ser las propias y naturales del uso del cheque" y que la tesis del concurso de falsedad y estafa "no ha logrado consolidarse". En cuanto a lo primero, estima que si el cheque contiene una orden incondicional de pago, las maniobras dichas "no pueden ser naturales al uso del cheque", pues no se requieren otros actos para hacerlo efectivo y que existen pronunciamientos de la Corte que admiten o reconocen el concurso.

Afirma además la demandante que "... Al no hacerse pronunciamientos en el auto calificatorio, sobre uno de los cargos que pesan sobre los procesados, no se cumplió por parte del juzgado competente, con las formas propias del juicio, se contravino así, lo dispuesto en el

artículo 26 de la Constitución Nacional, al no darse aplicación a los artículos 167 y 168 del Código de Procedimiento Penal referentes a la unidad procesal".

Se refiere a precedente jurisprudencial (sentencia de agosto 28 de 1981) conforme a la cual no se aceptó como nulidad por error en la calificación el hecho de ser esta incompleta. Advierte que de otra manera se quedaría impune una conducta delictiva; pues no sólo se atentó a través de los cheques falsos contra la fe pública, sino también contra la economía de las personas.

Solicita la actora que se decrete la nulidad a partir del cierre de la investigación, para que se proceda a hacer nueva calificación según lo expresado.

Opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador 3º Delegado en lo Penal al abstenerse de ampliar la demanda, anota la improcedencia del primer cargo porque existió la infracción, sin que se deduzca por tanto la errada calificación y que la responsabilidad de los procesados debía establecerse en relación con este aspecto.

Respecto al segundo cargo estima que debe admitirse, por cuanto además de la falsedad, se demostraron los elementos estructurantes de la estafa, pues si bien el uso es necesario para la falsedad, existieron otros elementos o circunstancias que configuran el segundo delito, sin que exista delito complejo "... precisamente porque el reato no está íntegramente reproducido como medio configurativo o comisivo de la falsedad, ni ésta en aquél, o en cualquiera de sus circunstancias agravantes...", se trata de bienes jurídicos distintos y también de intenciones diferentes. Y en cuanto al alcance de la irregularidad, cita sentencia de esta Sala de 23 de septiembre de 1985, en la cual se admitió para la misma el efecto de nulidad constitucional.

Se considera:

Primer cargo: Debe observarse que se dirige a desconocer la responsabilidad del procesado Sierra Pérez, en cuanto considera que su conducta no configura falsedad en documento privado sino estafa. Deriva en tal forma hacia un aspecto probatorio, que implica error en la interpretación de las pruebas, para negar o rechazar que hubiera intervenido en la falsedad. Corresponde así la alegación a la causal primera, por violación indirecta de la ley por error de apreciación probatoria, lo cual es suficiente para desestimar la acusación.

Sin embargo, puede anotarse al planteamiento mencionado, que aunque se admitiera como debidamente formulado, no tendría el alcance pretendido por la recurrente, toda vez que conforme al proceso los autores de las conductas se presentaron ambos al establecimiento de comercio, proponiendo uno de ellos la negociación, siendo corroborado y apoyado en todo por su acompañante, en este caso Sierra Pérez. Es decir, que hubo entre ellos acuerdo en los actos que cada uno cumpliría con el objetivo pretendido, finalmente logrado en la forma de la cual da cuenta el proceso.

De esta manera, deben considerarse coautores de la infracción referida, pues, ambos entendieron estar realizando el delito, con la actividad asignada o previamente acordada, sin que la naturaleza misma de su actuación, ante la unidad de propósitos, pueda llevar a conclusión contraria.

Así, este cargo debe rechazarse.

Segundo cargo: Consiste el cargo como se expresó, *en la calificación incompleta, ya que los actos cumplidos* por Londoño Arenas, *configuraron no sólo un delito de falsedad en documento privado, sino de estafa, lo cual determina la invalidez por quebranto de las formas propias del juicio.*

Aparece demostrado en el proceso, que fueron girados por uno de los procesados los cheques falsos mencionados y que en acción conjunta ambos lograron la entrega del bien mueble que fingían adquirir, con engaño al vendedor y beneficio ilícito por su parte. Lo anterior determina la existencia de una doble infracción, pues se lesionó por una parte la fe pública al expedir y entregar los títulos valores falsos —con apariencia de autenticidad— y además, el patrimonio de otra persona, con los elementos estructurantes del delito de estafa. Se trata por tanto, de bienes jurídicos diferentes, cuya lesión determina la existencia de una doble infracción, en la forma expresada.

Por las mismas razones aducidas, no son admisibles las consideraciones del Tribunal, en cuanto a que las maniobras utilizadas por los procesados, fueran las propias del uso del documento, pues resultan extrañas al simple uso, que se cumple o efectúa sin necesidad de las mismas. Representan por tanto actos adicionales, encaminados a producir el engaño en quienes son objeto de aquellas, para lograr en esta forma el beneficio perseguido y configurar el delito de estafa con el daño al patrimonio de otra persona.

La exigencia o requisito del uso del documento privado falso para que pueda configurarse la infracción, no excluye, como ya se dijo en anteriores fallos, la existencia o posibilidad del concurso, según los bienes jurídicos afectados y sólo se dirige este requisito a evitar que se sancionen conductas que podrían resultar inocuas. Se ha citado el caso de falsificación de partida eclesiástica utilizada para cometer bigamia, situación en la que no puede desconocerse la existencia del concurso de delitos, no obstante que el documento se usa precisamente para poder realizar la segunda infracción, que con la tesis dicha y constituyendo el efecto jurídico natural del documento, no podría tipificar otro delito.

Y lo mismo puede decirse en el caso de los títulos valores cuando como ocurre en la situación examinada, no solamente se usa el documento, sino que a esto se agregan maniobras o ardides encaminados a producir engaño a la víctima, actos éstos que exceden al simple uso y que no puede menos de admitirse llevan a configurar otra infracción, sancionada por el estatuto penal en forma más severa que aquella a la cual se integraría de aceptarse la mencionada interpretación.

Tienen por tanto validez las alegaciones de la demandante que están además fundadas en interpretación mayoritaria de esta Sala en varios fallos, como son los de 13 de septiembre de 1983, 24 de enero de 1984, 18 y 23 de abril de 1985. En el primero se manifestó lo siguiente, que es del caso transcribir, en cuanto guarda estrecha similitud con el caso examinado en el presente recurso:

"... La calificación que se le 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 en 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.

"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...".

Y en otros apartes del mismo fallo se dijo:

"... En la legislación vigente se emplearon fórmulas legislativas completamente diversas a las del Código de 1936 (arts. 240, 241 y 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 afirmar 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. Quizás 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".

Y en el último (abril 22 de 1985, Magistrado ponente doctor Reyes Echandía), se puntualizó:

"... La falsificación del documento privado a que se refiere el artículo 221 del Código Penal comprende, como ya se indicó, cualquier mutación de la verdad real, sea que ella se haya logrado mediante alteración física del escrito, o en virtud de su creación integral, siempre que en cualquiera de tales casos el documento así alterado se utilice probatoriamente.

"Cuando este último acto consolide apenas la vulneración del interés jurídico de la fe pública se estará frente a un solo delito, pero cuando tal uso es simple artificio para inducir un error y obtener por esta vía incremento patrimonial indebido además de aquella lesión se ha producido otra de carácter económico en condiciones tales que ese

complejo comportamiento del actor se subsume a la vez en los tipos de falsedad documental y estafa en concurrencia heterogénea, como la prevé el artículo 26 del Estatuto Punitivo Nacional".

Por otra parte, no puede afirmarse que el procesado Sierra Pérez sea sólo cómplice en el delito de estafa, por las mismas razones anotadas en cuanto a la falsedad, vista la actuación y colaboración que prestó para la realización del ilícito referido, en el que participó en el grado de coautoría.

Determinada la incompleta calificación del proceso, debe analizarse si procede la nulidad por quebrantamiento de las formas propias del juicio.

Si bien en el presente caso existe indudablemente la conexidad en los actos cumplidos por los procesados, dado que el giro de los cheques en la forma ilícita antes descrita, perseguía la entrega de los objetos mencionados, como lo lograron aquellos, el hecho de no haberse adelantado el juzgamiento por los delitos debido a la interpretación del fallador, no determina la nulidad por infracción al debido proceso.

Lo anterior, porque si bien la jurisprudencia de la Corte ha admitido la nulidad por desconocimiento de las garantías constitucionales en el trámite procesal, no se advierte en este caso la pretermisión de las formas sustanciales del juzgamiento, habiéndose adelantado en forma sujeta a las prescripciones legales, sin que por tanto pueda deducirse invalidez, como se solicita en la demanda.

Desde otro punto de vista, la solución propuesta sólo produciría el efecto de dejar nuevamente indefinida la acusación que examinada conforme a los preceptos legales, fue oportunamente decidida, con perjuicio de la justicia, al quedar en la incertidumbre hechos que se calificaron y demostraron como delictuosos, dando lugar por lo mismo al correspondiente pronunciamiento condenatorio de las autoridades jurisdiccionales competentes.

La única objeción que permitiría la posición mencionada, la referente al principio de unidad procesal que contempla el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal en el cual se funda la demandante para impetrar la invalidación indicada, como manera de lograr un juzgamiento conjunto de las infracciones y destinada a evitar la impunidad respecto a una de estas.

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala ha sido tradicionalmente opuesta a declarar la invalidación por el motivo expresado (Sentencia de noviembre 12 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Carreño Luengas. Proceso José David Daza).

Es esta la posición adoptada por la mayoría de la Sala, en reciente sentencia de diez de febrero de mil novecientos ochenta y siete (Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez), en la que dijo lo siguiente que se considera oportuno transcribir:

"Lo expuesto indica que debió tenerse en cuenta esta calificación de la conducta. Pero la omisión no puede implicar un juicio adverso a la validez del proceso, al punto que se vea necesario declarar que, a partir inclusive del auto de proceder, debe retrotraerse la actuación, y

esto se afirma con base en la doctrina de la Corte, profusamente reiterada, que no deja de insistir en que la falta de consideración de ciertos hechos o de algunas personas (delitos o procesados), ya en el sumario, ya en el auto de cargos o en las sentencias, no genera más que una irregularicad en el trámite que contradice la conveniencia de totalizar las deducciones incriminativas. Es verdad que abundan las buenas razones para procurar una instrucción lo más completa posible y una definición lo más integrada que pueda lograrse. Pero dándose una situación que la contrarie en estos deseados y convenientes efectos, lo recomendable no es la anulación de lo actuado, pues no es dable compensar la pérdida de consecuencias ciertas con el afán de procurar esclarecimientos no siempre realizables. Ya se ha dicho, también, que la forma de remediar esta omisión es ordenar si es el caso, la expedición de copias o el aprovechamiento del duplicado, para intentar la investigación de los comportamientos dejados por fuera o la indagación de presuntos procesados que no se vincularon al expediente o que no recibieron calificación en cuanto a sus conductas, remedio al cual acudirá la Sala, pues por lo dicho encuentra motivos valederos para considerar la comisión de un presunto delito de falsedad en documentos".

Tampoco prospera este 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,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

En copias prosígase por el juez competente la investigación por el delito de estafa, al cual se hace referencia en la parte motiva de este fallo.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Con Aclaración de Voto; *Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez,* Con Aclaración de Voto; *Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga,* Con Aclaración de Voto; *Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Respetuosamente me permito aclarar mi voto en la siguiente forma:

1. No es mi deseo profundizar en el siempre palpitante tema de si en este caso concreto se configura o no concurso de delitos entre la falsedad material en documento privado y la estafa.

2. Deseo sí recalcar e insistir en mi disentimiento con el sistema aceptado por la mayoría de los colegas de ordenar la prosecución de la investigación en cuanto al delito de estafa que también se acepta en concordancia con lo afirmado por la Fiscalía recurrente.

3. Insisto en mi creencia de que en supuestos como el que encaja dentro del orden de ideas sustentado por la mayoria, esto es que aparece un delito por el cual se omitió dictar auto de proceder, lo pertinente es decretar la nulidad y no acudir al sistema que se está instaurando de ordenar una nueva investigación interminable.

Este proceso complementario atenta contra principios de derecho; como la certeza de los juicios y la seguridad de las decisiones judiciales.

Ya en la aclaración en el proceso contra Pedro José Niño Ortiz, dejé constancia de mi discrepancia con este sistema de proceso complementario que desafortunadamente está haciendo carrera en ésta alta Corporación. En tal oportunidad manifesté lo siguiente:

"Pero el recurso extraordinario de casación, no puede extremarse hasta el punto de considerarlo como último ariete como carta oculta del dominio estatal contra el ciudadano".

"El Estado está obligado a demostrarle su responsabilidad al procesado. Pero si después de una etapa instructiva de una calificación de primera instancia, de una rectificación de ella, de providencias condenatorias de ambas instancias, un acusioso Fiscal del Tribunal, interpone un recurso extraordinario de casación para demostrar que el pliego de cargos no fue completo. El Estado abusaría de su omnipotencia al decretar proceso complementario para subsanar con perjuicio del procesado, la presunta torpeza de tan compleja organización".

"Si las reglas de Derecho Civil, no permiten al particular alegar su propia torpeza, no se concibe cómo dentro de un Estado democrático, de derecho de defensor de los derechos humanos, se atente contra la certeza de los juicios, contra la economía procesal, contra la seguridad jurídica, prolongando en forma Kafkiana un proceso que jamás tendrá fin, cuya prescripción se dilata automáticamente. Tales serían los efectos de la sentencia complementaria. A más de la sindicación misma el procesado padecerá así las secuelas de un indebido e indefinido juzgamiento".

4. El temor a decretar nulidades parece ser la razón por la cual mis distinguidos colegas a pesar de aceptar el concurso, no concluyen en la secuela de ordenar la reposición de lo actuado. Ese temor se justifica en mi parecer cuando la nulidad viene a perjudicar en forma ostensible los derechos del procesado por surgir a la hora de nona un cargo oculto dentro de las perspectivas de los juzgadores.

En estas condiciones, la justicia debe asumir las consecuencias de su propia torpeza, negligencia o desacierto, sin que deba trasladar tales falencias al procesado y a la seriedad del proceso penal.

Así continúa conturbando en mi ánimo la profunda inquietud no sólo jurídica, sino en conciencia de que atente contra la filosofía del proceso penal, contra la seriedad de los procesos penal y contra los derechos humanos, el sistema de ordenar copias en casación para subsanar las omisiones de los jueces de instancia.

Invita cordialmente a los honorables Magistrados a que en posteriores ocasiones se reabra el debate sobre este tema neurálgico.

Atentamente,

Lisandro Martínez Zúñiga, Magistrado.

Fecha *ut supra*.

ACLARACION DE VOTO

Afirmo mi conformidad con la resolución de no casar el fallo impugnado, pero por motivos diferentes a los enunciados en la sentencia. Discrepo sí de la posibilidad del concurso que en este proveído se admite. Sigo entendiendo que la calificación de instancia ha sido acertada: En conductas como la de autos, debe hablarse de un delito de "falsedad en documentos" y dejar de lado toda referencia a la eventualidad de una "estafa". Sobre este particular debo remitirme a lo que anotara, en asocio del ilustre y nobilísimo Magistrado doctor Darío Velásquez Gaviria, vilmente asesinado en los nefastos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985, en el proceso número 27764 —Casación de septiembre 15 de 1983— y en el cual actuó como ponente el inolvidable Magistrado Luis Enrique Aldana Rozo.

En cuanto a la forma como se soluciona la reconocida calificación incompleta, ordenándose la expedición de copias, abstractamente la encuentro procedente, como lo he sostenido en ocasiones anteriores, con el *ítem* de tener en cuenta la factibilidad de la acumulación jurídica de penas, en el caso de sobrevenir un fallo condenatorio en esa eventual prosecución de la acción penal.

Gustavo Gómez Velásquez.

ACLARACION DE VOTO

Con el debido respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, debo consignar las razones por las cuales considero que no puede aceptarse el concurso entre los delitos de "falsedad en documentos" y "estafa", que en la sentencia se admite.

1. En vigencia del Código de 1936 (Ley 95) era, en principio, válida la hipótesis del concurso delictual que origina esta aclaración de voto. En este referido estatuto, tanto la falsificación como el uso del documento falso configuraban tipos penales autónomos e independientes, pues para que se estructurara la falsedad documental no se requería el *"usum falsis"*; de tal suerte que el falsificador del documento y el usuario del mismo cometían sendos delitos contra la fe pública, como se deduce con claridad de los artículos 231, 233, 234, 240 y 241. También se previó la hipótesis de que el usuario del documento falso fuera el mismo sujeto que lo había falsificado, para excluir la posibilidad de un concurso de los tipos penales que recogían estas dos conductas en forma independiente, disponiendo, como era lógico, para este delito complejo, una pena mayor que la señalada en aquellas normas. Pero esta previsión únicamente se hizo con respecto a los documentos privados (art. 242). Ante esta omisión del legislador, que no consagró la misma hipótesis cuando la falsedad recaía en documento público y que no podía suplirse dándole aplicación a la falsedad por uso tipificada en el artículo 234, pues al rebajar esta norma la sanción prevista para el falsificador claramente permitía inferir que sujeto activo de esta conducta solamente podía ser una persona ajena por completo a la falsificación, hubo de llegarse, entonces, a la conclusión de que si el falsificador de un documento público lo usaba, con detrimento del patrimonio económico de un tercero, bien podía en este evento darse el concurso delictual entre la falsedad y la estafa. Pero en este último caso y por efecto de la normatividad vigente (Ley 95 de 1936), no era posible vulnerar el principio *"non bis in idem"*, toda vez que la falsificación del documento público era una conducta punible perfectamente distinta del *"usum falsis"*. Se trataba, pues, de dos comportamientos, que encuadraban en dos tipos penales diferentes y cuya aplicación simultánea, en consecuencia, era totalmente legítima. Todo esto que se ha dicho en relación con el documento público, era perfectamente aplicable cuando la acción falsificadora afectaba a un "instrumento negociable" (el cheque era uno de ellos; art. 1º de la Ley 46 de 1923), en virtud de que el artículo 233 equiparaba estas dos clases de documentos, asimilación que según algunos era *"quoad delicta"* y en opinión de otros *"quoad poenan"*.

2. Pero el Código Penal hoy en vigencia (Decreto 100 de 1980) modificó sustancialmente el tratamiento que a este asunto daban las normas por él subrogadas, y, en consecuencia, la solución al problema que se analiza no puede ser igual frente a los dos estatutos.

a) Digase, en primer término, que la equiparación de los "instrumentos negociables" (hoy títulos-valores) a documentos públicos, desapareció en el nuevo Código, razón por la cual un cheque o cualquier otro título-valor tiene el carácter de documento privado, salvo si ha sido expedido por un empleado oficial en ejercicio de sus funciones, caso éste en el cual sí sería documento público. En el proceso a que se contrae la sentencia que motiva esta aclaración de voto, es obvio que el cheque falsificado sólo tenía la calidad de documento privado, siendo preciso, entonces, examinar el asunto frente a las normas que regulan lo pertinente a la falsedad en esta clase de documentos;

b) Sobre la falsificación en documento privado, el Código actual, a diferencia del subrogado, exige para que la conducta sea típica, no sólo que el documento que se falsifica pueda servir de prueba, sino además, que se use del mismo: "El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, *si lo usa*, en prisión..." (art. 221). Esto significa que de acuerdo con el nuevo Código, el uso del documento pasa a ser elemento integrante del tipo que acaba de transcribirse, y ha dejado de estructurar el tipo autónomo e independiente que configuraba en el Estatuto de 1936, en el cual, como ya se anotó, la sola falsificación era punible, así el documento falso no se usara.

3. Si el uso del documento es elemento constitutivo del delito de "falsedad documental", como que aparece recogido en la norma que tipifica este ilícito, volver a tomar en cuenta ese mismo uso para configurar otro hecho punible (estafa), implica, en tratándose de cheques falsos, una clara violación del principio *"non bis in idem"*.

a) El uso que se exige del documento falso, para que su falsificación sea típica, es el uso jurídico, esto es, el que pone en acción su capacidad probatoria de acuerdo con la naturaleza del mismo y que necesariamente implica un engaño, porque en realidad, por ser falso, no prueba lo que aparenta probar.

El uso jurídico de un cheque, consiste en entregarlo a otra persona, con la intención de hacerlo negociable, ya que mientras el documento no sea entregado con la referida intención, la obligación cambiaria es absolutamente ineficaz, lo cual significa que el título aún no prueba ni representa nada, tal como categóricamente lo dispone el artículo 625 del Código del Comercio: "*Toda obligación cambiaria deriva su eficacia* de una firma puesta en un título-valor *y de su entrega con la intención de hacerlo negociable* conforme a la ley de su circulación...".

En estas condiciones, mal podría ser punible la falsificación de un cheque que aún no ha nacido a la vida jurídica, que todavía no ha ingresado al tráfico jurídico, máxime cuando el ya citado artículo 221 exige además del uso, que el documento falso "pueda servir de prueba", y, como ya se expresó, el cheque, antes de ser usado jurídicamente (entregado con la intención de hacerlo negociable), es absolutamente ineficaz, porque ni prueba ni representa nada.

Pero además, considero muy importante tener en cuenta que la falsedad documental es un tipo de los denominados pluriofensivos, porque lesiona no solamente la fe pública, sino también el derecho representado por el documento, el cual resulta afectado al crearse una

prueba falsa o al suprimirse o alterarse una verdadera. Si en el Capítulo que regula la falsedad documental se tutelara exclusivamente la fe pública, el legislador no habría exigido para su punibilidad que el documento falsificado tuviera aptitud probatoria. Muy claro a este respecto fue el profesor Luis Enrique Romero Soto, cuando al sustentar la ponencia por él elaborada sobre esta clase de delitos, expresó en la Comisión Redactora del anteproyecto de Código Penal Colombiano (1974), lo siguiente: "...si bien es cierto que se ha escogido como bien jurídico el de la fe pública, no podemos predicar que esa fe o esa confianza sean eminentemente abstractas, sino algo muy concreto que no es otra cosa que la referencia de esos objetos al tráfico jurídico... En verdad, se parte de la base de que las falsedades se configuran precisamente cuando se engranan en el tráfico jurídico. Necesario será, pues, para la existencia de una falsedad, la presencia de los siguientes elementos: *Alteración, propósito de engaño e incidencia en el tráfico jurídico*" (Acta Nº 77). Es conveniente destacar que en la elaboración definitiva del Código estas directrices esenciales no se desvirtuaron. Mucho más explícito fue el ilustre tratadista citado, en la tercera edición de su obra "La Falsedad Documental", cuando al explicar el objeto jurídico de este delito, escribió: *"Este doble carácter social-legal de la fe pública es lo que hace de ella un bien jurídico especial, pero no autónomo, ya que se halla vinculado al valor probatorio de los documentos, y a través de esta calidad, al derecho que, por este medio se crea, modifica o extingue, en forma tal que puede decirse que los delitos contra la fe pública pertenecen a la especie de los llamados pluri-ofensivos porque en ellos se sanciona la lesión simultánea a varios derechos"* (pág. 33).

Si a todo lo anterior se agrega que el cheque no sólo es un medio de prueba, sino un documento necesario para *legitimar* el ejercicio del *derecho* literal y *autónomo* que en él se *incorpora* (art. 619 del C. del Co.), no me queda duda alguna de que frente al Código actual, la aceptación del concurso delictual entre la falsedad en documentos y la estafa, en el caso a que se contrae esta aclaración, vulnera el principio *"non bis in idem"*, pues todos los elementos que integran el último de estos ilícitos (engaño, provecho económico y correlativo perjuicio) están comprendidos dentro de la norma que tipifica el primero.

Guillermo Duque Ruiz.

Fecha *ut supra*.

NARCOTRAFICO. JUSTICIA PENAL MILITAR

En la doctrina y la jurisprudencia se busca impedir la irretroactividad del procedimiento, sin que las reservas que se admitan se den en la sustitución señalada en el Decreto 1048 de 1984, por el indicado en el Decreto 1290 de 1984

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

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 30.

Vistos:

El Fiscal Tercero del Tribunal Militar ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia proferida por esa Corporación, fechada el 24 de julio de 1985 y mediante la cual condenó, por conducta contemplada en el Decreto 1188 de 1974, a *Arturo Herrera Toro*, a seis años de prisión, cien mil pesos ($ 100.000.oo), de multa, y absolvió a *Faisal Antonio Valencia* (sargento segundo de la Policía Nacional) y *Eduardo Antonio Loaiza Díaz*. El recurso fue admitido en auto de 18 de junio del año próximo pasado y la demanda se declaró ajustada a las formalidades prescritas en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, en proveído de 3 de febrero del año en curso. Se decide la impugnación.

Hechos:

Los tres procesados fueron capturados la noche del dos de mayo de 1984, en el parque Uribe de la ciudad de Armenia (Quindío), como resultado de un operativo realizado por unidades del DAS, y dirigido a sorprender a expendedores de estupefacientes que había convertido tal lugar en escenario constante de sus ilícitas actividades. A Herrera Toro le fue decomisada una bolsa plástica que contenía el alcaloide conocido como basuco en cantidad inferior a los 500 gramos; y a Valencia un envoltorio que aparentaba ser dinero (paquete chileno). Herrera Toro, en un principio, inculpó dentro de su conducta delictiva a Valencia y Loaiza, pero posteriormente sólo mantuvo su responsabilidad, exculpando a sus otros dos compañeros de fechorías. Estos manifestaron que su presencia allí sólo se debía, según Loaiza, a querer cobrarle una deuda a Herrera, y, conforme a las explicaciones de Valencia, a que quiso capturar a esas personas como sospechosas de narcotráfico. En primera instancia, el Comando de la Octava Brigada, condenó a los tres incriminados (julio 24 de 1985). El Tribunal, apo-

yándose lamentablemente en el poco mérito concedido a una inculpación proveniente de un coacusado, absolvió a Valencia y Loaiza.

La demanda:

En cuanto a los particulares Herrera y Loaiza, al amparo del artículo 580-4 del Código Penal, se formulan los siguientes cargos:

a) El Decreto 1042 de 1984, mediante el cual la Justicia Penal Militar conoció de este juzgamiento, fue expedido el 2 de mayo de 1984, fecha del comportamiento de los procesados, lo cual da lugar a pensar "que la citada disposición pudo haber sido dictada después de ocurridos los hechos";

b) El citado Decreto estableció como trámite aplicable el de los consejos de guerra verbales, el cual fue sustituido por el procedimiento especial del artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, en el Decreto 1390 de 1984, finalmente aplicado a los sentenciados, no obstante su expedición el 29 de mayo del citado año. Se afirma, para destacar la improcedencia de esta situación, que el primero resulta ser "más amplio en cuanto al derecho de defensa se refiere y a los del Ministerio Público se contrae", al paso que el segundo por su "parvedad y rapidez", recorta el ejercicio de uno y otros atributos.

En cuanto al Sargento Segundo de la Policía, Faisal Antonio Valencia, se recurre a la misma causal y se determinan dos censuras:

a) La relacionada con la ya anotada variación del procedimiento, pues debiéndose seguir el de los consejos de guerra verbales, se acudió al especial del artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, el cual resulta más desfavorable para el procesado y le recorta tanto a él como al Ministerio Público, posibilidades de actuación;

b) El Sargento Segundo Faisal Antonio Valencia, para el dos de mayo de 1984, según la constancia de folio 153, se hallaba vinculado orgánicamente al Comando del Departamento de Policía Quindío, debiéndose dar aplicación entonces al artículo 347 del Código de Justicia Penal Militar.

Tanto para los dos particulares como para el miembro de la Policía Nacional, se consideran quebrantados los artículos 26 y 170 de la Constitución Nacional, 11 del Código Penal, 6º y 33-1 del Código de Procedimiento Penal, 48, inciso 1º del Decreto 1188 de 1974, 2º, 3º y 4º de la Ley 153 de 1887.

Consideraciones de la Corte y de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares

Cuanto a la primera de las censuras, la que tiene que ver con la concomitancia o posterioridad de la norma que atribuyó la competencia a esta clase de conductas delictivas de la justicia penal militar, debe reproducirse lo anotado por la Delegada, pues ésta hace un enfoque acertado de la cuestión. Así dijo: "... Los hechos a que se contrae el presente proceso y según el informe denuncio, acaecieron entre las 21:30 y 23:00 horas del 2 de mayo de 1984 (fl. 4, cuaderno original), el

Decreto 1042 de 1984 fue expedido el mismo 2 de mayo de 1984 y en su artículo 5º del mismo decreto dijo:

"... El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición".

"Quiere ello decir que dicho Decreto no fue expedido el día 3 de mayo de 1984 para que la Justicia Penal Militar perdiera la competencia con relación a esos dos particulares, sino el 2 de mayo de 1984 y atendiéndonos al artículo 61 del Código de Régimen Político y Municipal como bien lo anota el fallador de segunda instancia en su sentencia de 9 de diciembre de 1985, cuando dijo:

"'... la norma sobre competencia y procedimiento en materia de narcotráfico empezó a regir no desde la media noche del día dos de mayo como en forma equivocada lo aprecian los distinguidos memorialistas, sino desde la media noche del día primero del mismo mes y año. En consecuencia la Justicia Penal Militar es competente para conocer y fallar este proceso...'".

La norma en referencia preceptúa: "Cuando se dice que una cosa debe observarse *desde* tal día, se entiende que ha de observarse desde el momento siguiente a la media noche del día anterior; y cuando se dice que debe observarse *hasta* tal día, se entiende que ha de observarse hasta la media noche de dicho día".

Tampoco *es de recibo lo relacionado con la variación del trámite, esto es, que en vez de ceñirse al dispuesto en los artículos 466 y siguientes del Código de Justicia Penal Militar, señalado inicialmente por el Decreto 1042 de 1984, se reguló por el procedimiento especial del artículo 590, indicado en el Decreto 1290 de 1984, y no lo es porque el fundamento del cargo no corresponde a la realidad jurídica que se dice interpretar. En efecto el recurrente parte de la base de estimar el procedimiento especial, tal vez llevado por la denominación de éste, como más severo que el de los consejos verbales de guerra. La verdad es otra. El trámite que verdaderamente representa la necesidad del juzgamiento casi que concomitante con la conducta delictiva, en el vértigo de la acción militar, es el consejo verbal de guerra y con ello queda dicho todo en favor de los demás procedimientos recogidos por el Código de Justicia Penal Militar, incluido el especial del artículo 590, que si bien por la índole del estamento que actúa en esta función de administrar justicia, exhibe características de concentración, continuidad y celeridad máximas, no deja de traducir una menor drasticidad frente al reglado en los artículos 566 y siguientes de la citada obra.*

Pero, además, no puede afirmarse en el momento actual de la jurisprudencia, como lo pretende el impugnador con base en decisiones de la Corte que se deben estimar parcialmente revaluadas, que toda modificación en el procedimiento sucedida con posterioridad al régimen que al respecto imperaba cuando se cometieron los hechos o se inició la investigación, refluye en violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por quebrantamiento de la garantía del debido proceso. La interpretación que hoy prevalece, a este respecto, la expresó la Corte en Sala Plena, al declarar (mayo 10 de 1984) la constitucionalidad del artículo 10 de la Ley 3ª de 1984, con ponencia de la inolvidable Magistrada Fanny González Franco, asesinada por la horda en el Palacio de

Justicia (noviembre 6 y 7 de 1985). Se dijo entonces: "... **Quinta.** *Cuando el artículo 63 acusado preceptúa que a los procesos iniciados antes de la vigencia de la Ley 2ª de 1984 se les dé trámite de acuerdo con las competencias establecidas en las Leyes 21 y 22 de 1977, con ello simplemente se está cumpliendo lo del artículo 26 de la Carta, y no al contrario, pues de tal manera aquellos juicios seguirán por lo general conforme a las leyes preexistentes y ante los funcionarios competentes que son, precisamente, los que de ellos venían conociendo en razón de las competencias indicadas para esos casos por las referidas Leyes 21 y 22.* Sexta. *El Ministerio Público ha encontrado, y así lo manifiesta a la Corte, que la exclusividad impuesta por el uso del adverbio 'solo' en el inciso primero del artículo 10 y en el inciso primero del artículo 30 de la Ley 2ª de 1984, conduce a que los procedimientos establecidos en esta misma se apliquen únicamente a 'los hechos punibles cometidos con posterioridad a la vigencia de esta ley', lo cual excluye sin duda, cualquiera posibilidad de su aplicación a hechos punibles anteriores, así resulten tales procedimientos más favorables a los sindicados. La Corte considera al respecto: Las normas de procedimiento, al menos cuando no afectan aspectos sustanciales (v. gr. reformas en el régimen de prescripción de la acción o de la pena; privaciones de libertad), pueden considerarse indiferentes o neutras, en cuanto no afectan de suyo el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional. De ahí que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con la salvedad indicada, constituya regla general su aplicación inmediata, máxime cuando las mismas implican un perfeccionamiento de la administración de justicia. Quedaría, entonces, el legislador en libertad de fijar si el nuevo dispositivo procedimental tiene, en estas condiciones, una vigencia inmediata que cubra los procesos ya iniciados y en trámite, o, aplicación únicamente a hechos o procesos surgidos con posterioridad a la fecha en que empezó a regir el estatuto innovador...".*

Contra lo que piensa el recurrente, la variación del procedimiento se hizo no hacia uno más odioso y restrictivo, sino para otro de diferente caracterización. Tal vez en ésto resida el que habiéndose producido una condena para los tres procesados, en la primera instancia, en la segunda fue fácil absolver a dos de ellos, lo cual hubiera resultado no sólo difícil sino imposible de lograr si se hubiera partido de un fallo condenatorio de primer grado, apoyado en una veredicción de vocales integrantes del consejo verbal de guerra.

En el caso *sub exámine no puede afirmarse que algunas de las reservas anotadas en la jurisprudencia transcrita y que buscan impedir la retroactividad del procedimiento, se den en la sustitución del procedimiento indicado en el Decreto 1042 de 1984, por el señalado en el Decreto 1290 de 1984. Puede incluso, considerarse este último como de mayor favorabilidad y en el proceso estudiado así aconteció.*

En cuanto a la argumentación que incide exclusivamente en el Sargento Faisal Antonio Valencia, es evidente que para la conducta supuestamente delictiva, y que le valió el fallo de condena de primera instancia, formaba parte de la Policía Nacional. También es de recibo, en cuanto a las circunstancias apreciables durante la instrucción, que actuaba como particular y no como autoridad pública, debiéndose con-

iderar como involucrado en una acción delictuosa de narcotráfico. No odía pretenderse, entonces, un comportamiento vinculado a la naturaleza de su servicio, o por razón de éste, o en ejercicio de funciones nherentes a su cargo. Si esto es así, la competencia para juzgarlo staba en la Justicia Penal Militar, en la forma dispuesta por los Decretos 1042 y 1290 de 1984, pues el fuero que como miembro de la fuerza de Policía podía reclamar con apoyo en el artículo 347 del Código de Justicia Penal Militar, exigía como presupuesto el que se tratase de una actividad criminosa relacionada en la forma dicha con su función pública. Como hasta el momento de producirse el fallo de condena, no se vislumbraba ésto, y ahora estaría en zona de más profunda discusión, debe tenérsele como que la justicia ordinaria era la llamada a conocer de su conducta, pero mediando las citadas normas de estado de sitio, que trasladaban esa competencia de conocimiento hacia la órbita castrense, resultó plenamente legal el juzgamiento a que se le sometiera.

En esto la Sala se separa de la opinión de la Delegada, que encuentra atinada la censura del recurrente.

Los cargos se desestiman.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida, ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

NULIDAD LEGAL

Para que prospere el cargo a la sentencia por la causa cuarta de casación, es necesario que el error en la calificación aparezca ostensible y manifiesto

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 30.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Octavio Martínez Echeverry* contra la sentencia del 19 de octubre de 1985, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá, al confirmar la del Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito, lo condenó a la pena principal de treinta y cuatro meses de prisión y multa de cien mil pesos, y a las accesorias de rigor, como autor del delito de estafa.

Hechos:

El 14 de junio de 1982, por insinuación de un amigo suyo, el señor Alfonso Saravia Nieto se dirigió a las oficinas de la "Corporación Financiera Santa Fe S. A." (CORPAFE) en Bogotá (Carrera 7ª Nº 24-89) con el fin de invertir quinientos mil ($ 500.000.oo) pesos fruto de sus prestaciones sociales, en un certificado de depósito a término (CDT), convencido, además, de que Octavio Martínez Echeverry, a quien había vuelto a encontrar después de veinticinco años, era el Gerente de esa Corporación.

Martínez Echeverry tenía allí sus oficinas y le manifestó a Saravia Nieto que para el trámite del CDT se entendiera con una de sus secretarias. Siguiendo estas instrucciones Saravia Nieto entregó el dinero, recibiendo como garantía de su depósito un cheque por valor de $ 547.913.08 (capital e intereses de tres meses) de la cuenta corriente personal de Martínez Echeverry.

Días después, 7 de julio, ese documento fue cambiado por un cheque de Martínez Echeverry correspondiente a intereses ($ 47.913.08) y un CDT por valor de $ 500.000.oo, expedido no a nombre del depositante sino de la firma F. V. F. (de propiedad de Martínez Echeverry, y que no tenía autorización legal para captar dinero de los ahorradores), la cual le había acreditado el depósito hecho por Saravia, pero no en la fecha de su entrega, junio 14, sino varios días después (5 de julio).

Importa destacar que el 30 de agosto del mencionado año la Superintendencia Bancaria intervino todas las compañías que constituían el Grupo "Santa Fe", a saber: La ya citada CORPAFE, Financiera Santa Fe S. A. y LEASING Santa Fe S. A. Saravia presentó para el cobro el cheque de $ 47.913.08 en su fecha (14 de septiembre de 1982) y le fue devuelto por encontrarse la cuenta corriente cancelada; y el 28 subsiguiente hizo la respectiva reclamación, pero le fue rechazada por la Superintendencia porque el CDT no estaba a su nombre. La firma F. V. F. realizó la transferencia del documento, y la petición le fue aceptada por Resolución del 17 de noviembre de 1983, desconociéndose si se le devolvió o no el dinero.

A raíz de la intervención de la Superintendencia y de las denuncias penales formuladas por los ahorradores afectados, se estableció que Octavio Martínez Echeverry era el dueño del Grupo Santa Fe, y que con su familia (esposa e hijos) había constituido la sociedad "Intermediaria" F. V. F., y muchas más de igual índole, pese a lo cual no figuraba con cargo alguno en estas compañías y, por tanto, no estaba facultado para realizar operaciones en su nombre.

La demanda.

Al amparo de la causal cuarta de casación (art. 580-4, C. de P. P.), el recurrente acusa la sentencia de haberse proferido en un proceso viciado de nulidad, precisamente porque "se incurrió en evidente error relativo a la denominación jurídica del hecho punible", según lo prevé el artículo 210-5 del Código citado.

Luego de sintetizar los argumentos que proporcionan las sentencias de primer y segundo grados en orden a configurar el delito de estafa, concreta el cargo: "Porque los señores jueces hablan de estafa, cuando se trata de *abuso de confianza por uso indebido*".

Realiza un examen comparativo de los tipos penales que consagran dichos punibles (arts. 356 y 358 del C. P.), para luego señalar que Saravia Nieto consignó el dinero libre y voluntariamente, sin que en ese acto hubiere intervenido Martínez Echeverry, quien se limitó a decirle que para todo el trámite del CDT "se entendiera con la señora Hoyos de Marín, una de sus empleadas, quien, además, le dio al inversionista toda la información del caso. No hay duda, pues, honorables Magistrados de que la *iniciativa* provino del ciudadano Saravia Nieto, quien no hizo gestión alguna con Martínez Echeverry. Luego mal puede decirse que éste hubiera *inducido* en error a aquél, lo que significa quiebra de uno de los elementos esenciales de la estructura típica de la estafa".

Insiste en que las compañías creadas por el procesado "no son fantasmas", como las califica el sentenciador, sino, por el contrario, se encuentran establecidas legalmente desde 1980, y, por tanto, "un dolo tan prolongado y tan determinado no cabe en cerebro humano. En todo caso, no hay prueba de que las varias sociedades hubieran sido hechas para delinquir".

Acerca del cheque impagado, alega su postfecha: "La situación surge ante imponderables porque la intervención (30 de agosto de 1982) y las consecuencias inmediatas (parálisis económica y mercantil) el título es impagado, amén de sus características de postfechado.

"Y en cuanto al CDT sin endoso, doña María Lirta Hoyos de Marín ha expuesto lo necesario: Fue un descuido, un olvido suyo. Subsanado el inconveniente, la Superintendencia acepta la reclamación".

Estima que por carencia de uno de los elementos de la estafa ("inducción o mantenimiento en error"), resulta imposible la atribución de ésta, y, en cambio, el tipo penal que recoge la conducta de Martínez Echeverry es el de abuso de confianza en su modalidad de uso indebido (art. 358 del C. P.), pues él habría usado indebidamente el numerario que pertenecía a Saravia, al darle una finalidad diferente: La compañía F. V. F.

Destaca la favorabilidad resultante de la imputación por abuso de confianza —frente a la estafa—, y demanda, previa la casación del fallo, la nulidad de lo actuado a partir del auto por medio del cual se calificó el mérito del sumario.

El Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal empieza por anotar que "los estudios criminológicos enseñan que la dinámica de los delitos de estafa y abuso de confianza envuelve normalmente la existencia previa de una relación jurídico sustancial de derecho privado, civil o comercial, en la que se disfraza de manera sutil una intención defraudatoria por parte del victimario y la que puede surgir en distintas fases de lo que constituye el recorrido de la contratación, o aún desde antes".

Advierte seguidamente que Saravia Nieto no celebró contrato de depósito a término con CORPAFE, y que "precisamente en ese error a que fue inducido se manifiestan parte de los elementos estructurales de la estafa por el cual fue procesado Martínez Echeverry".

Señala que, bien a través de ese contrato, ora mediante el de mutuo "la entrega transfería el dominio porque la destinación del dinero era de reinversión y porque la obligación restitutoria era sobre una cantidad equivalente, de todo lo cual habría de surgir para el mutuante o depositante el derecho a percibir rendimientos... Si el dinero que se da en depósito no pasa hacia el dominio del depositario, el tráfico mercantil se vería obstaculizado y de ningún modo se legitimaría, por falta de causa, el derecho a percibir intereses, como quiera que la imposibilidad de disponer del dinero crearía un gravamen para el depositario generándose su derecho a percibir remuneración en contraposición al deber de pagar intereses".

De ahí concluye que, al ser el título traslaticio de dominio, "el único delito que no podía tipificarse era precisamente el de abuso de confianza, razón por la cual el cargo, en concepto de la Procuraduría, no está llamado a prosperar".

Solicita, pues, no casar el fallo.

Consideraciones de la Corte:

El hecho punible de estafa por el cual fue condenado el señor Martínez Echeverry, dice:

"El que induciendo o manteniendo a otro en error, por medio de artificios o engaños, obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de uno a diez años y multa de un mil pesos a quinientos mil pesos" (art. 356 del C. P.).

A su turno, el delito de abuso de confianza —por el cual pretende el recurrente que se reemplace el de estafa— se encuentra tipificado en los siguientes términos por el artículo 358 del mencionado Código:

"El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, cosa mueble ajena que se le haya entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de uno a cinco años y multa de un mil a cien mil pesos.

"Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá hasta en la mitad".

Esos dos dispositivos penales protegen el patrimonio económico; y ambos pueden tener como objeto material una cosa mueble ajena, la cual debe ser entregada *por la víctima al agente. De donde se deduce que lo que diferencia el abuso de confianza de la estafa —harto lo han repetido la doctrina y la jurisprudencia, y además se desprende sin esfuerzo alguno de las propias fórmulas que emplea la ley—, es que en el primero la entrega se realiza de manera consciente y libre, mientras que en la estafa la víctima se desprende de la cosa, determinada por el error que en ella ha engendrado la conducta engañosa del autor, o en que éste la ha mantenido por medio de artificios o engaños.*

Pues bien: Al amparo de esa premisa se debe examinar y resolver el reproche de errónea calificación que hace el casacionista a la sentencia. Y, en cumplimiento de esa tarea, la Sala pasa a relacionar y glosar los siguientes hechos que se encuentran probados en el proceso que no han sido discutidos en su aspecto objetivo, sino meramente jurídico.

El señor Alfonso Saravia Nieto depositó su dinero convencido y determinado por la confianza en la seriedad y capacidad financiera de CORFAFE; pero resulta que, para ese entonces (14 de junio de 1982), la situación real (*no aparente*, que fue la que captó el ahorrador Saravia Nieto) de dicha Corporación era deplorable. En efecto, primeramente así lo indica que apenas dos meses y medio después la Superintendencia Bancaria haya intervenido todo el "Grupo Santa Fe": Basta leer la denuncia penal que el agente especial de la Superintendencia formuló el 13 de diciembre de 1982 para formarse una idea clara del verdadero estado financiero de las sociedades del procesado Martínez Echeverry, el cual, de entrada, le impedía continuar recibiendo dineros de los ahorradores.

Por otro lado, la mecánica descrita en tal queja, coincide con la que este proceso exhibe y ha sido ratificada en todos y cada uno de los proveídos mediante los cuales se viene decidiendo el proceso:

"Los dineros recibidos por esas compañías se giraban luego a las cuentas corrientes de... dependientes del señor Octavio Martínez Echeverry, quien a su vez les ordenaba girar a sus compañías de familia o a él personalmente... En esta forma Octavio Martínez Echeverry... y Fernando Vargas Ferreira, se apropiaron de $ 483.150.000.oo, aproximadamente..." (fls. 239 y 240).

Se debe hacer un paréntesis para recordar que el mencionado Fernando Vargas Ferreira es el cuñado de Martínez Echeverry y a él corresponde la sigla "F. V. F.", razón social de la sociedad familiar "intermediaria" que reemplazó a Saravia Nieto como beneficiario del CDT.

Y continúa la denuncia:

"Los dineros indebidamente concentrados y apropiados por la familia Martínez Vargas... pertenecen a los inversionistas y ahorradores quienes han sido lesionados en su patrimonio y asaltados en su buena fe.... El dinero lo recibía la sociedad beneficiaria (en este caso 'F. V. F.') y el mismo día se trasladaba en efectivo a las cuentas de..., dependientes de Martínez Echeverry".

En segundo lugar debe recordarse que la cuenta corriente de Martínez Echeverry, a la cual pertenece el cheque de intereses que giró al depositante, presentaba en esos momentos un saldo a cargo de ocho millones de pesos (fls. 219). Este dato ayuda a confrimar la señalada iliquidez de todo el Grupo para la fecha de los hechos.

Si a pesar de estas circunstancias, que maliciosamente ocultaba a todos sus posibles clientes, recibió, entre muchos otros, el dinero entregado por Saravia Nieto, era obvio que al actuar así, de antemano sabía y aceptaba que este depósito seguramente nunca podría restituirse: He aquí el dolo propio de la estafa.

Y es el propio Saravia Nieto quien reitera que el procesado "tenía su despacho, tenía varias secretarías dentro de ese piso y ubicadas en oficinas específicas, luego es de imaginarse que él ejercía funciones de jefe en una de esas áreas del trabajo, en ese mismo edificio funcionaba, creo que en el piso 23, la Corporación Financiera Santa Fe, CORPAFE, y yo acudí a donde él ejercía sus funciones a que ya me referí pero que quedaba en otro piso" (fls. 206 y 207).

Ese aspecto locativo (oficinas en dos pisos en una de las torres del edificio Colpatria, el considerable número de empleados, etc.), los supuestos control y vigilancia estatales sobre dichas agrupaciones financieras y las instrucciones que directa y personalmente dio Martínez Echeverry a Saravia Nieto, conforman, por así decirlo, los actos positivos de inducción y mantenimiento en error. Por otra parte, mediante esos mismos ardides, el procesado maliciosamente ocultó la situación de iliquidez por la cual atravesaba el Grupo y el caótico manejo interno que presentaba. Si Saravia Nieto hubiera conocido todo esto, jamás habría depositado su dinero en manos de Martínez Echeverry.

Sobre la conducta fraudulenta en los negocios ha dicho esta Sala:

"Pero pasan al campo penal la mentira o el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato, *por ejemplo la existencia*

de una contraprestación, porque ésta es la causa misma del acto o contrato según el derecho civil.

"Si una parte engaña a la otra, por ejemplo, *sobre su capacidad de pagar* haciéndole creer que la tiene, cuando en realidad carece de ella, bien sea de modo absoluto o en forma que, *de saber su situación no hubiera contratado*, o cuando calla estando obligada a manifestar su incapacidad de pagar, ya no se trata de un silencio o de una mentira lícitos sino plenamente delictuosos" (Casación, junio 23 de 1982. Subraya la Sala).

Además, son datos procesales que robustecen en cargo de estafa hecho en la instancia: El depósito no fue recibido por CORPAFE (sino por F. V. F., sociedad no autorizada para ello), se registró la operación como "préstamo" (fls. 177), enmascarándose la verdadera naturaleza del contrato (de depósito, arts. 1393 a 1395, C. de Co.), no se le registró como beneficiario o suscriptor del CDT, y, finalmente, el cheque por concepto de intereses la fue rechazado por encontrarse la cuenta corriente cancelada.

Tal acopio de ardides por fuerza conduce a descartar el delito que propone el demandante, ya que, en definitiva, el procesado entró en poder de los dineros de Saravia Nieto, *por medios ilícitos*, debido a su naturaleza fraudulenta, engañosa, genitora del error causante del desprendimiento patrimonial.

Ahora bien: El hecho de que más de un año después de efectuado el depósito en el Grupo de Martínez Echeverry, la Superintendencia Bancaria le haya aceptado la reclamación a Saravia Nieto(sin que, por lo demás, se sepa si aquella tuvo o no éxito), no puede blandirse como circunstancia destipificante de la estafa, sino simplemente como una acción tendiente a recuperar su ya perdido dinero, que no afecta en nada la clara y perfecta estructuración del mencionado delito.

Como ha dicho esta Sala, para que prospere esta clase de nulidad (art. 210-5 del C. de P. P.), el error en la calificación debe aparecer ostensible, manifiesto, "emerger del proceso por su propia torpeza y con claridad meridiana" (Sentencia, octubre 20 de 1977), y es, además, necesario que "los hechos materia de investigación y la prueba aportada al proceso demuestren que se ha realizado determinado hecho punible con su respectiva denominación y sin embargo proceda el juez a imputar otro al procesado, en abierta oposición al material probatorio allegado y el análisis cumplido en la motivación de la sentencia" (Casación, 29 de septiembre de 1983).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, por el contrario, ha quedado visto que el título indicativo del delito (estafa, art. 356, C. P.) fue correctamente escogido, y que con estricta sujeción a él se profirió el fallo impugnado.

Así las cosas, el cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION. PRESCRIPCION DE LA PENA

El instituto de la prescripción de la acción penal puede operar en sede de casación y únicamente el de la prescripción de la pena nace dentro del proceso cuando el recurso extraordinario de casación resulta improcedente o siéndolo, los sujetos procesales aptos para interponerlo no hacen uso de ese derecho o, si recurrido el fallo de acuerdo con las normas que rigen la materia y agotado el trámite respectivo, la Corte desestima la impugnación

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

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 030.

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre la posible aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, por prescripción de la acción penal, demandada por el señor Apoderado del procesado *Alvaro Camargo Bernal* quien se halla condenado como autor material y culpable del delito de homicidio en accidente de tránsito.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal manifiesta que reitera su criterio expuesto en oportunidad pasada respecto de la prescripción de la acción en sede de casación y solicita de la Sala negar la prescripción solicitada por el defensor del procesado.

Expone el Delegado su criterio de la siguiente manera:

"Conforme a la Doctrina Universal la prescripción de la acción penal se traduce en una sanción que el propio legislador impone al Estado por no ejercitar oportunamente su potestad punitiva, y porque en justicia a nadie se le puede mantener *sub jidice* en forma indefinida. Luego, cuando el Estado ejercita oportunamente tal potestad, el Instituto de la prescripción de la acción penal pierde su razón de ser, se desnaturaliza o desaparece o, por lo menos, se interrumpe. De ahí que los artículos 107 del Código Penal de 1936 y el 84 del actual pregonen que el auto de proceder la interrumpe. Y a juicio de este Despacho si el simple pliego de cargos interrumpe, con mayor razón el fallo de segunda instancia, a manera analógica y ante el silencio legislativo al respecto, máxime si se considera que las normas pertinentes son de tipo objetivo aunque por su importancia se ubiquen en el Código Sustantivo y que, por lo mismo, admiten la aplicación del principio de analogía".

"Además, reputa esta Delegada que el fenómeno prescriptivo de la acción, sólo opera dentro de las instancias, mas no en sede de casación por no ser ésta una tercera instancia; y que ya en el trámite del extraordinario recurso únicamente podría traerse a colación el tema de la prescripción de la pena. De no ser así, los punibles más graves o que admiten el referido recurso extraordinario, se verían favorecidos con tratamiento discriminatorio, en cuanto a prescripción de la acción se refiere, frente a los menos graves o que no lo admiten por razón de su baja penalidad, los cuales encontrarían la cortapisa de la ejecutoria de la sentencia de segundo grado".

Consideraciones de la Corte:

Respecto de la prescripción de la acción penal y de la pena, esta Sala se pronunció en providencias de 11 de noviembre de 1986 (Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel) y 5 de mayo del corriente año (Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz), en los siguientes términos:

"De la ejecutoria de las decisiones judiciales en el proceso penal.

"Es importante hacer claridad sobre la ejecutoria de las decisiones judiciales en el proceso penal, pues, tal circunstancia incide sustancialmente en la aplicación de las normas sobre prescripción de la acción o de la pena, según el caso. De ahí que el señor Procurador Delegado en su concepto, que en lo pertinente se dejó transcrito, expone interesante tesis, que debe ser analizada en este caso".

"Advierte el representante del Ministerio Público que el término prescriptivo, una vez ejecutoriado el auto de proceder, empieza a correr desde el día siguiente hasta cuando se dicta sentencia de segundo grado, pues, no siendo el recurso extraordinario de casación una tercera instancia, una vez notificada la decisión del *ad quem*, nace un nuevo fenómeno jurídico cual es la prescripción de la pena".

"El artículo 209 del Código de Procedimiento Penal enseña que 'toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal y no debe ser consultada' ".

"Al decir la norma que solamente causa ejecutoria la decisión judicial que no es impugnada en su oportunidad, por quien tiene facultad legal para hacerlo, o, por la naturaleza de la misma y la sanción prevista para el delito investigado, no tiene consulta (art. 199 del C. de P. P.), excluye de esta circunstancia específica a las *providencias* (autos y sentencias) que han sido impugnadas dentro del término legal (recursos ordinarios y extraordinarios) y aquellas que no siendo recurridas, por mandato legal deben ser consultadas".

"Solamente adquieren firmeza, cuando se surte la consulta o cuando se desatan los recursos interpuestos y la respectiva decisión de segundo grado ha sido notificada en legal forma".

"..... ".

"Si la sentencia de segundo grado fue recurrida y la Corte no se ha pronunciado sobre su mérito, no puede hablarse de ejecutoria de

la misma y, consecuencialmente, de interrupción de la prescripción de la acción penal para dar paso al fenómeno jurídico de la prescripción de la pena prevista en el artículo 87 del Código Penal, máxime que el artículo siguiente precisa que el término prescriptivo de la pena se principiará a contar desde la *ejecutoria de la sentencia*".

Además, *cabe agregar a lo dicho en las dos decisiones anteriores que, resulta equivocado afirmar, como lo hace el Ministerio Público, que una vez pronunciado el fallo de segundo grado y notificado en debida forma, no obstante haberse interpuesto el recurso extraordinario de casación, para los efectos de prescripción de la acción, el término previsto por la ley, sufre al menos interrupción, para dar paso al Instituto de la prescripción de la pena.*

En efecto. Son recurribles en casación las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores (condenatorias o absolutorias) en segundo grado, cuando el delito por el que se procede tiene señalada pena privativa de la libertad de cinco o más años. Es decir, que son dos los requisitos fundamentales para que sea viable el recurso extraordinario de casación; el factor competencia y la sanción.

Si la sanción es uno de los requisitos fundamentales, el legislador ha querido que tanto las sentencias condenatorias como absolutorias puedan ser revisadas por la Corte por esta vía excepcional. Pero, para determinar si un fallo puede ser atacado mediante el recurso citado, debe tenerse en cuenta el máximo de la sanción prevista para el delito en concreto y no la pena impuesta en el fallo de segundo grado, pues, como ya se dijo anteriormente, en los fallos absolutorios no se determina sanción alguna ya que precisamente esta providencia descarta la existencia del delito o la responsabilidad del procesado. Entonces, frente a las sentencias absolutorias recurridas, podría decirse que una vez notificadas en legal forma por los Tribunales Superiores, la prescripción de la acción se interrumpe para dar paso a la prescripción de la pena?

Ello no es posible por cuanto el artículo 87 del Código Penal enseña que "la pena privativa de la libertad prescribe en el término fijado para ella en la sentencia, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años. En este mismo lapso prescribe la pena no privativa de la libertad", o sea, que frente a las sentencias absolutorias no procede el Instituto de la prescripción de la pena.

Si la sentencia absolutoria dictada por los Tribunales Superiores como juzgador de segundo grado, alcanza ejecutoria por no haberse interpuesto contra ella el recurso extraordinario de casación, hace tránsito a cosa juzgada y de esta forma tampoco es procedente predicar que el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal puede concurrir. Pero, si en el trámite del recurso extraordinario de casación transcurre el término previsto por la ley sin que se dicte fallo definitivo, debe declararse la extinción de la acción por esta circunstancia, sin que pueda predicarse la firmeza del fallo absolutorio de segundo grado.

Fuera de lo anterior, debe precisarse que, la pena impuesta en los fallos de segundo grado y que han sido objeto del recurso extraordi-

nario de casación, es meramente provisional para los efectos de incidentes de libertad provisional, pues, solamente puede hablarse de pena definitiva cuando contra el fallo que la determina no procede recurso alguno, es decir, la sanción resulta inmodificable. Y si la Corte en sede de casación puede modificar el fallo recurrido, bien cuando dicta sentencia sustitutiva (absolver o condenar; aumentar o disminuir la sanción) o de anulación (no constituye sentencia de mérito), es lógico concluir que la decisión de segundo grado, según el caso, puede resultar infirmada total o parcialmente. Es decir que al ser recurrida en casación, se suspende en todos sus efectos y solamente adquiere su poder sancionatorio cuando el fallo de la Corte desestima la impugnación. Por ello, el Instituto de la prescripción de la acción penal puede operar en sede de casación y únicamente el de la prescripción de la pena nace dentro del proceso cuando el recurso extraordinario de casación resulta improcedente o siéndolo, los sujetos procesales aptos para interponerlo no hacen uso de ese derecho, o, si recurrido el fallo de acuerdo con las normas que rigen la materia y agotado el trámite respectivo, la Corte desestima la impugnación.

Por ello, la Sala entrará a determinar si en el presente caso es viable o no la petición del señor apoderado del procesado.

El Juzgado Catorce Superior de Bogotá en providencia de 26 de septiembre de 1981, llamó a responder en juicio criminal a Alvaro Camargo Bernal como autor de los delitos de homicidio y lesiones personales, en accidente de tránsito, en concurso y "...sin que en la consumación concurran circunstancias agravantes...".

Recurrida esta decisión por el procesado y su defensor, el Tribunal Superior de Bogotá en providencia de 27 de febrero de 1982, confirmó la providencia recurrida en cuanto al llamamiento a juicio por el delito de homicidio y lesiones personales en la persona de Florentino Lara Salinas y Claudia Amparo Becerra, Astrid Zoraida Becerra, Jesús Helí Becerra Bravo y Soledad Becerra Bravo y lo revocó en cuanto a las lesiones en la persona de Mary Judith Bravo de Becerra, Teresa de Jesús Lara Salinas y Oscar Sotomonte Parra, para en su lugar sobreseerlo temporalmente. Esta decisión fue notificada al Ministerio Público y a las demás partes por anotación por estado el día 3 de marzo de 1982 y recibido el proceso en el juzgado del conocimiento el *nueve (9) de marzo de mil novecientos ochenta y dos (1982)*, es decir, debidamente ejecutoriado.

Desde la fecha antes citada han transcurrido *cinco (5) años, un (1) mes y veintisiete (27) días*, tiempo superior al determinado en el artículo 84 del Código Penal, pues el delito de lesiones personales culposas, en ningún caso se encuentran sancionadas con pena privativa de la libertad superior a cinco (5) años, y, el homicidio en las mismas circunstancias (art. 329) tiene señalada una pena máxima de seis (6) años de prisión, es decir, que para los efectos de la prescripción de la acción, este máximo se reduce en la mitad, sin ser inferior a cinco (5) años.

Quiere decir lo anterior que la acción penal en estas diligencias se halla prescrita respecto de los delitos investigados e imputados a Camargo Bernal, razón por la cual debe darse aplicación al artículo 163

del Código de Procedimiento Penal y ordenar la cesución de procedimiento en su favor y ordenar la devolución del proceso al juzgado de origen por intermedio del Tribunal respectivo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º *Declarar prescrita* la acción penal en estas diligencias respecto de los delitos de homicidio y lesiones personales, en accidente de tránsito, por los cuales se llamó a juicio al procesado.

2º Como consecuencia de lo anterior, se ordena la cesación de procedimiento en favor del acusado Alvaro Camargo Bernal.

3º En firme esta providencia vuelvan las diligencias al Juzgado Catorce Superior de Bogotá, por intermedio del Tribunal Superior de la misma ciudad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VIOLACION DIRECTA

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

Por la amplitud en la facultad que tiene el juez para determinar si es procedente el subrogado penal, es difícil, en términos generales, admitir que violó la ley en su decisión para negar o reconocer esa gracia

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta número 30. Mayo 6 de 1987.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de Alvaro Hernando Sogamoso Moreno contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, de 9 de abril de 1986, por la cual confirmó la decisión proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de dicha ciudad en 13 de enero anterior, con la modificación de revocar el beneficio de la ejecución condicional de la condena impuesta por el fallador de primera instancia. Este último condenó al procesado por violación en la menor Edda Esperanza Sánchez Sanabria, en hechos ocurridos el 20 de noviembre de 1984 en esa ciudad y le impuso la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la principal y el pago en abstracto de los perjuicios ocasionados, concediéndole la gracia aludida después revocada por el Superior.

Se recibió concepto de la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal con petición de rechazar la casación impetrada.

Hechos y actuación procesal:

En cuanto a los hechos expresa la sentencia:

"Consta en los autos que en las horas de la noche del 20 de noviembre de 1984 Alvaro Hernando Sogamoso Moreno, agente para entonces de la Policía Nacional, sometió en forma violenta a su cuñada Edda Esperanza Sánchez Sanabria de ocho años de edad al acceso carnal, hecho que realizó en su casa del barrio San Mateo de esta ciudad" (Cúcuta).

Con base en copia del fallo en vía disciplinaria por el cual fue desincorporado de la Policía el agente Alvaro Hernando Sogamoso

Moreno por mala conducta, se inició investigación en su contra por funcionario de Instrucción Penal Militar, en la que, interrogado el acusado, agregado dictamen médico que demostró la desfloración, pídas las declaraciones de la menor afectada y de sus familiares y recibidas algunas otras pruebas, se dispuso su detención preventiva, siendo remitido el proceso por competencia a la justicia ordinaria. Perfeccionada la investigación con otras actuaciones decretadas por el juez del conocimiento, entre éstas careo del procesado con la menor quien sostuvo los cargos, se cerró y calificó con enjuiciamiento por acceso carnal violento con circunstancias de agravación, dada la edad de la ofendida, concediéndole al procesado libertad provisional mediante caución.

Ejecutoriada esta providencia y sin que se solicitaran otras pruebas, se celebró la audiencia, en la cual la defensa pidió absolución señalando algunos vacíos probatorios y subsidiariamente, se dispusiera la condena de ejecución condicional. El juzgado acogió esta última petición por carecer el acusado de antecedentes y haber llevado a la víctima al hopistal. Fallo éste modificado en el sentido indicado por el Tribunal, mediante el que es objeto del recurso de casación.

La demanda:

Previa referencia a los hechos y antecedentes procesales, el actor invoca contra la sentencia la *causal primera* de casación, por *violación directa de la ley sustancial*, de conformidad con el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y propone con base en la misma un cargo que se procede a resumir.

Dice el actor: "La sentencia de segunda instancia interpreta equivocadamente el artículo 68 del Código Penal, sobre la condena de ejecución condicional". Y solicita casar parcialmente el fallo en cuanto a la negativa de dicho beneficio otorgado al procesado en la sentencia de primera instancia.

Alude a salvamento en providencia de 28 de agosto de 1985 en cuanto a que en situación de inaplicación de una norma, que se analiza debidamente para concluir en su improcedibilidad, debe alegarse interpretación errónea. Que en este caso, por la edad de la menor se revocó por el Tribunal la gracia concedida en la primera instancia y se interpretó equivocadamente el artículo 68 del Código Penal, porque el estudio del fallador debe llevar a demostrar que el reo requiere tratamiento penitenciario y en este proceso, el acusado fue miembro de la Policía con buen comportamiento, no tiene antecedentes y su personalidad no es peligrosa para la sociedad. La juez de primera instancia —que conoció directamente el asunto— le concedió libertad provisional en atención al artículo 68 citado, al calificar el sumario y mantuvo esta decisión en la sentencia, lo cual comprueba el yerro del Tribunal.

Agrega, el demandante, que el procesado corre peligro, dada su anterior condición de agente de Policía al ser recluido en la cárcel, es casado legítimamente y padre de familia. Cita sentencia de 9 de mayo de 1950 y añade que el error del Tribunal consiste en atender el perjuicio para la menor, sin advertir que el subrogado penal beneficia al procesado, quien no merece tratamiento carcelario. Cita el artículo 15 del Decreto 1833 de 1985, hace referencia a algunos autores y concluye

que el fallador distorsionó el artículo 68 del Código Penal, por lo cual reitera su solicitud de casación parcial del fallo.

Se considera:

Se afirma la violación directa de la ley sustancial, concretamente del artículo 68 del Código Penal, por cuanto el actor estima que el Tribunal al negar la ejecución condicional de la condena, interpretó erradamente la norma por ser aplicable a los hechos.

Es decir, que le dio al precepto mencionado un efecto o alcance que no tenía, para determinar su improcedencia en la situación juzgada, con lo cual lo desconoció, ya que la condena de ejecución condicional podía decretarse en favor del procesado por reunir éste las calidades previstas.

Conforme al artículo 68 del Código Penal, podrá suspenderse la ejecución de la condena cuando se trate de prisión, si ésta no excede de tres años y además cuando "... su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario...".

Lo anterior significa que la ley concede al juez amplia facultad para examinar las circunstancias del hecho y la personalidad del procesado a efecto de determinar si ante el delito sometido a su consideración, es procedente el subrogado penal mencionado, el que puede decretar cuando llegue a la conclusión razonada y fundada de que debe aplicarse en atención a la gravedad y modalidades de los hechos y a la personalidad que revele el incriminado, con base en las informaciones procesales existentes. Por manera, que dada la amplitud de esta facultad, en términos generales resulta difícil admitir que violó la ley al adoptar su decisión para negar o reconocer dicha gracia, especialmente cuando su decisión aparece con argumentos suficientes.

El fallador de segunda instancia para adoptar su decisión impugnada dijo lo siguiente que debe transcribirse:

"... Por otra parte acertado estuvo el juzgado en la aplicación de las accesorias, pero dada la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y sobre todo la edad de la ofendida, una niña de escasos ocho años, que lejos de estimular el instinto sexual, sólo inspira ternura, delicadeza, amor y cariño fraternal, un acto cometido en ella como el ejecutado por el procesado Sogamoso Moreno no demuestra cosa distinta de que quien así procede es un depravado sexual, de una personalidad enteramente desgastada y siendo así no se llega en manera alguna a la conclusión de que 'no requiere tratamiento penitenciario', en virtud de lo cual habrá de revocarse el beneficio de la condena de ejecución condicional concedido, viable como excarcelación al tenor del artículo 15 del Decreto 1853 de 1985 e improcedente en esta oportunidad, toda vez, como queda visto, fallan los requisitos del artículo 68 del Código Penal" (fl. 8, cuaderno del Tribunal).

Examinadas las anteriores consideraciones, resultan plenamente válidas, pues, basta destacar las circunstancias del hecho y su gravedad, ya que se trataba de familiar por afinidad con el acusado, de escasa edad y que en tal forma se hallaba en su casa bajo su cuidado, al que

estaba obligado no sólo como familiar y ciudadano, sino ante su calidad de agente del orden que le imponía también el deber de proteger a la menor, ocasionándole por el contrario un grave daño con atentado inadmisible a sus derechos. Vista esta situación, carecen de validez las consideraciones del recurrente en cuanto a la buena conducta anterior del procesado y la observada en el desempeño de su función de agente de Policía, aplicables en la graduación de la pena, pero no para la concesión de esta gracia, dada la personalidad que revela.

De otra parte y como lo observó también el Tribunal, la decisión del juzgado se fundamentó al conceder la libertad provisional, únicamente en el artículo 15 del Decreto 1853 de 1985, que no permitía examinar en la calificación para tal efecto sino la pena imponibles, pero no la personalidad del procesado, norma entonces vigente. Pero siendo necesario estudiar en la sentencia este aspecto como lo hizo el Tribunal, para llegar a la conclusión ya indicada.

En cuanto a la amplitud de apreciación del fallador en relación con los requisitos para conceder la condena de ejecución condicional, existe jurisprudencia reiterada de esta Sala. Como la reglamentación del subrogado mencionado no varió sustancialmente en la nueva norma, puede citarse la sentencia de casación de 7 de abril de 1981 (Magistrado ponente: Doctor Fiorillo Porras), en la cual se expresó:

"Tampoco ve la Corte muy claro como pueda acudirse a la violación o infracción de la ley, por error manifiesto de derecho, respecto de una situación que como la regulada en el artículo 80 del Código Penal vigente para la fecha de los hechos, dejaba al prudente juicio de los jueces la facultad de negar la suspensión de la ejecución de las sentencias, si, según su criterio, esto, subjetivamente, no se daban en el proceso los elementos de convicción suficientes para adquirir la seguridad 'de que el individuo que va a gozar de este beneficio no es peligroso para la sociedad y de que no volverá a delinquir'. Como lo establece el Código actual, para 'suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario' ".

Y en precedente señalado en la misma sentencia, se dijo:

"La condena condicional, por medio de la cual se confiere al juez la facultad de suspender la ejecución de la pena impuesta en la sentencia, está sujeta a los requisitos enumerados en el artículo 80 del Código Penal. Pero en el otorgamiento de esa gracia, la ley atribuye al juzgador una facultad muy amplia, toda vez que, en último término, somete a la convicción de este la solución del problema, es decir, a algo muy íntimo o subjetivo de él, que rara vez podrá desconocer la Corte...". *(Sentencia de 28 de julio de 1953 LXXXV, 718. Estractos de Relatoría 1981).*

De conformidad con los anteriores razonamientos, no cabe admitir la violación directa de la ley, alegada por el recurrente.

La Procuraduría rechaza el cargo y manifiesta en su concepto:

"... la concesión de la especialísima gracia de la condena de ejecución condicional está subordinada, entre otros factores, a los de apreciación subjetiva del juzgador sobre la gravedad del punible, su modalidad y personalidad del procesado para concluir si requiere o no

tratamiento penitenciario, tal como lo hizo el Tribunal de Cúcuta. Y si por errónea interpretación se estima la atribución de la norma sustancial de un alcance o unas consecuencias que no tiene o no produce y ello en manera alguna ha ocurrido, mal puede configurarse la causal deficientemente alegada".

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Ángel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PREVARICATO

No incurre en prevaricato el juez que en el trámite de un proceso civil suspendido en su tramitación por la recusación formulada, considera que el término sólo se reanuda cuando el funcionario se haya pronunciado con carácter vinculante, para manifestar si asume o no el conocimiento del asunto que le ha sido enviado

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

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 024 del 22 de abril de 1987.

Vistos:

Resolverá la Corte Suprema de Justicia lo que fuere pertinente con relación al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil, contra la providencia de fecha veinte (20) de mayo de mil novecientos ochenta y seis (1986), por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá ordenó la cesación de todo procedimiento dentro del proceso que por el delito de prevaricato se adelanta en contra del doctor *César Julio Valencia Copete.*

Hechos:

El Banco del Comercio, por medio de apoderado legalmente constituido, inició proceso ordinario reivindicatorio en contra de la señora María de la Candelaria Bautista Daza ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá. Recusado como lo fuera el mencionado juez, y trasladada la actuación al Juzgado 29 Civil del Circuito, su titular César Julio Valencia Copete dictó una providencia el día veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en la cual revocó el auto admisorio de la demanda y las decisiones complementarias que se habían tomado en el juzgado que inicialmente conoció del proceso.

Por este hecho, los representantes del Banco del Comercio han considerado que el funcionario infringió la ley repetidas veces con una misma acción u omisión. Tales infracciones a la ley penal, las hacen consistir en violación a lo establecido en los artículos 54, 75, numeral 6º, 331, 348 y 690 inciso 1º, del Código de Procedimiento Civil.

Actuación procesal:

Como prueba de especial importancia se aportó al proceso penal iniciado por el Tribunal Superior de Bogotá el día veintidós (22) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985), copia íntegra de la actuación judicial adelantada dentro del proceso reivindicatorio incoado por el Banco del Comercio contra María de la Candelaria Bautista Daza, y de allí podemos establecer las siguientes conclusiones y análisis.

En el mes de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), el Banco del Comercio, por medio de apoderado legalmente constituido, presentó al reparto de los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá demanda ordinaria de mayor cuantía (reivindicatoria) en contra de la señora María de la Candelaria Bautista Daza, con denuncia del pleito a la firma Alfarerías Andinas Limitada. Por contener datos de posterior interés, la Sala resalta la redacción formal de la demanda: Luego de identificados demandante y demandado, se abre un primer capítulo denominado *peticiones*, en el cual se mencionan como pretensiones del proceso la inscripción de la demanda en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la condena contra la demandada a restituir dos bienes inmuebles alinderados, la condena contra la misma demandada a pagar los frutos civiles derivados de tales predios durante su posesión de mala fe, la cancelación de la inscripción de un registro anterior obtenido con base en determinación del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá a favor de la demandada, y la denuncia del pleito de la sociedad Alfarerías Andinas Limitada.

En una llamada *Sección Primera*, se incluyó como *historia del caso* la descripción de unos hechos antecedentes relacionados con la propiedad y posesión de los inmuebles cuya restitución se pretende, así como de algunas actuaciones policivas y judiciales que dieron base a la posesión de los inmuebles que alega la demandada. A continuación se insertó una *Sección Segunda*, en la cual se señalaron los "errores del Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá e ilegalidad del registro del auto interlocutorio fechado julio 16 de 1982".

En la *Sección Tercera* de la demanda se consignaron los *hechos* en los cuales está apoyada la misma, y se numeraron un total de 39 situaciones fácticas que dan base a las pretensiones del actor. A renglón seguido se consignaron las normas de derecho aplicables, y las pruebas presentadas al proceso.

Dentro del mismo escrito y bajo la denominación de *Sección Cuarta*, se solicitó nuevamente la inscripción de la demanda; bajo el epígrafe de *Sección Quinta*, se solicitó la denuncia del pleito a Alfarerías Andinas Limitada, para lo cual se hizo una nueva enumeración de hechos, derecho y pruebas. Finalmente, se consignaron los capítulos relativos a la competencia, notificaciones, copias de la demanda y anexos.

El anterior escrito fue repartido al Juzgado 28 Civil del Circuito, y allí fue admitida la demanda mediante auto de fecha siete (7) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), auto en el cual se ordenó también la inscripción de la demanda y la denuncia del pleito solicitada.

El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente al demandante el día ocho (8) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983). A la parte demandada, no obstante, no fue posible realizar la notificación y por ello se libraron varias boletas de citación para tal efecto, sin que se hubiera obtenido resultado positivo alguno. Por tal razón y previas las diligencias de rigor, el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá emplazó a la demandada en la forma prevista en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, como persona que se oculta, luego de lo cual designó como curador *ad litem* de la demandada al doctor Jacinto Hernández, determinación fechada el día seis (6) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Posesionado el curador, le fue discernido el cargo y con él se practicó la diligencia de notificación personal de la demanda el día quince (15) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984). El día dieciséis de los mismos mes y año, compareció la demandada al proceso y recibió notificación personal del auto admisorio de la demanda, pasando inmediatamente a comunicar al funcionario del conocimiento que había formulado en su contra denuncia penal y por tanto debería declararse impedido para continuar conociendo de la actuación procesal.

El proceso pasó a la mesa del juez, quien mediante providencia de veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) se declaró impedido y ordenó pasarlo al Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá. El día quince (15) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) este Despacho ordenó pasar la actuación al reparto para su abono, y hecho el mismo, se dictó un auto calendado el dieciséis (16) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro en el cual se aceptó el impedimento manifestado por el Juez 28 Civil del Circuito, se avocó el conocimiento del proceso, y se ordenó reanudar la actuación procesal de conformidad con lo previsto en el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil. Este auto fue notificado por estado de fecha diecinueve (19) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

En memorial presentado al Juzgado 29 Civil del Circuito el día dieciocho de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), el apoderado de la demanda solicitó la reposición del auto admisorio de la demanda, para que fuera revocado en su totalidad, e interpuso apelación en caso de que fuera denegada su petición. Ese mismo día, la Secretaría del Juzgado consignó en el escrito que el mismo fue presentado personalmente y "en tiempo para recurrir", y a continuación corre el traslado de la reposición encomendado a la Secretaría.

El día veintisiete (27) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) el apoderado del demandante presenta un escrito con el cual se opone al recurso de reposición intentado. Es importante mencionar aquí que en dicho escrito no hace referencia a que el mismo se haya presentado extemporáneamente, sino que sus críticas son de fondo a las pretensiones de la demandada.

Con fecha veintisiete (27) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), la Secretaría pasa el expediente al Despacho, esta vez con un informe según el cual el recurso fue intentado en forma extemporánea, toda vez que según lo dice el secretario el auto atacado quedó

ejecutoriado el día dieciocho (18) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Para resolver el recurso, el Juzgado 29 Civil del Circuito profirió auto el día veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en el cual decidió revocar el auto admisorio de la demanda y cancelar el registro de la demanda; a su vez, señaló los vicios de forma del libelo y concedió al actor un plazo de cinco (5) días para su corrección, so pena de rechazo. Los argumentos suministrados en esta providencia, pueden sintetizarse de la siguiente forma: 1. La demanda es una pieza técnico-jurídica, y por ello no es permitido suprimir o agregar requisitos a ella porque se estaría atentando contra la claridad y precisión que exige el Código de Procedimiento Civil a esta pieza procesal; los hechos y pretensiones que se consignen en el escrito, están determinando en definitiva la sentencia, y de ahí la necesidad de que los mismos deban ser claros y precisos, ordenados y numerados; la "historia del caso" y la enumeración de "hechos" origina duplicidad de supuestos fácticos que pueden crear confusión e incertidumbre al demandado y dificultar su defensa. 2. La inscripción de la demanda es una medida previa, no una pretensión, y por ello es antitécnico mencionar dicha petición en el capítulo destinado a las pretensiones; lo mismo se puede predicar de la denuncia del pleito, la cual tampoco puede incluirse como pretensión. 3. La denuncia del pleito si bien es cierto que debe formularse con ocasión de la demanda, ello no significa que se pueda presentar en el mismo escrito, porque lo exige separado, como quiera que no va dirigida al demandado. 4. Con relación a las críticas precisas al libelo, el juzgado señaló la necesidad de que los hechos fueran correctamente señalados, evitando la duplicidad de los mismos al incluirlos tanto en la historia del caso como en el capítulo de hechos; las pretensiones deben ser corregidas y formuladas correctamente, sin incluir en ellas la denuncia del pleito y la inscripción de la demanda; y por último, debe presentarse escrito separado para la denuncia del pleito.

El auto que revocó el admisorio de la demanda, fue notificado por anotación en estado de fecha veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro. El actor interpuso el recurso de reposición contra esta providencia el día veintiocho (28) de los mismos mes y año, y en esta oportunidad alegó la extemporancidad del recurso de reposición interpuesto por la demandada contra el auto admisorio de la demanda, basándose en el informe secretarial de fecha veintisiete (27) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) según el cual el recurso fue presentado fuera de término.

Con escrito de cinco (5) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), el apoderado de la demandada se opone al recurso de reposición interpuesto por el actor. En esta fase del trámite, el demandante solicita al Juez 29 Civil del Circuito se declare impedido por haberse formulado en su contra denuncia penal por el delito de prevaricato, petición que acoge el funcionario mediante auto calendado el 30 de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Con posterioridad a esta actuación, se presentaron otros incidentes procesales ante los Juzgados Primero y Segundo Civiles del Cir-

cuito de Bogotá a donde sucesivamente pasó el conocimiento del proceso, dentro de los cuales es importante destacar que el quince (15) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el demandante presentó la demanda corregida y adecuada a las exigencias que se señalaron en el auto de fecha veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) por el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá, y que dicha demanda fue admitida en auto de veintitrés (23) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), en la cual y por auto separado se ordenó la inscripción de la demanda, y en otra providencia de la misma fecha se aceptó la denuncia del pleito.

Igualmente se acreditó dentro del proceso la calidad de Juez 29 Civil del Circuito que para la época de los hechos tenía el acusado César Julio Valencia Copete, y su ejercicio del cargo durante el período de tiempo que el proceso que dio base a la denuncia permaneció en su Despacho.

En la denuncia y ampliación de la misma, el quejoso si bien manifestó que no hacía acusación concreta de la comisión de un delito específico por parte del juez denunciado, hizo apreciaciones según las cuales el doctor Valencia Copete dictó providencia manifiestamente contraria a la ley, toda vez que en interpretación del denunciante el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil no impide la enumeración de circunstancias y hechos relacionados con los antecedentes del proceso, y por contenerlos mal podía el juez acusado rechazar la demanda; por lo demás, tampoco se exige en la ley procesal civil escrito separado para la formulación de la denuncia del pleito ni la inscripción de la demanda. Finalmente, dijo el denunciante que el juez Valencia Copete incurrió en violación de la ley al haber admitido el recurso de reposición interpuesto por la demandada en forma extemporánea. Para fundamentar esta última afirmación, sostuvo que los términos si bien fueron suspendidos desde el momento mismo de planteada la recusación al Juzgado 28 Civil del Circuito, éstos se reanudaron por disposición de la ley una vez el proceso llegó al Juzgado 29 Civil del Circuito, con lo cual la providencia ilegalmente recurrida, quedó ejecutoriada el día cinco (5) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), o a más tardar el día dieciséis (16) de los mismos mes y año.

Llamado a rendir indagatoria el juez acusado, manifestó que según su conocimiento la denuncia se presentó por haber resuelto extemporáneamente el recurso de reposición que la demandada María de la Candelaria Bautista Daza interpusiera contra el auto admisorio de la demanda dictado por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá; sobre este cargo, aseveró que el recurso según su criterio fue interpuesto dentro de los términos señalados por la ley, porque si bien es cierto que la providencia fue notificada mucho antes de la proposición del recurso, los términos estuvieron suspendidos en el lapso que duró el trámite de un impedimento; dijo el indagado que observó que el secretario del Despacho consignó con relación al recurso dos informes contradictorios, uno según el cual había sido presentado en término, y otro según el cual la proposición del ataque fue extemporánea; esta situación la analizó el sindicado y advirtiendo que los términos los señala la ley y no el secretario, y observando además que el recurso fue correctamente propuesto, se ocupó de desatarlo en la forma como

lo hizo, además porque la demanda estaba pésimamente presentada de conformidad con las exigencias formales que para ella señala el procedimiento civil.

Recibida la indagatoria, el apoderado del sindicado solicitó al Tribunal la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal a favor de su patrocinado, alegando al efecto que el doctor Valencia Copete no incurrió en delito alguno al haber imprimido al proceso civil el trámite estricto que para él señala la ley procesal; realizando un análisis de los hechos debatidos en esta actuación, y de las pruebas recaudadas, concluye que el recurso de reposición que dio origen a la denuncia fue interpuesto dentro del término señalado y por ende, ajustada a derecho estuvo la providencia que se tacha de prevaricadora.

A su turno, el apoderado de la parte civil dentro de esta actuación se opone a las pretensiones del apoderado del acusado, como quiera que según su interpretación no es uno solo sino cuatro prevaricatos los que se investigan en este sumario, y con relación a todos ellos existen pruebas suficientes incluso para proferir auto de vocación a juicio, lo que descarta la posibilidad de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

La providencia de primera instancia:

Escuchado el concepto favorable del Fiscal 15 del Tribunal Superior de Bogotá, esta Corporación mediante auto de fecha veinte (20) de mayo de mil novecientos ochenta y seis (1986) acogió la petición del apoderado del sindicado y dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, ordenando la cesación del procedimiento. Los argumentos centrales de esta determinación se relacionaron con la inexistencia del delito, puesto que el recurso que dio origen a la pretendida resolución prevaricadora fue interpuesto dentro del término señalado en la ley para ello; o cuando menos, ésta fue la interpretación que dio el acusado a la normal procesal pertinente, y por ello su conducta no estuvo guiada por la finalidad de quebrantar la ley, lo que descarta de plano la estructuración de delito contra la administración de justicia. Con relación a los otros tres cargos de prevaricato deducidos por el apoderado de la parte civil, dijo el Tribunal que ellos configuran uno solo por cuanto que el desconocimiento de las normas procesales civiles alegadas se produjo exclusivamente por el rechazo que el acusado hizo de la demanda al no encontrarla ajustada a las prescripciones formales señaladas en el ordenamiento instrumental civil, decisión que por lo demás resulta acorde con las prescripciones normativas correspondientes, con lo cual también por este aspecto se rechaza cualquier adecuación típica de la conducta.

Fundamentos de la apelación:

Inconforme con la anterior determinación del Tribunal, el apoderado de la parte civil recurrió en apelación, y sustenta su desacuerdo considerando que el Tribunal apreció erróneamente los hechos, y por ello dedujo un solo cargo de prevaricato contra el acusado, cuando en verdad fueron formuladas cuatro diversas acusaciones, cada una de ellas fundamentada en la flagrante violación de cuatro distintas dispo-

siciones civiles, así todas ellas hayan sido plasmadas en una sola providencia, lo que no quiere significar más que el concurso de hechos punibles se produjo en forma simultánea y homogénea.

Igualmente, sostuvo el apoderado de la parte civil que el juzgador de primera instancia no analizó más que los descargos del imputado, y por ello valorarlos como plena prueba se encuentra reñido con la realidad, y mal puede decirse que en el proceso esté plenamente acreditado que el acusado no realizó conducta punible alguna.

Concepto del Procurador Delegado:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal opinó que se debe confirmar la providencia apelada, porque según su criterio existe en el proceso la plena prueba que amerita la cesación de procedimiento decretada.

Luego de realizar un análisis más o menos detallado de los hechos, concluyó que en verdad son solo dos acusaciones las que se realizaron en contra del acusado; la primera, el haber desatado un recurso que fuera interpuesto fuera del término procesal para ello, y la segunda, haber rechazado la demanda presentada por vicios de forma, aun cuando estos vicios hayan sido referidos a diversas normas del Código de Procedimiento Civil.

Con relación al primer cargo, estudió el Procurador Delegado las normas que gobiernan la interposición del recurso de reposición, y lo realmente ocurrido en el proceso civil que dio origen a esta actuación penal, para concluir que sin lugar a dudas el ataque fue formulado en su oportunidad legal, pese al informe que en contrario había consignado el secretario del Despacho.

Por lo que hace al segundo cargo, debe concluirse que el incriminado interpretó adecuadamente la legislación procesal civil, y por ello los fundamentos de su resolución no se encuentran reñidos manifiestamente con la ley, situación que obviamente descarta la existencia del delito imputado.

Solicitud del apoderado del acusado:

En breve memorial presentado ante esta Corporación, el apoderado del Juez acusado solicita a la Corte la confirmación integral de la providencia recurrida y como fundamento de su petición hace suyos los planteamientos consignados por el Fiscal 15 del Tribunal Superior de Bogotá y del Procurador Delegado en lo Penal, cuando en su oportunidad emitieron su opinión sobre el caso que ocupa la atención de la Sala.

Consideraciones de la Corte:

Punto fundamental a dilucidar en este asunto, lo es el de la adecuación típica que pudiera presentarse con relación a los cargos formulados contra el juez Valencia Copete, asunto que ha sido controvertido por el apoderado de la parte civil en este proceso.

No puede negar la Sala que las acusaciones han sido dirigidas con base en una única providencia, aun cuando los hechos denunciados han sido varios lo que no implica necesariamente que sean también varias las adecuaciones típicas de ellas. La providencia pretendidamente prevaricadora, se ha identificado como aquella que el acusado dictara el día veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y en la cual revocó el auto admisorio de la demanda que antecedentemente hubiera dictado el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá el día siete (7) de septiembre del año inmediatamente anterior. Los hechos, estarían configurados por la decisión del recurso (proferimiento de la providencia) pese a haber sido éste presentado fuera del término de la ley de procedimiento civil.

Sobre este segundo aspecto, alega el apoderado de la parte civil que la providencia contiene varias decisiones prevaricadoras por haberse dado contenido diverso del que señala la ley a los artículos 54, 75, 331, 348 y 650 del Código de Procedimiento Civil, constituyendo cada una de tales decisiones un delito autónomo y diferente de los demás. Olvida sin embargo el profesional que todos los aspectos por él alegados se resumen a uno solo, el rechazo de la demanda sin asidero jurídico, que es en donde puede radicar la decisión prevaricadora. Es tanto como decir que el juez infringió el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil que regula la inadmisibilidad y rechazo *in limine* de la demanda, y así, una sola norma civil sería la lesionada por la conducta del acusado.

Empero de esta disquisición, el concepto de concurso de delitos no está referido a la infracción de una o varias normas de legislaciones diversas de la penal, sino a la repetida infracción de una o varias disposiciones del ordenamiento punitivo. Aun cuando la providencia que dio base a la denuncia penal pueda contener varias contradicciones con el ordenamiento civil, todas ellas no representan más que una sola conducta penalmente relevante porque la contradicción manifiesta de la resolución con la ley en este caso se reputa única porque lo incorrecto o contradictorio no fue el haber señalado los vicios de que adolecía la demanda, sino el haber rechazado la misma para su corrección. Siendo ello así debe concluirse que el contenido íntegro de la providencia de fecha veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) puede llegar a configurar una sola infracción a la ley penal, un solo delito de prevaricato, y por lo tanto no podría predicarse concurso delictual más que entre el contenido mismo de la resolución y la inobservancia de las disposiciones procedimentales que regulan la temporalidad del recurso que se desató con aquella decisión.

Establecida de esta forma la improcedencia del concurso delictual, en la forma como lo predica la parte civil, debe la Sala ocuparse de la existencia o no de delitos en las diferentes actuaciones que dieron origen a los cargos formulados en contra del juez Valencia Copete.

Con relación a la primera acusación, *preciso es consultar las normas de procedimiento civil que gobiernan los impedimentos y recusaciones, la suspensión del proceso, y los términos dentro de él. Así, el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil autoriza la suspensión del proceso en su inciso final que dice:*

"También se suspenderá el trámite principal del proceso en los casos previstos en este Código, sin necesidad de decreto del juez".

Uno de tales casos previstos en la ley de procedimiento civil, es precisamente el consagrado en el artículo 146 del mismo Código, que establece:

"Suspensión del proceso por impedimento o recusación. El proceso se suspenderá desde que el magistrado, conjuez o juez se declare impedido o reciba el escrito de recusación, hasta cuando haya sido resuelto el incidente, sin que por ello se afecte la validez de los actos surgidos con anterioridad".

A su turno, el artículo 120 del ordenamiento procesal civil regula lo relativo al cómputo de los términos, y allí en forma muy clara se establece que todo término comenzará a contarse desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo conceda. Así mismo se ordena la suspensión del cómputo de términos mientras el expediente se encuentre al Despacho del juez, en cuyo caso el cómputo se reanudará al día siguiente a la notificación de la providencia que se profiera.

Por lo demás, es importante señalar, como consideración previa, que los impedimentos y recusaciones en el procedimiento civil son tratados en el Capítulo III del Título XI que regula los incidentes procesales. Así mismo, que no existe una disposición expresamente aplicable a la reanudación de términos cuando éstos se han suspendido por obra de un impedimento o recusación.

La acusación lanzada contra el juez Valencia Copete de haber decidido el recurso de reposición interpuesto por la demandada María de la Candelaria Bautista Daza contra la providencia de fecha siete (7) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983) que admitió la demanda ordinaria de reivindicación, tiene su fundamento sin lugar a dudas a dos diversas interpretaciones de la ley procesal civil. La primera de ellas, orientada por el apoderado de la parte actora, según la cual el impedimento manifestado por el Juez 28 Civil del Circuito, o mejor, la recusación que contra él se presentó, interrumpió los términos de ejecutoria de la providencia solamente hasta cuando el expediente se entregó al Juez 29 Civil del Circuito, reanudándose el cómputo de términos por prescripción de la ley sin necesidad de pronunciamiento en tal sentido por parte del nuevo juez que avoca el conocimiento del proceso. En el peor de los casos, dice el mismo apoderado, los términos fueron suspendidos solamente hasta cuando por el reparto se produjo el abono del expediente al Juzgado 29 Civil del Circuito. En uno y otro caso, la oportunidad para interponer el recurso de reposición venció antes de que el Juzgado 29 Civil del Circuito avocara el conocimiento del asunto y ordenara reanudar la actuación.

La otra interpretación, sostenida por el juez acusado en su indagatoria, y sin duda la que acogió también al momento de decidir la cuestión, consdiera interrumpidos los términos desde el momento mismo en que se presenta el escrito de recusación, tal como lo prescribe el artículo 146 del Código de Procedimiento Civil, hasta tanto el nuevo juez se pronuncia sobre el impedimento o recusación y, acogiéndolo, ordena la reanudación del proceso.

No puede la Sala Penal adentrarse en las funciones que como máximo Tribunal corresponden a la Sala Civil de la Corte. Es a ella a quien corresponde la unificación de la jurisprudencia civil y el velar por la correcta aplicación de las normas de tal carácter. Lo que sí resulta claro, sin embargo, es que la interpretación que el acusado Valencia Copete *dio a las normas procesales consultadas para resolver la cuestión, no se presentaron en abierta contradicción con el texto de ellas. Es innegable que la sola presentación del escrito de recusación suspende automáticamente los términos, y así lo entendió el acusado. Su reanudación, por no estar específicamente reglada en la legislación civil para los casos de impedimentos y recusaciones, bien puede entenderse como de necesaria declaración por parte del funcionario a quien corresponde en definitiva avocar el conocimiento del proceso. Y ello es así, porque resulta absurdo pensar que, trátase de un incidente de recusación o una manifestación de impedimento, los términos procesales puedan seguir corriendo para las partes sin haberse determinado de antemano ante qué funcionario deben dirigir sus peticiones. Desde el planteamiento de la recusación, hasta la determinación definitiva de la competencia, carece el proceso de autoridad jurisdiccional que lo gobierne, y éste solamente se especifica con claridad cuando el juez a quien se ha enviado el proceso se pronuncia sobre la admisión o no del impedimento o la recusación.*

Para terminar esta controversia, baste señalar cómo esta Sala se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido de que las interpretaciones lógicas y coherentes de la ley no constituyen por sí mismas delito de prevaricato, porque para la estructuración de esta figura es indispensable que la decisión del funcionario sea manifiestamente contraria a derecho, esto es, que vulnere los principios de hermenéutica jurídica, y estén dirigidos a lesionar el interés jurídico de la administración de justicia. De estas decisiones, bien puede señalarse como relevante la contenida en decisión de fecha siete (7) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), con ponencia del doctor Luis Enrique Aldana Rozo:

> "Las circunstancias procedimentales que rodearon la emisión de la providencia cuestionada no permiten calificarla de ilegal, puesto que se aprecia con claridad que su autora obró de conformidad con el criterio que tenía sobre la interpretación de la disposición que aplicó. Es indiscutible que pueden surgir otras hipótesis para buscarle solución al mismo problema jurídico, como aquella que con amplitud expuso el Tribunal Superior y que la Sala no comparte. Pero sobre una disparidad de pareceres no se puede dar por comprobado el elemento 'manifiestamente ilegal' exigido para la configuración del prevaricato en el artículo 149 del Código Penal en vigencia, y menos aun cuando lo manifiesto es aquello que no requiere de muchos análisis ni de razonamientos profundos para su entendimiento".

Ahora bien, el acusado consideró con sobradas razones jurídicas que el haber presentado ante el Juez 28 Civil del Circuito de Bogotá un escrito de recusación, suspendió automáticamente los términos procesales, y por ello no podría continuarse computando el término de la ejecutoria de la providencia calendada el siete (7) de septiembre de

mil novecientos ochenta y tres (1983), en virtud de lo ordenado por el artículo 146 en concordancia con el 170 del Código de Procedimiento Civil ya citados. Igualmente, con base en una sana interpretación de las normas procesales llegó a la conclusión de que tales términos permanecieron interrumpidos o suspendidos hasta el momento mismo en que se profirió orden de reanudar la actuación, y por ello pese al informe contrario del secretario resolvió sobre el recurso de reposición que para él se había interpuesto dentro del término establecido por la ley. Su decisión, lejos de mostrarse manifiestamente contraria a derecho, aparece como una determinación ceñida estrictamente a las prescripciones legales, máxime si se tiene en cuenta que resulta evidente dentro del proceso civil —que gobierna relaciones entre particulares— que el incidente de recusación o la manifestación de impedimento suspenden los términos y éstos no reanudan su cómputo sino cuando se haya decidido a través de resolución judicial qué funcionario debe continuar con el conocimiento del asunto.

La equivocada interpretación que el apoderado de la parte civil hace del contenido del artículo 146 del Código de Procedimiento Civil en el sentido de que como se tramitó incidente con ocasión de la recusación que se formulara al Juez 28 Civil del Circuito el cómputo de términos debía reanudarse una vez llegado el expediente al Despacho del Juzgado 29 de la misma categoría sin necesidad de pronunciamiento alguno por parte del titular de oficina, se rebate por sí solo con la simple consulta del artículo 28 de la Ley 153 de 1887, que establece que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio según el uso común, salvo que se haya realizado definición expresa por el legislador para ciertas materias.

Incidente, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, edición de 1984, es lo "que sobreviene en el curso de un asunto o negocio y tiene con éste algún enlace"; por lo demás, no existe definición legal de lo que es incidente, y por ello el término ha de entenderse en su sentido natural. *Por su parte, el citado artículo 146 del Código de Procedimiento Civil no hizo diferenciación alguna acerca del momento en el cual se reanudaba el cómputo de términos, dentro del proceso, pese a que la recusación se tramita como incidente mas no así el impedimento, al decir del apoderado de la parte civil. Lo que sí resulta claro de esta norma, es que el proceso civil no puede reanudarse sino cuando el funcionario judicial se haya pronunciado con carácter vinculante sobre si asume o no el conocimiento del asunto que le ha sido enviado por el juez inicialmente impedido o recusado.*

Así las cosas, claro resulta que la providencia de fecha veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) dictada por el procesado Valencia Copete, no es manifiestamente contraria a la ley, y por ello no se puede adecuar típicamente su conducta a la abstracta descripción contenida en el artículo 149 del Código Penal. Razón tuvo entonces el Tribunal al ordenar la cesación del procedimiento por este aspecto, y como consecuencia de ello la Sala le impartirá su confirmación.

Con relación a los demás cargos deducidos por el apoderado de la parte civil en contra del procesado, debe pronunciarse la Sala en el

sentido de que tampoco tienen fundamento válido alguno para el reproche penal. En efecto, es de anotar el excesivo rigorismo que la legislación procedimental civil impone en todas sus actuaciones, y en especial, lo severo de la regulación de la demanda civil. Estas exigencias férreas tienen su razón de ser en las limitaciones que se imponen al mismo juez en el trámite de los asuntos y en la decisión de ellos; la demanda es pieza fundamental del juzgamiento, y por ello se exige el cumplimiento de requisitos casi sacramentales para su presentación, no sólo para limitar la acción del juez, sino para exigir a la parte demandada una contestación precisa sobre los hechos que se alegan e imponerle además restricciones probatorias y de circunstancias que den origen a procedimientos diversos dentro de uno especialmente definido para el trámite de un asunto. Siendo ello así, débese concluir que el escrito de demanda precisa formularse técnicamente so pena de su devolución para su corrección, porque es al juez a quien compete ese control técnico, y es a él a quien la ley le da facultades para exigir la corrección del libelo, como consecuencia y contrapeso de lo cual la misma norma le exige el señalamiento de los vicios que encuentre en la demanda.

Pues bien, el juez ahora acusado al estudiar la demanda presentada encontró en ella fallas que a su juicio fueron protuberantes, y sobre ellas se expresó, con la indicación, además, de las razones jurídicas y técnicas que lo llevaron a su conclusión de devolver el libelo para su corrección, y el señalamiento preciso de los aspectos que deberían reformarse. Obviamente este estudio no lo compartió el apoderado de la parte demandante, ni ahora el apoderado de la parte civil, quienes pretenden configurar por ello otra decisión manifiestamente contraria a derecho. Valgan aquí las consideraciones hechas en precedencia sobre la no existencia del delito cuando se trata de mero enfrentamiento de opiniones entre el juez y la parte, adicionando dichos argumentos con la precisión de que tampoco se configura el prevaricato cuando el funcionario decide con argumentos legales en contra de los intereses de una de las partes, como pretende plantearlo el apoderado de la parte civil.

El argumento de que con la decisión del acusado de revocar el auto admisorio de la demanda, la demandada podía levantar el registro de la reclamación y enajenar el bien materia del litigio, no tiene cabida dentro de lo que aquí se discute, porque por encima de cualquier conveniencia o circunstancia el funcionario debe estar ceñido a la ley en sus decisiones, sin consultar las conveniencias de los litigantes y con el único ánimo de aplicar la ley correctamente. Contraria a derecho hubiese sido sí la determinación, en el caso del que, ahora acusado, violando las disposiciones legales y en contra de su propio convencimiento, hubiera mantenido vigente el auto admisorio de la demanda a pesar de las fallas protuberantes que la misma presentaba.

Igual fundamentación debe hacerse con relación a la exigencia de escrito separado para la formulación de la denuncia del pleito y la solicitud de inscripción de la demanda, frente a las cuales el acusado interpretó la ley con cánones precisos y con fundamentaciones que plasmó en su providencia, claras y lógicas, que en manera alguna se

muestran amañadas o contrarias a las disposiciones que regulan el procedimiento civil.

Como corolario de lo anterior, la Sala confirmará la decisión apelada.

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

Resuelve:

Confirmar la providencia apelada en todas sus partes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Rafael Osorio Rodríguez, Conjuez; *Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

DEFRAUDACIONES

Entre los deberes legales impuestos al deudor prendario están los de propender por la conservación de los bienes pignorados, no pudiendo variar su lugar de ubicación "sin previo acuerdo escrito con el acreedor"

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

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*.
Aprobado Acta número 32.

Vistos:

Agotado el trámite respectivo, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados *Juan* y *Darío Castrillón Valencia*, contra la sentencia de 22 de mayo de 1986 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán revocó la absolución impartida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad el trece de febrero del mismo año, y en su lugar los condenó a la pena principal de 24 meses de prisión y multa de diez mil pesos, cada uno, como responsables del delito denominado "disposición de bien propio gravado con prenda", concediéndoles al subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos y actuación procesal:

Los que dieron origen al proceso aparecen reseñados por el *a quo*, de la siguiente manera:

"Despréndese del contenido probatorio que el día ocho de febrero de 1982, mediante la suscripción de un documento elaborado con las formalidades legales y debidamente registrado, los señores Darío y Juan Castrillón Valencia, en su condición de representantes de la sociedad "Compañía Comercial Ltda. CICOL", recibieron un préstamo del Banco de Colombia Sucursal de Popayán, por la suma de $ 30.000.000.oo, quedando como garantía una serie de mercancías debidamente detalladas que se hallaban en el local de la empresa ubicada en la carrera 7ª número 12-46 de esta ciudad y que ascendía a la cantidad de $ 24.221.863.oo.

"Aunque en el contrato de prenda sin tenencia de bienes se acordó que el representante legal de la compañía deudora se obligaba a conservar y no disponer de los bienes dados en prenda, sin autorización de la entidad crediticia y que esa obligación duraría todo el tiempo en que el deudor mantuviera vínculos pendientes con el Banco de Colom-

pia, lo cierto es que, el 24 de junio de 1982, al practicarse un arqueo físico en el susodicho almacén por parte del acreedor prendario, se estableció que un poco menos de la mitad de las mercancías dadas en prenda habían sido transferidas o vendidas, sin autorización del Banco, pues se encontró un *faltante* de $ 11.662.000.oo".

Los anteriores hechos fueron denunciados el 18 de enero de 1984 por el señor Francisco Javier Villegas en su carácter de Gerente del Banco de Colombia, Sucursal de Popayán, acompañando con la denuncia, entre otros documentos, fotocopias autenticadas del contrato de prenda sin tenencia de bienes, debidamente registrado; del arqueo físico practicado el 24 de junio de 1982 a los bienes prendados; de la comunicación por él dirigida a los representantes de la sociedad comercial "Cicol Ltda." (fl. 20 del expediente), en la que les daba cuenta de los faltantes registrados recomendándoles "mejorar" la garantía, hasta completar la suma de $ 16.000.000.oo y certificación de la Cámara de Comercio del Cauca sobre vigencia del contrato de prenda sin tenencia de bienes.

Ratificada la acusación, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán abrió investigación oyendo en indagatoria a los sindicados Darío y Juan Castrillón Valencia quienes aceptaron la existencia del crédito y el contrato de prenda sin tenencia coincidiendo en manifestar que dispusieron de parte de los bienes dados en garantía para con su producto hacer abonos a la obligación porque el giro ordinario de sus negocios que consistía en la compra y venta de tales artículos les permitía "vender la misma mercancía", sustituyéndola por otra de igual o similares características sin que la prenda del acreedor se viera afectada o disminuida pues siempre existían en inventarios o en bodega mercancías suficientes para responder por la obligación contraída y porque entendieron que se trataba de una "prenda rotatoria" que les permitía reemplazar unas mercancías por otras extrañándose que el Banco pretendiera hacer efectivo el crédito por la vía penal cuando lo indicado era participar con otros acreedores en el Concordato Preventivo autorizado por la Superintendencia de Sociedades (fls. 32 y 67 *ibidem*).

El 5 de abril de 1984 el funcionario instructor practicó inspección judicial al lugar donde se encontraban los bienes pignorados estableciendo que tanto en la bodega como en el almacén de "Cicol" sólo existían mercancías por valor de $ 3.114.891.oo. En dicha diligencia el procesado Darío Castrillón Valencia manifestó que "en la actualidad no debe existir ninguna mercancía de esas (las gravadas con prenda), pero sí existe mercancía sustitutiva por el valor de la creencia (sic), mercancía sustituta que ampara el valor de la acreencia porque se trataba de una bodega rotativa en la cual las ventas de la misma mercancía relacionada en el contrato de prenda iban a abonar la acreencia del Banco, mientras que el apoderado de la parte civil dejó expresa constancia de que los deudores prendarios habían dispuesto de los bienes dados en prenda sin autorización del acreedor prendario y que en ninguna parte del contrato de prenda se estipuló que ésta tuviera el carácter de "rotatoria" (fls. 45 a 48 *ibídem*).

El 4 de mayo del mismo año fue oído en ampliación de denuncia el gerente Francisco Javier Villegas quien manifestó que en la fecha

indicada, la obligación a cargo de los deudores prendarios por concepto de capital e intereses ascendía a la suma de $ 10.710.164.oo y que las mercancías existentes para respaldar la deuda sólo llegaban a $ 3.114.890.oo, notándose un faltante de $ 7.595.274.oo (fls. 52 y 52 vto *ibídem*).

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Penal del Circuito por auto de 26 de enero de 1985 calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio de los procesados Juan y Darío Castrillón Valencia por la defraudación conocida como "disposición de bien propio gravado con prenda", agravada por razón de la cuantía, de que tratan los artículos 364 y 372 del Código Penal disponiendo su detención preventiva medida que no hizo efectiva por haberles concedido la libertad provisional mediante caución, pronunciamiento éste consentido por la defensa (fls. 102 a 118 *ibídem*).

En la etapa probatoria de la causa el juzgado del conocimiento negó por inconducente una inspección judicial al establecimiento comercial "Cicol" solicitada por el defensor con el objeto de inventariar los bienes existentes y los adquiridos con posterioridad al contrato de prenda a fin de establecer si su valor era suficiente para garantizar el saldo de la obligación pendiente, argumentando que la prueba pedida ya obraba en el expediente (fl. 175 *ibídem*).

Celebrada audiencia pública, el Juzgado Penal del Circuito a cargo entonces de funcionaria distinta a la que venía actuando en el proceso, por sentencia de 13 de febrero de 1986 absolvió a los procesados de los cargos formulados en el auto de proceder, decisión apelada por el representante de la parte civil.

Correspondió el conocimiento del asunto a la magistrada doctora Pilar Calcedo Illera quien en su carácter de juez había proferido el llamamiento a juicio y quien en ponencia acogida por el Tribunal Superior de Popayán revocó la sentencia absolutoria y en su lugar produjo el fallo objeto del recurso de casación, aclarando que lo hacía en grado de consulta por tratarse de una ilicitud agravada por razón de la cuantía, cuya pena sobrepasaba los cinco años de sanción privativa de la libertad "encontrándose entonces dentro de las previsiones del artículo 1º de la Ley 17 de 1975", después de haber desestimado la alzada por inepta sustentación de la misma.

Fundamentos del fallo impugnado:

El Tribunal Superior fundamentó la sentencia de condena en las siguientes consideraciones que la Sala se permite transcribir in extenso para mayor entendimiento de la cuestión debatida:

"En el auto de enjuiciamiento se predicó que el *sujeto activo*, lo constituían los *deudores*, representados en este asunto por los gerentes de la empresa comercial "Cicol Ltda." porque libre y voluntariamente gravaron sus propios bienes para garantizar el cumplimiento de compromisos comerciales, regidos entre otras normas por el artículo 1207 del Código de Comercio que define el contrato de *"prenda sin tenencia del acreedor"* y que impone al deudor la obligación de no variar la ubicación de los bienes gravados sin previo acuerdo escrito con el

acreedor y que la violación de la anterior prohibición, que constituye desde luego la desaparición de los bienes gravados y su disminución, da derecho al acreedor para solicitar la entrega inmediata de la prenda o el pago de la obligación, así no se encuentren vencidos los plazos, sin perjuicio de las sanciones correspondientes".

Refiriéndose al dolo como elemento estructurante de la conducta imputada, razona el *a quo*:

"La sustracción, el abandono, el ocultamiento consumado en forma indebida, sin permiso del acreedor prendario, constituye otro elemento del delito, o sea el *dolo*, que en este asunto nació desde el momento mismo en que los Castrillón Valencia libre y voluntariamente como *deudores comerciales* no pudieron explicar su conducta ante los empleados del Banco cuando éstos se presentaron a inventariar las existencias y comprobaron, que los bienes dados en prenda habían sido trasladados de una bodega a otra sin permiso del Banco y sin aviso alguno y lo que es más grave la prenda había disminuido notablemente porque de veinticuatro millones, estaban en un poco más de tres millones de pesos.

"El *dolo* o la intención grave e injusta de causar daño no se ha disminuido a través del juicio, es el mismo del enjuiciamiento, no ha variado, porque ahora se alegue que dichos *deudores comerciales* o *sujetos activos* abonaron parte de la acreencia dentro de los términos estipulados por el Banco, y porque no han negado la deuda; correspondiéndole al acreedor prendario o Banco de Colombia esperar un cupo en el concurso de acreedores. Este *dolo* tampoco palidece, porque se diga que por falta de la práctica de una prueba, solicitada dentro del término probatorio se han desvanecido por completo la totalidad de los elementos estructurales del delito por el que se procede".

. . . . . .

"Sin embargo, estas posturas y protestas (la existencia de una prenda rotativa) no pueden ahora ser atendidas; primero porque ya fueron expuestas y debatidas suficientemente en el auto de enjuiciamiento y entonces, fueron rechazadas por improcedentes, por no ser justas ni ciertas y porque el comportamiento atribuido a los señores Castrillón Valencia era desde todo punto de vista inmoral, porque a pesar de tener conocimiento del mal estado de sus negocios, dispusieron de los bienes dados en prenda, sin dar aviso al Banco, sin cancelar la deuda, sin efectuar diligencia alguna para renovarla con el fin de hacer menos gravosa la situación económica del acreedor y segundo, porque a pesar de aceptarse que en verdad la "prenda era rotativa", esta situación no le quitaba ilicitud al comportamiento investigado porque la obligación de los deudores de acuerdo a lo pactado en el contrato, era la de restituir los bienes a medida que fueran vendidos y de conservarlos siempre en cantidad y cuantía de veinticuatro millones de pesos".

Luego argumenta:

"¿Cómo protege el derecho penal vigente la confianza del Banco en la restitución del crédito implícito en la garantía respecto del pago comprometido por el deudor? Dicho en otra forma, ¿qué protección

dispensa el derecho penal vigente al abuso del crédito cometido mediante actividades prohibidas del deudor?, pues precisamente en proteger las obligaciones que hacen de todo contrato de prenda sin tenencia del acreedor que se rige por la ley mercantil y que implica que el deudor tiene las obligaciones y responsabilidad de un depositario y especialmente las del mismo contrato, por eso los deudores responden no sólo penalmente por la defraudación sino comercialmente dentro del proceso de quiebra... Se ha demostrado en el presente juicio que el Banco de Colombia cumplió lo prometido como acreedor en un contrato comercial, y en cambio, los acusados deudores violaron sus compromisos causando perjuicios que han sido la razón de ser de la denuncia, y que en el auto de enjuiciamiento fueron establecidos cuando se comprobó que los representantes de la empresa comercial Cicol Ltda. estaban lesionando el patrimonio ajeno y causando graves perjuicios económicos al Banco, al punto de conservar únicamente existencias en mercancías por sólo tres millones de pesos lo que no alcanzaba a garantizar el cumplimiento total de la obligación contraída más sus intereses, si se aprecia la existencia de otros acreedores todos ellos vinculados en la actualidad a un concordato especial como única esperanza de pago".

Termina afirmando el Tribunal que "... la ofensa al patrimonio del acreedor existe y está clara y concretamente acreditada en el informativo, desde el mismo momento en que se presentó la denuncia en donde se expuso que la prenda existente no alcanzaba a garantizar el crédito que ascendía a la suma de $ 10.710.164.oo. La injusticia del proceder de los acusados y el perjuicio al patrimonio del Banco ... no necesita prueba distinta de aquella que determinó y encontró la prenda totalmente desmejorada y que llevó a las directivas del Banco a informar a las autoridades judiciales que dicha disminución no respaldaba el capital que se adeudaba, porque los deudores estaban atrasados en sus pagos y porque, consecuencialmente no poseían ahora bienes para cubrir la deuda".

La demanda de casación:

El señor defensor sustituto, acogiéndose expresamente a la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia de ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial por errores de hecho que aparecen manifiestos en autos, por falta de apreciación de unas pruebas y suposición de otras; planteamiento a través del cual se propone demostrar que el Tribunal sentenciador emitió el fallo recurrido "a pesar de existir en el expediente la prueba demostrativa de que el Banco de Colombia consintió que los bienes dados en prenda pudieran ser enajenados con el fin de que el producto así obtenido se abonara a la obligación prendaria con la condición de que fueran reemplazados por otros de valor equivalente. Es lo que las partes denominan 'prenda rotatoria' ".

Pero, previamente advierte que la doctora Pilar Caicedo Illera revisó en segunda instancia su propio auto enjuiciatorio, sin ser recusada ni haberse declarado impedida "no sé si con violación de las formas propias del juicio, que establecen los recursos y el grado de consulta con el objetivo evidente de evitar en lo posible los yerros ciertos o

probables de los juzgadores. Y lo hizo, a sabiendas, con la negligente complicidad de sus compañeros de Sala, quizás porque pensaron que el auto de proceder, que informa la sentencia, no era la providencia sometida a su revisión, sino la sentencia misma. E ignoro si, en sana lógica jurídica, dicho procedimiento sea admisible".

Concretándose a los errores de hecho denunciados señala como pruebas omitidas por el fallador de segundo grado, el oficio o comunicación de 6 de junio (sic) de 1982 y la ampliación de denuncia rendida por el gerente del Banco de Colombia el 4 de mayo de 1984, obrantes a folios 20 y 52 del expediente, respecto a las cuales hace las siguientes consideraciones:

El Tribunal sentenciador admite, como afirman insistentemente los dos sindicados que la prenda por ellos constituida a favor del Banco de Colombia, para garantizar la totalidad de sus obligaciones "ostentaba el carácter de prenda rotatoria, pero no extrae de ella ninguna consecuencia, porque, lo ha dicho en forma reiterada, el dolo y la conducta inmoral de los sindicados se hicieron manifiestos desde el momento mismo en que dispusieron de los bienes afectados y los enajenaron, sin el consentimiento previo del Banco acreedor...".

Refiriéndose a la afirmación del juzgador en el sentido de que el defensor estaba equivocado al considerar que el Banco acreedor "sólo constituyó la prenda por un tiempo determinado y que ésta podía disminuirse a medida que se realizaban abonos al crédito otorgado", replica que "no obstante lo afirmado por el Tribunal, la demostración de que la equivocación era suya y no del apoderado defensor de los hermanos Castrillón Valencia, lo dice el Banco de Colombia en carta dirigida a los deudores con fecha 6 de junio de 1982 (fl. 20 del expediente). Dice en lo pertinente:

"Se registraron faltantes por la suma de once millones seiscientos sesenta y dos mil trescientos nueve pesos ($ 11.662.309) equivalentes a mercancías vendidas por ustedes *sin aviso al Banco de Colombia* (Subrayo).

"Por lo tanto, teniendo en cuenta los abonos efectuados en las obligaciones vigentes, es conveniente mejorar la garantía dándole salida a los bienes vendidos y constituyendo existentes hasta completar la suma de dieciséis millones de pesos ($ 16.000.000.oo)".

"Lo que tanto vale como decir, que el Banco de Colombia propuso la variación del valor de la prenda, de su propio motivo, teniendo en cuenta los abonos efectuados a las obligaciones vigentes y aceptó además, como lo han predicado, en forma reiterada, los hermanos Castrillón Valencia, el carácter rotatorio de la prenda, cuyos bienes enajenados, sin aviso al Banco, pero con su consentimiento, debían ser reemplazados, constituyendo existentes hasta por la suma de dieciséis millones de pesos ($16.000.000.oo).

"d) La anterior es prueba trascendental, no apreciada por el sentenciador pero prueba inconcusa de que el Banco dio su consentimiento a la enajenación de los bienes dados en prenda y aprobó el comportamiento de los deudores prendarios, y admitió de conformidad con la naturaleza 'circulante' o rotatoria de los bienes pignorados, que podían

enajenarse, siempre y cuando fueran reemplazados por otros que igualmente garantizaran el monto variable de las obligaciones vigentes. Lo que deviene veraz el dicho de la defensa y atinadas y justas las conclusiones del sentenciador de primera instancia. Haciendo pie en las voces del artículo 532 del Código de Comercio, dice: 'El especial tratamiento que la ley le ha dado a los «activos circulantes» (prenda rotatoria), obedece a la circunstancia de que estos están destinados a renovarse en forma contínua' ".

Expresa a continuación:

"e) En escrito de ampliación de la denuncia, visible a folios 52 y 53 del expediente, el señor Gerente del Banco de Colombia señor Francisco Javier Villegas, confirma el dicho de la defensa acogido por el sentenciador de primera instancia, cuando dice: 'La prenda puede ser rotatoria siempre y cuando el valor de la prenda no se disminuya'. O no sea inferior el valor de la deuda. No obstante, fue pactada en seis millones de pesos ($ 6.000.000.oo), agregamos.

"Porque el Banco de Colombia no encontró dolosa la conducta de los deudores prendarios, sino contrario a lo manifestado por el sentenciador de segundo grado acorde con la naturaleza de los bienes pignorados, solicitó, como podía, de conformidad con el documento de constitución de la prenda, la entrega inmediata de la misma y el cumplimiento de la obligación, con indemnización de perjuicios. Se limitó por lo mismo, a solicitar la incorporación de activos circulantes, especificándolos, en la nueva prenda, por valor de dieciséis millones de pesos ($ 16.000.000.00), 'para legalizar las garantías', para cumplir así con un requisito formal, con el encarecimiento de que fuera constituida (sin fecha fija, que le permitiera constituir en mora a los deudores), a la mayor brevedad posible". Y sólo cuando los hermanos Castrillón Valencia, debido a las plurales circunstancias de carácter económico que afligen en forma general, a los comerciantes y a los grupos financieros del país, circunstancias protagonizadas en muy alto porcentaje por el propio Banco de Colombia, se ven avocados a impetrar el Concordato Preventivo Obligatorio, dos años después que había aprobado la venta de los bienes pignorados, presenta denuncia penal contra los deudores prendarios, con el propósito inequívoco de hacer efectivo la totalidad del saldo pendiente, por la vía penal, sin sujetarse a la gradación privilegiada que dentro del mismo Concordato, le había sido acordada.

"f) El Banco de Colombia, ya fue dicho, aceptó mediante declaración juramentada de su Gerente señor Francisco Javier Villegas, que la 'prenda puede ser rotatoria' siempre y cuando el valor de la prenda no se disminuya. Quiso decir con ello, no cabe duda, que la prenda 'rotatoria" obliga al deudor prendario a reponer los bienes pignorados. Y ello es así, atendiendo la naturaleza de la 'prenda sin tenencia' cuya finalidad no discutible es la de facilitar a la empresa o establecimiento de comercio —deudor prendario— el giro normal de sus 'activos circulantes', destinados al tráfago de los negocios diarios, cuyo producto deberá afectarse al pago de las obligaciones, o incorporarse a la existencia en inventarios en la medida exacta en que la prenda variable debe responder por los saldos pendientes. Y esto fue lo que hicieron los hermanos Castrillón Valencia, ciñéndose, con fidelidad, al cumplimiento de los compromisos adquiridos con el Banco".

Y aludiendo a la inspección judicial denegada en la etapa probatoria del juicio "orientada a la demostración de que sus representados disponían en inventarios de bienes suficientes a disposición del Banco de Colombia para responder por el valor de la prenda 'rotatoria', otorgada a su favor", concluye que "su ausencia deja sí, a favor de los acusados, la presunción de veracidad de que trata el artículo 364 (sic) del Código de Procedimiento Penal, que omitió calificar el sentenciador. Pasó por alto la confesión calificada de aquellos, que si vendieron parte de los bienes pignorados, cosa sabida y aceptada por el Banco (fl. 20 del expediente) pero que, en inventarios, mantuvieron a disposición del Banco bienes suficientes para responder por el valor de la prenda. Por esto llama especialmente la atención la forma como el Tribunal sentenciador razona para demeritar la utilidad pretensa de la prueba que la juez Calcedo Illera calificó 'inconducente'".

"g) El consentimiento del Banco de Colombia de que vengo haciendo mérito —agrega el recurrente—, con fundamento en pruebas testimoniales y documentadas en el expediente, que no apreció el sentenciador, ... proviene así de su origen. Pero las pruebas que lo sustentan y lo demuestran de forma ostensible, no fueron apreciadas por el sentenciador, que ignoró así mismo que la conducta que describe el artículo 364 del Código Penal (disposición de bien propio gravado con prenda) hace exigente la presencia en el tipo, como elemento compositivo del mismo, la ausencia del consentimiento del acreedor prendario a la enajenación del bien pignorado, pro obvias razones, impide la tipicidad de la conducta y sobra decirlo, imposibilita la antijuridicidad y culpabilidad de la misma...".

A más de las pruebas documental y testimonial tantas veces mencionadas señala como ignoradas por el fallador de segundo grado "la confesión calificada de los acusados, por la cual aceptan haber enajenado los bienes pignorados, con reposición posterior de los mismos, o habiendo mantenido existencias en sus inventarios, de valor igual o superior al monto de sus obligaciones para con el Banco. Esta confesión calificada fue ignorada por el sentenciador" y el "haber supuesto la prueba de la inexistencia en los inventarios de la firma 'Cicol Ltda.' de bienes suficientes para respaldar la deuda prendaria con base en la negación de la prueba que en el término probatorio del enjuiciamiento solicitó a la defensa, justamente para demostrar el aserto contrario afirmado por los acusados", errores de hecho manifiestos que llevaron al juzgador a quebrantar en forma indirecta los artículos 215, 216 y 264 del Código de Procedimiento Penal y 582, 1216 y 1218 del Código de Comercio, por aplicación indebida de las normas correspondientes a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal y por falta de aplicación de las disposiciones del Código de Comercio, expresando respecto de cada una de ellas el concepto de violación.

Concluye solicitando infirmar la sentencia acusada y en su lugar, proferir una de carácter absolutorio en favor de sus representados.

Respuesta del Ministerio Público:

El Ministerio Público, representado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se identifica plenamente con las argumentaciones del demandante para concluir que se acceda a sus pretensiones

sustituyendo el fallo de condena por uno absolutorio, puesto que los errores de hecho atribuidos al sentenciador, que aparecen de modo manifiesto en los autos, inciden definitivamente en las conclusiones de la sentencia recurrida.

Argumenta que los procesados, contrariamente a lo afirmado por el Tribunal Superior, estuvieron atentos al cumplimiento de sus obligaciones contraídas con el Banco de Colombia pues "según lo predican los autos, la prenda se constituyó por $ 24.221.863.oo encontrándose en la visita practicada por el Banco un faltante de $ 11.662.309.oo lo que equivale a decir (haciendo la resta correspondiente) que en la bodega reposaban bienes (de los dados en prenda) por la suma de $ 12.559.554.oo. Ahora bien, si tenemos en cuenta que para esta fecha la deuda con el Banco ascendía a $ 13.450.000.oo el déficit *real* era de $ 890.446.oo el que fue remediado cuatro días más tarde al cancelar los deudores $ 590.000.oo, quedando reducida la acreencia a $ 12.500.000.oo (cfr. 169 vto.). Luego, no estaban atrasados en su pagos y sí poseían bienes para respaldar la deuda..."; agregando, que no es cierto el carácter de inmodificable que le dio el *a quo* al contrato de prenda suscrito entre las partes toda vez que el acreedor prendario aceptó que "debían mantenerse bienes suficientes"; no hizo uso del derecho que tiene a dar por terminado el contrato haciendo efectiva la obligación con su correspondiente indemnización, sino que se limitó a solicitar el "reemplazo" de los bienes y que el artículo 364 del Código Penal exige como elemento compositivo del tipo penal la ausencia del consentimiento del acreedor prendario "pues de existir el consentimiento, la conducta se desnaturaliza y, por ende, se convierte en atípica".

Alegato de la parte civil:

El apoderado de la parte civil, en representación del Banco de Colombia, mediante escrito presentado dentro del término de traslado a las partes no recurrentes, se opone a la prosperidad del recurso interpuesto solicitando la confirmación de la sentencia impugnada fundado para ello en los siguientes razonamientos:

El contrato de prenda sin tenencia de bienes celebrado entre las partes contratantes con estricta sujeción a las formalidades legales obliga a su estricto cumplimiento. La prenda así constituida era la única garantía del Banco para la efectividad del crédito otorgado en caso de incumplimiento por parte de los deudores prendarios.

Los representantes de la compañía deudora se comprometieron con la entidad acreedora a conservar y no disponer de los bienes dados en prenda sin su expresa autorización "pues ésta era de la esencia del contrato".

Al observar el Banco que parte del patrimonio ofrecido en garantía estaba siendo menguado "no tenía otra alternativa que por medio de su gerente, llamar cordialmente a los deudores para que se allanaran al cumplimiento de sus obligaciones y es por eso honorables Magistrados que el doctor Francisco Javier Villegas gerente de la institución les ofreciera algunas fórmulas de solución, les ayudara para que devolvieran la prenda o la complementaran o la pusieran al día o la volvieran 'rotativa' o le pusieran cualquier otro nombre o denominación etc.,

con tal que se allanaran para cumplir su obligación y al no hacerlo comenzaron a surgir las discrepancias y con ellas la denuncia penal y su investigación que hoy es objeto de este recurso de casación".

Luego expresa:

"No estaba en mente de la gerencia de Popayán cambiarle la denominación jurídica a la prenda o para decirlo mejor sacarla de los marcos legales de que viene siendo amparada por la disposición del artículo 364 del Código Penal y que precisamente para tal efecto revistió de los aspectos y formalidades legales otorgados para tal fin; ... hubiera tenido en su mente en su pensamiento o mejor aún en su subconsciente, que con tales afirmaciones estaba cambiándole el aspecto jurídico a la negociación, no lo habría expresado ni lo habría hecho. Porque para eso hubiera echado mano directamente de las estipulaciones enunciadas por el señor casacionista doctor Velasco Guerrero, para decirlo expresamente a 'Cicol' que este contrato lo regiría por los artículos 532 del Código de Comercio y sus similares así como las disposiciones del 1216 y 1218 *ibídem*".

Y agrega que la diligencia de inspección judicial denegada por el juzgado dentro del término probatorio de la causa "no tenía razón de ser, porque el oficio o la carta del folio 20 le estaba diciendo a los señores deudores que por favor mejoraran la garantía que ya estaba expuesta, porque el Banco de Colombia en su inspección ocular interna los encontró desfallecidos, porque el juzgado de conocimiento solamente les computó tres millones de devaluados pesos contra tan voluminosa suma que les había prestado el banco y porque finalmente, para demostrar su actitud dolosa echara mano de los concordatos preventivos en tono suplicante de que se estaba ante un incumplimiento de su efectividad que debería ejercitarse en jurisdicción distinta a la penal, porque no se puede dejar de lado que ese crédito del Banco de Colombia sí fue calificado y graduado en ese concordato preventivo obligado y solicitado por la compañía comercial 'Cicol Ltda.'".

Consideraciones de la Corte:

Para la Sala resulta incuestionable, que mediante el contrato de prenda sin tenencia del acreedor, suscrito el 8 de febrero de 1982 entre el Banco de Colombia, Sucursal de Popayán y la sociedad comercial "Cicol Ltda.", representada por su gerente Juan Castrillón Valencia para garantizar un crédito de $ 30.000.000.oo otorgado por aquél, ésta pignoró las mercancías, equipos y máquinas allí especificadas las que se encontraban depositadas en un local de la carrera 7ª número 12 46 de la nomenclatura urbana de esa ciudad, por un valor de $ 24.221.863.oo comprometiéndose a no retirarlas de dicho lugar "sin previo consentimiento expreso" del Banco acreedor permitiéndole la inspección de las mismas.

Se convino entre las partes contratantes que los bienes afectados a la prenda, garantizaban la totalidad de la obligación por concepto de capital, intereses y gastos de cobranza y el gravamen así constituido estaría "vigente por todo el tiempo que el *deudor* tenga obligaciones pendientes con el Banco de Colombia", quien podrá dar por vencidos los plazos de todas las obligaciones a cargo de la sociedad comercial

"Cicol" en los eventos de que ésta trasladare en todo o en parte los bienes dados en prenda fuera de las instalaciones determinadas, si los bienes materia del contrato sufrieren desmejora o desprecio que a juicio del banco no prestaren suficiente garantía o, si los mismos fueren "enajenados total o parcialmente sin autorización escrita del Banco de Colombia" (fls. 5 a 12 del expediente).

Cuatro y medio meses después de celebrado el contrato de prenda (24 de junio de 1982) con sujeción a la ley mercantil y de su registro en la Cámara de Comercio del lugar, el banco acreedor en uso del derecho de inspeccionar los bienes pignorados estableció un faltante equivalente a $ 11.662.309.oo (fls. 13 y ss. *ibidem*), irregular situación que el gerente de dicha entidad puso en conocimiento de los deudores prendarios mediante comunicación escrita que debe entenderse fechada el 7 de julio de 1982 y no el 6 de junio por ser posterior a la fecha de inspección e inventario físico de mercancías, haciéndoles ver que éstas habían sido "vendidas por ustedes sin aviso al Banco de Colombia" (fl. 20 *ibidem*), sugiriéndoles la necesidad de "mejorar la garantía dándole salida a los bienes vendidos y constituyendo existentes hasta completar la suma de $ 16.000.000.oo" para garantizar la deuda pendiente de trece millones de pesos, descontando los abonos hechos al crédito y urgiéndolos para que constituyeran la "nueva prenda a la mayor brevedad posible, con el fin de legalizar las garantías, de acuerdo con la conversación personal sostenida la semana pasada en esta gerencia con el doctor Juan Castrillón Valencia".

Con fundamento en estos hechos, que el censor no controvierte, los juzgadores de instancia dieron por demostrada la existencia del delito denominado "disposición de bien propio gravado con prenda" y la culpabilidad que en el mismo les correspondía a los procesados a título de dolo por haber enajenado gran parte de los bienes propios que voluntariamente gravaron con prenda para responder por la obligación contraída y cuya tenencia conservaban, comportamiento que ocasionó notorio perjuicio a los intereses económicos del acreedor prendario, infracción ésta "consumada" desde el momento mismo en que los acusados en su condición de deudores prendarios dispusieron de los bienes pignorados sin autorización del Banco de Colombia.

El tipo penal que describe dicha conducta (art. 364 del C. P.) se inspiró en el artículo 4º del Decreto 1747 de 1942, que aludía al abandono o disposición de cosas "dadas en prenda agraria o industrial" con la novedad de hacer extensiva la tutela penal a cualquier bien de propiedad del deudor que hubiere sido gravado con prenda y cuya tenencia conservare protegiendo al acreedor de todo acto fraudulento del deudor que se traduzca en abandono, ocultamiento, transformación, enajenación o disposición de los bienes gravados con prenda.

Trátase, entonces, de un delito de conducta alternativa y de resultado en el que el interés jurídico protegido es el derecho patrimonial del acreedor prendario sobre la cosa dada en garantía frente a los abusos y desmanes del deudor que conservando su tenencia puede incurrir en cualquiera de los comportamientos descritos en detrimento de los intereses patrimoniales del acreedor.

Atendida la naturaleza jurídica de la prenda sin tenencia del acreedor, reglamentada por los artículos 1207 y siguientes del Código de Comercio y conocida también como prenda venal o sin desplazamiento, se puede afirmar que es un contrato de garantía real de una obligación que da al acreedor la facultad de perseguir el bien sujeto al gravamen para hacerse pagar preferencialmente con su producto, y en el cual el escrito de constitución seguido de su registro es solemnidad de su propia existencia y elemento de oponibilidad frente a terceros, según las voces de los artículos 1209 y 1210 ibidem.

Entre los deberes legales impuestos al deudor prendario están los de propender por la conservación de los bienes pignorados con las mismas obligaciones y responsabilidades del depositario (art. 1212 ibidem*) no pudiendo variar su lugar de ubicación "sin previo acuerdo escrito con el acreedor", prohibición cuya violación como la de cualesquiera de las obligaciones del deudor, da derecho al acreedor para solicitar y obtener la entrega inmediata de la prenda o el pago de la obligación "aunque el plazo de ésta no se halle vencido, sin perjuicio de las sanciones penales correspondientes" (art. 1213* ibidem*).*

El artículo 1218 del citado Estatuto, establece que "en el contrato se regulará la forma de enajenar los bienes gravados y sus productos".

En ese orden de ideas, una vez perfeccionado el contrato de prenda sin tenencia y registrado en la Cámara de Comercio, surte plenos efectos entre las partes contratantes. En el presente caso, los deudores prendarios carecían de poder dispositivo sobre los bienes pignorados puesto que este atributo del dominio había sido por ellos renunciado en favor de la entidad crediticia que se reservó el derecho de autorizar su enajenación y porque en el documento contentivo del convenio no se acordó la forma de enajenar o utilizar los bienes gravados como lo autoriza la norma últimamente mencionada.

Por lo tanto, asiste plena razón a los juzgadores de instancia que profirieron el llamamiento a juicio y la sentencia de condena al considerar que el delito imputado se había agotado en el momento mismo en que los sindicados con claro desconocimiento de las obligaciones contraídas dispusieron de gran parte de los bienes afectos a la prenda, despojando al banco acreedor de la única garantía que tenía como seguridad del crédito concedido con evidente perjuicio de sus intereses patrimoniales.

La demanda, por el contrario, se orienta a demostrar que el Tribunal Superior emitió el fallo acusado a pesar de existir en el expediente la prueba demostrativa de que el Banco de Colombia consintió que los bienes dados en prenda pudieran ser enajenados, con el fin de que el producto así obtenido, se abonara a la obligación prendaria con la condición de que fueran reemplazados por otros de valor equivalente mediante la modalidad contractual que las partes denominan "prenda rotatoria".

Y que la equivocada conclusión a que llegó el fallador se originó en manifiestos errores de hecho en la apreciación del caudal probatorio por haber ignorado el documento a que se contrae la comunicación visible a folio 20 del informativo y la prueba testimonial consistente

en la ampliación de denuncia del gerente Francisco Javier Villegas visible a folio 52, demostrativas del asentimiento del banco a la enajenación de los bienes pignorados y, las confesiones calificadas de los sindicados en el sentido de haber dispuesto de tales bienes sustituyéndolos por otros pero manteniendo existencias en inventarios por valor igual o superior al monto de sus obligaciones y además, por haber supuesto la prueba de la inexistencia de dichos inventarios, con base en la negación de la solicitada por la defensa en el término probatorio del enjuiciamiento "justamente para demostrar el aserto contrario afirmado por los acusados".

Planteada así la censura, no cabe duda que el impugnador se propuso comprobar que el consentimiento prestado por el sujeto pasivo del delito, en este caso el Banco acreedor, excluye de toda ilicitud la conducta observada por los procesados por ausencia de antijuridicidad en su comportamiento.

Sin embargo, es verdad doctrinariamente aceptada, que este fenómeno de exclusión del delito, exige, entre otros requisitos, que el consentimiento dado por el titular del derecho jurídicamente tutelado por la ley sea anterior, o por lo menos, coetáneo a la realización del hecho típico, pues la ratificación a posteriori no tiene la virtud de sustituir el cosentimiento que no existió al momento de la realización de la conducta.

Ya se vio en el caso *sub exámine*, el acreedor prendario no consintió la disposición de los bienes pignorados antes o al momento en que se constató la disminución de la prenda sino que, posteriormente ratificó una anómala situación que no propició ni menos autorizó, con la única finalidad de asegurar la efectividad del saldo pendiente ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales de los deudores prendarios a condición eso sí, que éstos se allanaran a constituir a la mayor brevedad la nueva prenda que legalizara las garantías, recomendación que a la postre no cumplieron.

En otras palabras, cuando el acreedor prendario, solicitó del deudor el reintegro de los bienes gravados con prenda, éste ya había dispuesto de ellos y la defraudación contemplada en el artículo 364 se había agotado por haber realizado el actor la conducta descrita en la norma como punible.

Así resulta del claro texto del contrato de prenda, de la denuncia y su ampliación y de la comunicación de folio 20, sin que sobre el particular sean de recibo las afirmaciones de los sindicados en el sentido de haber procedido a la enajenación de tales haberes ya que entendieron que conforme al giro ordinario de sus negocios y a las conversaciones sostenidas con directivos del Banco, el gravamen originalmente constituido se había trocado en "prenda rotatoria" por voluntad de las partes contratantes, modalidad que les permitía sustituir o reemplazar unas mercancías por otras de equivalente valor conservando en inventarios existencias suficientes para responder por sus obligaciones, pues las pruebas mencionadas categóricamente infirman dichas apreciaciones.

Sobre este aspecto, es preciso hacer notar que de los términos en que aparece concebida la comunicación de folio 20, dirigida por el gerente del Banco de Colombia a los representantes de la empresa comercial "Cicol" y de su ampliación de denuncia de folio 52, ordenada

por el funcionario instructor con el objeto de que informara a cuánto ascendía el faltante ya detectado, conociera el resultado de la inspección judicial que estableció que los bienes prendados sólo representaban un valor de $ 3.114.890.oo y suministrara otros datos que pudieran interesar a la investigación no resulta palmario y concluyente, como se afirma en la demanda, que el representante del banco afectado como lo pregonan los hermanos Castrillón Valencia, hubiera aceptado el carácter rotatorio de la prenda dada la naturaleza circulante de los bienes pignorados.

Propuso sí, la variación del valor de la prenda, habida cuenta de los abonos hechos a las obligaciones vigentes, instando a los deudores prendarios a que "constituyeran" a la mayor brevedad la "nueva prenda" para legalizar las garantías, de acuerdo a lo convenido en conversación sostenida con el doctor Juan Castrillón Valencia, pero en ningún momento dio su asentimiento al cambio de la prenda pactada por otra de carácter rotatorio, como se desprende del siguiente pasaje de la ampliación de la denuncia:

"Quiero agregar que la prenda es la única garantía que tiene el banco para el cobro de esta deuda, todo movimiento de esta prenda tiene que ir autorizado y consultado previamente por el Banco de Colombia, como no se hizo esta averiguación por parte de Cicol al Banco, nos vemos desamparados en la deuda, aclaro, en la prenda. La vigencia de la prenda vence el día que se cancele la totalidad de la deuda, tal como se convino en el contrato. La prenda puede ser rotatoria siempre y cuando el valor de la prenda no se disminuya. Agrego que la desmejorada de la prenda, según los arqueos realizados por el banco y que reposan en el expediente, se nota a simple vista que no respaldan el capital que deben y en ningún momento se pidió autorización al banco" (fls. 52 y 52 vto. *ibídem*).

La expresión "*puede*", utilizada por el deponente para referirse a la prenda rotatoria envuelve una contingencia o posibilidad de que una cosa pueda ocurrir o no, mas no equivale como es obvio, a la afirmación de su ocurrencia.

Significa lo dicho, que el hecho que recoge la prueba presuntamente excluida de significación por el sentenciador no conduce a demostrar de modo ostensible o manifiesto que el banco acreedor autorizó o consintió el carácter "rotatorio" de la prenda con las consecuencias legales que pretenden derivarse a más de que sobre su verdadero sentido y alcance existen criterios encontrados.

No obstante, que los bienes pignorados, por su propia naturaleza, pueden reputarse como "activos circulantes" de un establecimiento de comercio, el contrato de prenda suscrito entre las partes no se hizo extensivo a dichos activos, máxime que los mismos no pueden darse en garantía bajo la modalidad de la prenda sin tenencia o sin desplazamiento, en forma aislada, sino que únicamente pueden quedar afectos a la prenda del establecimiento de comercio, según las previsiones del artículo 532 del Código de Comercio.

La llamada "prenda rotatoria", más conocida como "prenda flotante", posibilita cambiar el objeto de la misma sin que por ello se entienda que se ha constituido una nueva garantía.

Arguye el demandante, que el fallador de segundo grado, incurrió además, en manifiesto error de hecho por suposición de prueba al dar por cierto, sin estarlo, que los bienes vendidos por los deudores prendarios jamás fueron reemplazados o sustituidos por otros de idéntico o similar valor a pesar de que aquellos en forma reiterada manifestaron disponer de bienes suficientes, a órdenes del Banco de Colombia, para responder por el valor de la prenda rotatoria otorgada a su favor y que la prueba solicitada por la defensa orientada a probar tal circunstancia fue inexplicablemente denegada por el juzgado del conocimiento.

Establecido para la Sala, que el delito imputado se perpetró en el momento mismo en que los procesados dispusieron de parte de los bienes propios afectos a una garantía real, cuya tenencia conservaban, sin autorización del acreedor prendario, comportamiento con el que le causaron evidente perjuicio patrimonial y que el Banco de Colombia no consintió en que se cambiara la naturaleza jurídica de la prenda por una de carácter "rotatorio" que posibilitara la reposición de los activos circulantes, la anterior argumentación pierde toda consistencia y significación.

Las precedentes consideraciones llevan a concluir que los yerros probatorios atribuidos al Tribunal sentenciador por falta de apreciación de unas pruebas, o por suposición de otras, no reúnen los caracteres de lo ostensible o protuberante; es decir, de aquello que puede apreciarse a primera vista, ni inciden de modo definitivo sobre los elementos estructurales del delito, o sobre las pruebas determinantes de la condena, por lo que los cargos formulados a la sentencia no están llamados a prosperar.

Finalmente, a manera de anotación marginal, estima esta Corporación, que no constituye motivo de nulidad por inobservancia de las formas del debido proceso, el hecho de que la Magistrada ponente que revisó la sentencia de primera instancia, haya sido la misma que en su carácter de juez profirió el auto enjuiciatorio, como ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos similares.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oído el concepto y la alegación de las partes no recurrentes y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida a nombre de los procesados Juan y Darío Castrillón Valencia, de origen, fecha y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VEREDICTO. CASACION

En los procesos donde la base de la sentencia la constituye la voluntad popular, es inatendible la controversia sobre la prueba en sede de casación, pues se adentraría la Corte en el campo de la contraevidencia que, por disposición de la ley, es cuestión privativa de la jurisprudencia en el trámite de las instancias

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

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 32 de mayo 13 de 1987.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de julio 18 del año inmediatamente anterior confirmó integralmente la proferida por el Juzgado Tercero Superior de dicho Distrito Judicial en la cual condenó a *Arturo Romero Gómez* a la pena principal de diez (10) años de prisión y a las accesorias de ley por el delito de homicidio. El defensor del procesado interpuso contra el fallo de segundo grado, recurso de casación que fuera concedido por el *ad quem* y declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda que se estimó ajustada a los requerimientos formales establecidos por el legislador y allegada la opinión del Ministerio Público se procede a resolver:

Hechos:

En las horas de la mañana del 21 de abril de 1983 el Alcalde Municipal de Leticia (Amazonas) practicó en el barrio El Porvenir, el levantamiento del cadáver de Osea Artunduaga San Juan que, presentaba múltiples heridas ocasionadas con arma cortopunzante (fls. 1 ss.).

Actuación procesal:

1º La investigación penal fue iniciada por el Juzgado 2º Penal Municipal de Leticia que decretó la detención preventiva de Arturo Romero Gómez y Lucio Antonio Silva Mendoza, y, practicó las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos materia de la averiguación (fls. 16 y 60).

2º El conocimiento del proceso se atribuyó al Juzgado Tercero Superior de Bogotá que en providencia de marzo 24 de 1984 dictó auto de proceder en contra de los implicados por el delito de homicidio. Tal

determinación fue apelada y confirmada en todas sus partes por el juez de segundo grado (fls. 119 y 261 cuaderno Nº 1 y 20 y ss. cuaderno Nº 2).

3º Tramitada la causa, el 11 de abril de 1986 se celebró audiencia pública al término de la cual el jurado respondió a la única cuestión propuesta por el juez de derecho, mayoritaria y afirmativamente sobre la responsabilidad del acusado, de la siguiente manera:

Luz Mila Murcia de Erazo: *"No"*; Juan de Jesús Forero Baracaldo: *"Sí"* y Pedro Urrea Martínez: *"Sí"*.

4º En abril 29 del año inmediatamente anterior se dictó sentencia en la cual se acogió el veredicto y se condenó al procesado Arturo Romero Gómez a la pena principal de diez (10) años de prisión y a las accesorias de ley por el delito de homicidio en la persona de Osea Artunduaga San Juan, pues, respecto a Luis Antonio Silva Mendoza, dado su fallecimiento, se dispuso la cesación del procedimiento adelantado en su contra. Impugnado el fallo, fue aprobado integralmente por el Tribunal Superior de Bogotá que, en detalle, expresó los motivos para rechazar la contraevidencia del veredicto invocada por la defensa, así como sus planteamientos respecto a la prueba aportada al plenario (fls. 499 cuaderno 1 y 18 cuaderno del Tribunal).

La demanda de casación:

Dentro del marco de las causales tercera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante ataca la sentencia condenatoria por haberse proferido con fundamento en un veredicto contradictorio, y, en juicio viciado de nulidad.

Desarrolla los cargos de la siguiente manera:

Veredicto contradictorio: Sostiene que se emitieron dos veredictos sobre un mismo cuestionario, los cuales se excluyen recíprocamente: Uno oral y colectivo que fue publicitado por el juez de la causa donde los jurados unánimemente negaron la responsabilidad de Romero Gómez, y, otro, escrito, y, firmado en forma individual, en cuyo texto dos de los integrantes del Tribunal Popular respondieron afirmativamente la pregunta que les formuló el Juez Tercero Superior de Bogotá.

Nulidad supralegal: Afirma que el fallo atacado se sostiene en juicio viciado de nulidad constitucional, pues se contrarió la voluntad del artículo 26 de la Carta Política, al adelantarse y culminarse la actuación sin la observancia de las formas propias de un debido proceso, por las siguientes razones:

a) La decisión que se profirió para culminar el trámite de las instancias, se apoyó en un veredicto contradictorio y por ende, inexistente, según las argumentaciones resumidas en la censura precedente;

b) La sentencia es el producto de una investigación donde se violó palmariamente el derecho de defensa, ya que existen versiones creíbles de cuyo contenido se infiere que el sentenciado no se encontraba en el sitio donde los hechos tuvieron su iniciación, siendo inatendibles los testimonios que anuncian lo contrario, por ser notoriamente sospechosos.

Lo anterior, unido a la falta de práctica de varias pruebas de vital importancia y a la deficiente instrucción que acepta la misma calificación sumarial cuando consignó que serias dudas flotaban en el ambiente procesal, es suficiente para que, según su criterio, se invalide la actuación y se disponga el retorno del informativo al juez del conocimiento en orden a subsanar los yerros aludidos.

Como normas infringidas señaló el actor los artículos 26 de la Constitución Nacional, 335, 407, 519 y 535 del Código de Procedimiento Penal.

Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Sala:

Razón le asiste a la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal cuando relieva la manera antitécnica como el demandante analiza un mismo hecho bajo el enfoque de distintas acusaciones y cuando pretende a través de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, reabrir el debate probatorio en un juicio donde interviene el jurado de conciencia.

No obstante, más que los desaciertos en el manejo del recurso extraordinario de casación a que alude el Ministerio Público, son los claros e inequívocos fundamentos de orden legal y probatorio en que se apoyó la sentencia acusada, los que sirven para desechar los planteamientos de la demanda.

Veámoslo:

Veredicto contradictorio:

Tradicionalmente ha sostenido la Corte que existe contradicción en el fallo que emiten los jueces del pueblo, cuando su texto lleva implícitas proposiciones que mutuamente se rechazan, porque, las ideas diversas y contrapuestas de su contenido resulta indescifrables, pues, de aceptarse una, la otra que la niega, está destinada a desaparecer, rompiéndose así la unidad e integridad de la determinación del jurado. Uno de los pensamientos se ha dicho, puede estar de acuerdo con los hechos demostrados, pero, si luego se expresa otro que contradice, niega o anula el anterior, la voluntad del Tribunal Popular se torna confusa y contradictoria; y, desaparece como sustento de la sentencia por ser, consecuencialmente inexistente.

En el caso que ahora examina la Corte, la mayoría de los jurados respondieron el cuestionario con un *"sí"*, inequívocamente demostrativo de que se afirmó la responsabilidad del acusado como autor del homicidio cometido en la persona de Osea Artunduaga San Juan. Esta respuesta, fue confrontada con la realidad procesal en el fallo impugnado mediante amplio y suficiente examen del recaudo probatorio, para concluir con claro y razonado criterio que, estaba imbuida de la necesaria certeza moral para servir de apoyo a la sentencia, siendo improcedentes los alegatos de la defensa que afirmaron la contraevidencia de la veredicción.

Aparece de lo anterior como ingenua sugerencia huérfana de todo respaldo y seriedad científica, la tesis expuesta por el demandante en

procura de hallar la inexistencia de un veredicto que, ni siquiera el propio defensor se atrevió a proclamar cuando en el deseo de derrumbar el fallo de primera instancia, lo apeló, pero, con el argumento de ser contraevidente el fallo popular, con lo que, aceptó su perfección y se limitó a censurarlo por entender, dentro de un encomiable ejercicio del derecho de defensa, que contrariaba notoriamente la realidad de los hechos demostrada en el proceso.

Todo se reduce en el caso presente a un error, por supuesto involuntario, por parte del presidente de la audiencia, cuando en aplicación de los principios de publicidad, oralidad y contradicción que informan el ordenamiento procedimental, dio cumplimiento a sus mandatos al hacer la lectura del veredicto, aunque de manera incompleta (sobre la página original del cuestionario), pues como bien lo aclaró uno de los integrantes del Tribunal Popular y se hizo constar en la diligencia, el voto no fue unánime sino mayoritario e individual, para significar como bien lo entendió el juzgador de derecho, que en las copias, cada uno de los jueces populares expresó su voluntad afirmativa de responsabilidad de manera distinta a como lo suscribió el otro en la primera hoja.

Nulidad supralegal:

a) La que reclama con los mismos argumentos de ser inexistente el veredicto queda ampliamente estudiada con los comentarios y argumentos expresados para rebatir la tesis anterior, bastando sólo agregar que, el lapsus en que incurrió el señor Juez Tercero Superior no puede ni siquiera remotamente enervar la nulidad alegada, pues el empleo por parte del jure del adverbio de negación *"no"* en forma mayoritaria mal puede aparejar contradicción alguna por imposibilidad absoluta, y, por cuanto, no existe tampoco en consecuencia, la mínima posibilidad de que con ellos se haya causado el más leve menoscabo a la defensa;

b) *Que se quebrantaron los derechos del procesado en razón de las dudas que asoma el panorama procesal y que reconoció el propio juez del conocimiento, no obstante lo cual, no se practicaron las pruebas necesarias al esclarecimiento de los hechos materia de la averiguación, es otro de los criterios del censor que resulta inaceptable.*

En los juicios en que interviene el jurado de conciencia, si el juzgador en la sentencia reconoce la validez del veredicto por su claro tenor y por razón de su examen con la realidad procesal, resulta inatacable la decisión que pone fin a la segunda instancia, y, con mayor razón por el camino de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuando, lo que se pretende es oponer a la legitimidad del fallo judicial un criterio puramente personal sobre la prueba, y, equivocado como ocurre en este caso.

Es conveniente señalar en este punto, además, que en los procesos donde la base de la sentencia la constituye la voluntad popular, es inatendible la controversia sobre la prueba en sede de casación, pues se adentraría la Corte en el campo de la contraevidencia que, por disposición de la ley es cuestión privativa de la jurisprudencia en el trámite de las instancias, igualmente, por cuanto, es tradicional y pacífica posición de la Corporación sostener que, resulta infructuoso en esta clase de asuntos perseguir la prosperidad de la impugnación en el

examen de los elementos de convicción allegados al expediente y tenidos en cuenta por el jurado para emitir su veredicto. Ha dicho la doctrina, que los jueces del pueblo deciden con exclusividad dentro de los límites que demarca su conciencia, por íntima convicción sobre la responsabilidad del acusado, con la más absoluta libertad y sin sometimiento alguno a la tarifa legal de la prueba, por lo que, no es factible oponerle a su determinación reflexiones de contenido jurídico, ya que, de otra parte, no es dable precisar, cuáles fueron las probanzas que en definitiva convencieron a sus integrantes para absolver o condenar al procesado.

En consecuencia, el examen de la prueba propuesto por el impugnante se opone al esquema natural de juzgamiento previsto por el legislador en los casos en que interviene el jurado, así, se alegue nulidad por la vía de la causal invocada por el demandante.

Finalmente, no sobra agregar para despejar la confusión en que se encuentra el censor, que, cuando el juez del conocimiento admitió serias fallas en la instrucción, lo hizo con clara referencia al procesado Julio César Fierro Rodríguez y nunca con relación a Arturo Romero Gómez, quien, ante la fortaleza de la prueba testimonial e indicial en su contra fue llamado a responder en juicio criminal por el delito de homicidio.

Todo lo dicho, conlleva a la necesidad de rechazar los cargos de la demanda.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

HURTO. EXTORSION

En el hurto con violencia la víctima es despojada de lo suyo contra su voluntad, al paso que en la extorsión entrega voluntariamente la cosa, aunque quebrantada por el miedo o la amenaza de un mal futuro

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

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*.

Aprobado Acta número 35.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, al revisar por vía de consulta el fallo absolutorio dictado por el Juzgado 71 de Instrucción Criminal Especializado de esta ciudad, lo revocó mediante el suyo de 18 de junio de 1986 y en su lugar, condenó a los procesados *Miguel Angel Perdomo Vélez* y *Rodolfo Emilio Patiño Conde* a la pena de 38 meses de prisión como responsables de los delitos de extorsión y violación de habitación ajena, en concurso de hechos punibles, decisión contra la que su defensor interpuso recurso de casación concedido por el Tribunal y declarado admisible por la Corte.

Hechos y actuación procesal:

Los que dieron origen a la formación del proceso aparecen fielmente reseñados por la Procuraduría Delegada de la siguiente manera:

"Los justiciables Perdomo Méndez y Patiño Conde fueron expulsados de la Escuela de Policía General Santander, donde hacían curso para oficiales de la Institución y tuvieron oportunidad de conocer al hoy Subteniente Leonardo Germán Sarmiento Latorre, a quien llamaron para proponerle les colaborase en su actividad de descubrir vendedores de estupefacientes y luego de constreñir a éstos a entregar dineros u objetos a cambio de dejarles en libertad, puesto que aquellos se presentarían como Tenientes u Oficiales de la Policía. Es decir, pusieron en conocimiento previo de Sarmiento Latorre que venían dedicándose a tan ilícito proceder.

"Sarmiento Latorre, fingió ingresar a la empresa delictiva, y a la vez dio cuenta a sus superiores jerárquicos de ello. Fue así como se montó especial operativo y simultáneamente aquél convino con los incriminados que el día 24 de enero de 1985 allanarían el apartamento de la señora Bedoya Londoño, ubicado en la Avenida Caracas número 60-88 de esta ciudad, de quien se sabía expendía "basuco", lo cual se

cumplió a cabalidad penetrándose allí violentamente, encañonándose a los presentes, identificándose como oficiales de la Policía y exigir entrega de dineros, joyas y otros objetos a la señora Bedoya, so pena de enviarle a la cárcel, puesto que efectivamente se hallaron papeletas contentivas de estupefacientes, conforme al positivo dictamen pericial allegado que demandó separado procesamiento por narcotráfico.

"Como fruto del previo operativo montado, Perdomo y Patiño fueron sorprendidos *in fragranti* y capturados allí mismo".

Con fundamento en el informe rendido por el Jefe del Grupo contra atracos y secuestros del Departamento de Policía SIJIN y de los elementos recogidos, el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de esta ciudad inició la investigación oyendo en indagatoria a los capturados Perdomo Vélez y Patiño Conde a quienes les definió la situación jurídica, disponiendo su detención precautelar por los delitos de usurpación de funciones públicas, violación de habitación ajena y extorsión (fls. 109 a 125 del cuaderno principal).

Cerrada la investigación, el Juzgado 71 de Instrucción Criminal Especializado siguiendo el procedimiento establecido en la Ley 2ª de 1984, por auto del 14 de septiembre de 1985, citó a audiencia a los procesados Miguel Angel Perdomo Vélez y Rodolfo Emilio Patiño Conde por el delito de extorsión en concurso material con los de usurpación de funciones públicas y violación de habitación ajena (fls. 379 a 390 *ibidem*).

El apoderado de los incriminados solicitó la nulidad de dicho pronunciamiento aduciendo que no se configuraba el delito de extorsión, sino el de hurto calificado por cuanto no existió solución de continuidad entre la intimidación y el apoderamiento de los bienes que caracteriza aquella infracción, petición denegada por el juzgado y contra la que interpuso recurso de apelación concedido en el efecto devolutivo.

El Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de febrero 18 de 1986 confirmó la decisión impugnada con la modificación de que la conducta imputada sólo tipificaba los delitos de extorsión y violación de habitación ajena (fls. 20 a 22 del cuaderdo del T. S.).

Celebrada audiencia pública, el juzgado de instancia absolvió a los acusados, en fallo consultado con el Tribunal Superior y por éste revocado mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

Bajo el ámbito de las causales cuarta y primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se formulan sendos cargos a la sentencia impugnada, así:

Causal cuarta:

Nulidad de orden legal por haberse incurrido en el auto de llamamiento a audiencia pública en error relativo a la denominación jurídica de la infracción (art. 210-5 del C. de P. P.), puesto que la conducta investigada correspondía al delito de hurto calificado mediante penetración arbitraria en lugar habitado (art. 350-3 del C. P.) que da competencia a los jueces penales municipales, promiscuos municipales o

penales del circuito, según la cuantía y no al de extorsión, reparo que el libelista fundamenta en estas consideraciones:

"En el caso *sub lite*, el apoderamiento de la cosa mueble fue concomitante con el empleo de amenazas o violencia sobre las personas. Así las cosas, el comportamiento se subsume en la descripción legal del artículo 349 y por la modalidad comportamental es calificado, puesto que en la extorsión —dice la Corte— "la obtensión (sic) del objeto material no es concomitante con el empleo de violencia, porque generalmente existe un intervalo de tiempo entre el efecto intimamente y la entrega del bien perseguido, circunstancia que diferencia esta infracción con otras realizadas contru la propiedad" (Casación del 27 de febrero de 1948, LXV, pág. 83).

"En el caso estudiado —agrega— no hubo intervalo de tiempo entre el empleo de amenazas y el apoderamiento sino absoluta inmediatez, por cuanto la intención de los sujetos activos iba dirigida a hurtar 'nos dijeron a todos quietos que esto es un atraco' (fl. 69). Así las cosas, cumplida la hipótesis criminosa, sería insólito que pretendieran regresar al sitio del atraco a cumplir supuestas amenazas sobre males futuros, amenazas que siempre se realizan, dice la Corte, 'para evitar toda posiblidad de resistencia'. Casación del 25 de febrero de 1949, LXV, página 467. Sin que por este motivo el hurto se troque en extorsión, puesto que lo que importa es el tiempo".

Causal primera:

Violación indirecta de la ley por error de hecho consistente en haberse ignorado o dejado de apreciar por el Tribunal sentenciador la segunda declaración rendida por María Teresa Betancur Eusse en la que manifestó haber mentido en su primera exposición, por fuerza de la amenaza de muerte lanzada por la señora Carmen Helena Bedoya explicando en cambio, no haber escuchado que los ocupantes del apartamento hubieran sido víctima de exigencias de dinero por parte de las personas que penetraron violentamente al inmueble.

Esta afirmación de la deponente, corroborada con otros testimonios, no fue tenida en cuenta por el fallador dando por cierto, sin serlo, que los procesados exigieron $ 300.000.oo a los moradores del apartamento, obteniendo de ellos la suma de $ 150.000.oo, manifestación esta última que no aparece consignada en autos.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, examinando conjuntamente los cargos formulados solicita desestimar el recurso porque la demanda adolece de protuberantes fallas que la hacen antitécnica.

Afirma en efecto, que el censor desconoce el principio de no contradicción al plantear causales incompatibles y excluyentes, pues al invocar la cuarta, niega la validez del proceso, la que luego supone al sustentar la primera y que, en desarrollo del cargo por violación indirecta de la ley no menciona las normas procedimentales infringidas ni las de carácter sustantivo que pudieron ser quebrantadas por el sentenciador.

Refiriéndose sin embargo, a los reproches formulados opina que la tesis de la "inmediatez" alegada por el recurrente, para demostrar la configuración del hurto calificado en lugar de la extorsión carece de fundamento procesal y que "...la doctrina moderna reputa tal criterio diferencial como puramente artificioso y ofrece soluciones más lógicas y convincentes como las siguientes: Tanto en la extorsión como en el hurto la entrega puede ser inmediata con un mínimo de intervalo de tiempo, conforme a la tendencia italiana, fuente de nuestro derecho penal; en el hurto, hay apoderamiento de la cosa, en la extorsión un acto de disposición patrimonial de cualquier epecie: Otorgamiento de documentos, entrega de dineros, cancelación de obligaciones, etc.; en el hurto, la coacción es absolutamente completa, en la extorsión es relativa por la posibilidad de elegir entre el daño futuro y la entrega del bien; el hurto tan sólo alude a bienes muebles, la extorsión puede extenderse a inmuebles, derechos u obligaciones en general".

Agrega, que la prueba omitida por el juzgador de segundo grado en nada incide en la parte resolutiva de la condena ya que el estado de flagrancia y las testificaciones de la señora Bedoya Londoño y el Teniente Sarmiento Latorre "daban y dan fundamento para sustentar el fallo condenatorio impugnado".

Consideraciones de la Corte:

A primera vista se advierte, como anota la Procuraduría Delegada, que la demanda resulta contradictoria, en su planteamiento, y fundamentación puesto que, al amparo de diferentes causales de casación se alega en primer término como motivo de nulidad un error en la denominación jurídica de la infracción que necesariamente repercute en la competencia del juez, por cuanto el conocimiento del hurto calificado corresponde a los jueces penales ordinarios, según la cuantía, al paso que la extorsión compete de modo privativo a los jueces especializados creados por la Ley 2ª de 1984, artículo 12; y de inmediato se aduce violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, evento éste en el que la competencia es presupuesto necesario del actuar judicial; es decir, que el demandante pregona de un lado la invalidez del proceso por vicios en su formación y a renglón seguido admite que es válido, aunque desconociéndose una prueba determinante de la existencia de uno de los delitos que motivaron el enjuiciamiento y la condena, calidades opuestas que terminan por excluirse.

El desconocimiento del principio lógico de no contradicción hace antitécnica la demanda impidiendo que sus acusaciones fructifiquen.

Sin embargo, la Sala examinará los reproches formulados a la sentencia comenzando por la nulidad planteada en el marco de la causal cuarta de casación, respecto a la cual se permite hacer las siguientes apreciaciones:

El demandante ignorando los presupuestos de hecho que dieron por establecidos el juez especializado y el Tribunal Superior, en el auto de citación para audiencia, equivalente al de proceder en el procedimiento ordinario y, conforme a los cuales los procesados armados con revólveres y provistos de "esposas" penetraron violentamente en

el apartamento ocupado por la mujer Carmen Helena Bedoya y luego de manifestarle que se trataba de un allanamiento o de un atraco, procedieron a intimidarla a fin de que les entregara la suma de trescientos mil pesos, joyas u otros objetos a cambio de no ser privada de la libertad porque en dicho lugar se expendían sustancias estupefacientes (bazuco) pretende demostrar el error de adecuación típica argumentando que no se configuran los punibles de extorsión y violación de habitación ajena de que tratan los artículos 355 y 284 del Código Penal, sino el de hurto calificado mediante penetración arbitraria en lugar habitado descrito en el artículo 350-3 *ibidem*, porque no hubo solución de continuidad entre la amenaza del mal y el apoderamiento de las joyas y los once mil pesos en efectivo relacionados en el acta de decomiso visible a folio 3 del informativo, factor que caracteriza y distingue el delito de extorsión, sino absoluta inmediatez entre el empleo de amenazas y el apoderamiento, propia del hurto, pues la intención de los sujetos agentes iba dirigida a hurtar.

Admite de una parte, que hubo constreñimiento de sus representados para la entrega de una suma determinada de dinero pero, contrariamente a lo aceptado por los juzgadores de instancia, agrega que aquellos se apoderaron de joyas y dinero de propiedad de la víctima, como aparece del acta de decomiso levantada por las autoridades de Policía que conocieron del caso; vale decir, que en este punto de la censura hace una presentación de los hechos diferente a la de los funcionarios calificadores para llegar a conclusiones opuestas.

Si el recurrente se proponía probar, como aparece, que la errónea denominación jurídica de los delitos imputados provino del desconocimiento de una prueba ostensible en el sumario, así debió plantearlo y demostrarlo bajo la órbita de este especial motivo de nulidad. La omisión de dicha argumentación, no autoriza a la Corte para suplir las deficiencias o colmar los vacíos de que adolece el libelo.

La extorsión guarda un parentesco jurídico muy cercano con el hurto calificado por la violencia, pero se diferencian fundamentalmente en la finalidad perseguida por el agente pues en éste tiende a apoderarse de la cosa, mientras en aquél busca hacérsela entregar.

En el hurto violento la víctima es despojada de lo suyo contra su voluntad, al paso que en la extorsión entrega voluntariamente la cosa aunque con voluntad quebrantada por el miedo o la amenaza de un mal futuro.

La extorsión a diferencia del hurto, es delito pluriofensivo, por cuanto menoscaba o pone en peligro los bienes jurídicos de la libertad de determinación y la integridad del patrimonio económico con predominio de este último, por estar incluida en el Título del Código Penal, que se relaciona con los delitos contra el patrimonio económico.

La extorsión, presenta un ingrediente subjetivo que la distingue de los demás delitos consistente en el "constreñimiento" ejercido por el agente sobre la víctima "con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero", de tal manera que la intención del extorsionador es la de obtener —para sí o para un tercero— un beneficio, una ventaja de carácter económico y constituye el ingrediente subjetivo del tipo.

Y, como en el hurto no es necesario que el agente obtenga el provecho efectivo, basta que ese sea el motivo o la causa para ejercer el constreñimiento y que la víctima haga, omita o tolere alguna cosa.

Debe tenerse en cuenta además, como bien lo hace notar el Ministerio Público, *que en el hurto calificado por la violencia, la coacción es absoluta y el sujeto pasivo no tiene alternativa distinta a la de dejarse despojar o entregar el bien. En cambio, en la extorsión esa coacción es relativa, pues el ofendido tiene la opción de entregar el bien o asumir el riesgo ante el posible cumplimiento de la amenaza, que para el caso en estudio era la posibilidad de ser denunciado penalmente.*

Se recuerda esto, porque en la providencia calificatoria como en la sentencia acusada se da por establecido, conforme a las pruebas recaudadas, que los acusados fueron sorprendidos y capturados en el momento en que mediante actos intimidatorios exigían a la expendedora de estupefacientes la entrega de dinero, joyas u otros objetos para no ser privada de la libertad por el tráfico ilegal y porque, según el testimonio del oficial de la Policía que prestó su concurso para la aprehensión de los culpables, éstos se habían dedicado a extorsionar desde tiempo atrás a los traficantes de tales sustancias sicotrópicas.

Doctrinaria y jurisprudencialmente ha venido aceptándose que la extorsión se caracteriza y distingue por la existencia de un intervalo de tiempo (así sea breve) entre la amenaza del mal y la entrega de la cosa; pero, debe advertirse, que éste no es el único requisito para diferenciar dicha infracción de otras, como el hurto violento, toda vez que deben tenerse en cuenta otros factores determinantes de la ilicitud, como la intención o propósito del agente al constreñir a la víctima.

En el caso sometido a consideración de la Corte, es evidente, que el impugnador no logró demostrar, que los juzgadores de instancia se equivocaron al dar a los hechos probados en el sumario, una calificación jurídica que no corresponde, pues sin cuestionar las pruebas en que ella se fundamenta, simplemente se limitó a plantear que no se configuraba el punible de extorsión, sino el de hurto calificado porque entre la amenaza y el apoderamiento de la cosa no hubo solución de continuidad.

Esta Corporación ha sostenido y ahora reitera, que la nulidad por errónea denominación jurídica de la infracción "es en definitiva un error de interpretación del material probatorio o de la norma sustancial que describe el delito aplicable al caso concreto. Esto pone de resalto, que no se trata de un simple error sino de un desatino lógico y jurídico de grandes proporciones, que hace aberrante la decisión impugnada. De ahí, que esta nulidad requiere ser manifiesta, ostensible, patente en grado sumo, para que pueda prosperar. No basta que el actor a fuerza de argumentar o de hacer conjeturas la destaque, es necesario que ella emerja del proceso por su propia torpeza y con claridad meridiana" (Casación de octubre 20 de 1977).

No prospera pues, el cargo de nulidad formulado a la sentencia.

En cuanto al cargo de violación indirecta de la ley por no haberse apreciado la ampliación del "testimonio rendido por María Teresa Betancur Eusse, diligencia en la que se retractó de su primitiva afirmación

negando haber escuchado que los procesados exigieran la entrega de alguna suma de dinero a los moradores del inmueble concretándose a apoderarse de los bienes que encontraron a su alcance; conviene precisar que el móvil de la retractación no fue demostrado, ignorándose en qué momento la deponente dijo la verdad y el hecho que recoge la prueba omitida en su valoración carece de la incidencia incontrastable requerida para sustituir la sentencia acusada, máxime que ésta se apoya en otros medios probatorios no controvertidos en la demanda, tales como los testimonios del Teniente de la Policía Leonardo Germán Sarmiento Latorre, de la víctima del constreñimiento señora Carmen Helena Medoya Londoño y de las personas que se encontraban en el apartamento al momento de los hechos, pruebas que valoradas en su conjunto y coherencia dan por plenamente demostrada la existencia de los delitos imputados y la culpabilidad que en los mismos se predica de los procesados.

Es decir, que por este aspecto el error de hecho atribuido al Tribunal sentenciador es a todas luces inocuo, como puntualiza el Procurador Delegado, a más de que el actor se contentó con plantear la tacha sin preocuparse por precisar las normas instrumentales que en su opinión fueron infringidas ni mencionar los dispositivos sustanciales que pudieron resultar quebrantados con el yerro probatorio endilgado.

Tampoco prospera la impugnación formulada.

Decisión:

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida a nombre de los procesados Miguel Angel Perdomo Vélez y Rodolfo Emilio Patiño Conde, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PENA. Ira e intenso dolor

En el estado actual de la jurisprudencia, el veredicto con limitación literal bien podría servir de base para atemperar la responsabilidad en los términos previstos por el artículo 60 del Código Penal

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 35.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Jesús Antonio Rodríguez Forero* contra la sentencia proferida el 28 de julio del año próximo pasado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual fue condenado a la pena de diez (10) años de prisión, como autor responsable del delito de "homicidio" cometido en la persona de Janeth Ruiz Casas, por el cual había sido llamado a responder en juicio.

Hechos y actuación procesal:

Durante la noche comprendida entre el 6 y 7 de noviembre de 1984, Jesús Antonio Rodríguez Forero ingresó al establecimiento conocido con el nombre de "Grill El Dólar", situado en la calle 13 de la ciudad de Bogotá y distinguido en su puerta de entrada con el número 16-98; allí encontró a Janeth Ruiz Casas, quien se desempeñaba como camarera de dicho lugar, y procedió a manosearla. Como la citada mujer se opusiera a sus pretensiones y le reprochara su comportamiento, Rodríguez Forero disparó repetidamente su revólver, produciéndole heridas que inmediatamente causaron su muerte en el mismo lugar. El homicida huyó, pero poco después fue capturado y entregado a las autoridades competentes.

Adelantada la investigación por el Juzgado 38 de Instrucción Criminal de Bogotá y clausurada posteriormente por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, el procesado fue llamado a responder en juicio por el delito de homicidio, simplemente intencional o de propósito. Ejecutoriada esta providencia, que no fue objeto de recurso alguno y luego de cumplidos los trámites legales, se realizó la audiencia, al término de la cual los jurados respondieron así, al cuestionario sometido a su consideración: *"Sí es responsable pero en estado de ira e intenso dolor"* (fls. 276).

El juzgado acogió el veredicto, pero no aceptó la atenuante prevista en el artículo 60 del Código Penal, no exclusivamente porque el *jurí* no hubiera utilizado la totalidad de los términos contentivos de esta dirimente, sino porque además, toda la prueba aportada a la investigación indicaba que por parte de la víctima no había existido ningún comportamiento injusto o provocante. Estas consideraciones fueron acogidas en su integridad por el Tribunal Superior cuando conoció de la sentencia en virtud de apelación interpuesta por el defensor de Rodríguez, y consecuentemente, la confirmó en su integridad, mediante fallo contra el cual se interpuso el recurso de casación que ahora procede la Corte a resolver.

La demanda:

Cargo único: Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado (art. 580-2 del C. de P. P.).

El demandante se limita a transcribir algunas normas del Código de Procedimiento Penal, entre ellas, la que ordena dictar la sentencia en armonía con el veredicto (art. 519) y la que regula la contraevidencia de éste (art. 565), para concluir, sin análisis ni argumentación alguna, que el Tribunal debió haber aceptado la atenuante prevista en el artículo 60 del Código Penal, o en su defecto, declarar la contraevidencia del veredicto. Como no optó por ninguna de estas soluciones, considera el recurrente, se incurrió en la causal planteada y por tanto solicita a esta Corporación que el fallo sea casado, para que se profiera otro en el cual se reconozca la atenuante de responsabilidad y se haga una tasación de la pena en armonía con esta circunstancia.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de considerar que la atenuante de la provocación solicitada por el defensor en la audiencia no tiene ningún fundamento probatorio, ya que por parte de la víctima "en ningún momento se ejecutó el comportamiento a que hace alusión la norma citada" (art. 60), solicita que el recurso sea desechado, manifestando que comporta en su integridad las consideraciones consignadas en los fallos de ambas instancias.

Consideraciones de la Corte:

En providencia de 27 de agosto de 1986, esta Sala dijo:

"En los juicios con intervención de jurado popular, el juez debe poner a la consideración de éste, mediante un cuestionario, el hecho materia de la causa conforme se determinó en el auto de proceder (art. 533 del C. de P. P.). El jurado deberá pronunciarse sobre la responsabilidad del acusado, respondiendo, sí o no, al cuestionario propuesto, pero pudiendo, si juzgare que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas de las consignadas en éste, expresarlo así brevemente en su respuesta (art. 535 *ibidem*). Si el veredicto no está integrado por afirmaciones opuestas que lo hagan contradictorio y lo tornen por tanto inexistente, y si no se encuentra en clara oposición con la prueba aportada al proceso, en cuyo caso sería contraevidente y habría

necesidad de convocar un nuevo jurado (art. 565 del C. de P. P.) el juez está obligado a dictar sentencia de acuerdo con dicho veredicto (art. 519 *ibídem*), lo cual resulta sencillo cuando éste es de claro y fácil entendimiento. Mas cuando así no sucede, porque la respuesta produce perplejidad respecto de lo que realmente quiso decir el jurado, se hace necesario interpretarlo para poder desentrañar su verdadero sentido y determinar su alcance. Para esta labor es menester acudir al significado literal de los términos en que está concebido, a la realidad probatoria recogida en el proceso, y por supuesto, a las intervenciones de las partes en la audiencia pública. Así lo ha sostenido esta Corporación, en doctrina que ahora se reitera: 'Cuando la contestación suscita perplejidades respecto de lo que en verdad quisieron decir los jueces del pueblo, se impone la necesidad de fijar su alcance, por la vía de la interpretación, ciñéndose para ello rigurosamente al propio sentido literal de la respuesta y a la realidad probatoria que emana del proceso y principalmente de las intervenciones en la audiencia pública' (Casación de 31 de mayo de 1983, Magistrado ponente: Doctor Darío Velásquez Gaviria)".

En la presente causa, *el único cuestionario sometido a la consideración del jurado, fue respondido así: "SI ES RESPONSABLE PERO EN ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR".*

Procede ahora la Sala a resolver, con base en los criterios expuestos, si esta respuesta implica el reconocimiento de la atenuante punitiva prevista en el artículo 60 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

> *"Ira e intenso dolor. 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".*

De conformidad con lo transcrito, para que la aminorante se configure es necesaria la concurrencia de varios requisitos: a) Un comportamiento grave e injusto de la víctima del hecho delictivo; b) Que el autor del ilícito, al momento de realizarlo, se encuentre en estado de ira o de intenso dolor; y, c) Que medie una relación de causalidad entre el comportamiento de la víctima y la reacción emocional del agente, es decir, que esta última sea consecuencia del primero.

El veredicto pronunciado en esta causa, evidentemente que en su tenor literal no contiene todos los elementos acabados de mencionar. Unicamente reconoce que el procesado actuó en "estado de ira o de intenso dolor", pero nada dice sobre la causa de este emocional estado, que es en realidad, lo que justifica la atenuación punitiva. Con razón se ha dicho, como se asevera en el fallo recurrido, que no son la ira ni el dolor intensos los que ameritan la diminuente en comento, sino el comportamiento injusto y grave de la víctima que lo provoca. Este aporte causal suyo, injustificado, es el que sirve de sustento y justifica la atenuación de la pena.

Pero en el estado actual de la jurisprudencia, el veredicto en examen, no obstante su limitación literal, bien podría servir de base para atemperar la responsabilidad en los términos previstos por el artículo 60 del Código Penal, si no quedara duda de que ésta fue la voluntad del

juri, consultando al efecto las alegaciones de los diversos sujetos procesales y los elementos de juicio incorporados a la investigación.

En el presente caso, la prueba aportada al proceso señala de manera inequívoca que por parte de la occisa jamás existió un comportamiento que injustamente, hubiera desencadenado la violenta acción de Rodríguez Forero. Por el contrario, ella demuestra que fue él quien ofendió a su víctima, irrespetándola y sometiéndola a un trato que a pesar de su oficio tenía pleno derecho a rechazar. Cuando Janeth Ruiz Casas protestó por los desmanes lujuriosos del procesado, para lo cual no se valió de medios ofensivos o insultantes, no actuó en forma ilegítima; se limitó a protestar con justicia, algo que no tenía que soportar. Así lo indican quienes fueron testigos de su muerte (Julio César Cortés; María Andary Londoño; Olga Cecilia Núñez y María Nelcy Ramírez). Pero es que ni siquiera el procesado afirma que actuó motivado por la ira; en su indagatoria expresó que accionó su revólver por la necesidad de defenderse y no por el impulso de la ira o del dolor intenso: "Ella me fue a apuñalar y yo de ahí vi que tenía con que defenderme y le hice un tiro" (fl. 26), y a pesar de que sostiene que recibió un trato soez de la interfecta, insiste en que el móvil de su acción fue la defensa: "Yo le monté el brazo, abrazarla a los hombros, ella sacó la puñaleta con la mano derecha, ella me iba a lanzar yo me asusté inmediatamente saqué el revólver y ocasioné un disparo yo la largué" (fl. 27). Igual fue su versión ante el jurado: "Vi a una muchacha fui y le eché el brazo por encima y por eso me trató mal, me insultó... al momento de ir a tocarla o de acariciarla, me trató con grosería... y sacó un arma del seno para agredirme entonces yo me asusté porque estaba solo..." (fl. 278).

En consonancia con la versión del procesado, tanto su defensor como el vocero insistieron durante la audiencia en la legítima defensa por aquél planteada. Es verdad que ambos hablaron de la "ira y el intenso dolor", pero según las actas nunca sostuvieron, ni mucho menos demostraron, que esta emoción tuviera por causa un comportamiento injusto de la occisa. El vocero pidió que se negara la responsabilidad de Rodríguez, y su defensor coadyuvó esta petición, aunque subsidiariamente solicitó se le reconociera "la ira y el intenso dolor" (fls. 277 a 292). El jurado aceptó esta última veredicción, pero como ya se demostró, ella de ninguna manera implica el reconocimiento de la atenuante prevista en el artículo 60 del Código Penal, porque ni fue técnicamente pedida y explicada, ni mucho menos encuentra asidero probatorio.

Todo indica, pues, que al pronunciar su veredicto, el jurado jamás tuvo la intención de reconocer la atenuante de pena reglamentada en el artículo 60 del Código Penal, porque ni había prueba que permitiera calificar de injusta la reacción legítima de la occisa, ni tampoco los encargados de la defensa de Rodríguez Forero intentaron demostrarlo.

Por todo lo expuesto, hay que concluir por afirmar que la sentencia acusada sí está de acuerdo con el veredicto emitido, y por tanto el cargo se rechazará.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

NARCOTRAFICO. CONCIERTO PARA DELINQUIR

El artículo 3º del Decreto 1060 de 1984, es una norma incriminatoria especial que contempla un concurso de conductas, que tienen como objeto material estupefacientes con el artículo 186 del Código Penal

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

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado Acta número 32 de mayo 13 de 1987.

Vistos:

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Luis Alfonso Torres Gaona,* contra la sentencia de segunda instancia de fecha 10 de diciembre de 1985, emanada del Tribunal Superior Militar que condenó a ese ciudadano a la pena principal de noventa y seis (96) meses de prisión.

Hechos y actuación procesal:

1. En el Municipio de Boyacá, Departamento del mismo nombre, en la Vereda de Rique, área rural, en la media noche del 19 de diciembre de 1984, se produjo un incendio que redujo a escombros una casa de propiedad de Wenceslao Torres.

2. Al llegar la autoridad encontró dos cadáveres incinerados cuya identificación se dificultó, pero a la postre parece corresponder a Héctor Torres Gaona y Antonio Torres Torres.

3. Se encontraron también en el sitio sustancias y elementos químicos que al ser analizados resultaron ser cocaína.

4. En lugar cercano, se levantó también el cadáver de quien resultó ser Enrique Neftalí Torres Torres, quien falleció como secuela de las lesiones recibidas en el mismo incendio; se estableció que portaba dos bolsas con cocaína procesada.

Este cadáver se encontró tendido en un camino.

5. Adelantada la investigación se determinó que la casa donde se produjo la explosión de propiedad como ya se expresó, de Wenceslao Torres, era ocupada por un hijo de éste, Luis Alfonso Torres y quien fue la persona que informó al vecindario del incendio, e impetró auxilio. Este ciudadano resultó lesionado con heridas de segundo y tercer grado en el 90% de su cuerpo.

6. Examinadas las sustancias encontradas, dio positivo para cocaína en pureza de 95 y 88%, amoniaco y carbonatos producidos para el procesamiento de aquellas sustancias.

7. Según varios de los deponentes en el predio donde acaeció la explosión, existían varias pequeñas casas que cumplían diversas funciones. Así la cocina "era una casita, la otra pieza era otra casita y la otra que era de dos piezas, fue donde se sucedió la explosión" (declaración de Wenceslao Torres, padre del procesado, fl. 52). Según estas probanzas el procesado residía en una casita distinta de aquella donde se presentó el incendio.

8. Sometido a indagatoria el procesado Luis Alfonso Torres, no aceptó ninguna vinculación, ni conocimiento del laboratorio a que se refiere el proceso.

Dice que el día de autos, se encontraba entredormido, sintió un ruido, oyó voces de auxilio donde estaban sus parientes Héctor Torres Gaona, Antonio y Neftalí Torres, vio un incendio, trató de apagarlo, habiendo sufrido quemaduras, cuando se encontraba en tal labor; se desvistió, se revolcó en el piso, pidió auxilio, se desmayó y sólo se despertó en el Hospital Militar.

9. Adelantadas varias diligencias previas, se remitió el proceso al Comandante de la Primera Brigada como juez de primera instancia. Después de algunas peticiones del apoderado del sindicado, se corrió traslado al Auditor Principal de quien solicitó se juzgase mediante el trámite de los consejos de guerra verbales al procesado Torres Gaona.

La petición fue aceptada por el Comandante de la Primera Brigada y se convocó a consejo de guerra verbal por el delito de *tráfico* de estupefacientes, a la vez que se designó el personal para integrar la Corte Marcial.

10. En el respectivo trámite se formuló un cuestionario único en el cual se preguntó si Torres Gaona, es responsable, *si* o *no*, de haber elaborado sin permiso de autoridad competente, en compañía de otros, cocaína en cantidad aproximada de seis (6) libras según hechos conocidos en el día de la explosión.

Los vocales por mayoría contestaron *"si es responsable"*.

11. El Comando de la Primera Brigada, acogió el veredicto.

En los considerandos sostuvo que el hecho punible investigado en las diligencias, era el descrito en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, concretando que la conducta tipificada en el caso a estudio, es la de elaborar cocaína, sin permiso de autoridad competente. La pena mínima de tal conducta se señala en tres años de presidio.

Sin embargo, se señala que el artículo 38 citado, está reformado por el Decreto 1060 de 1984, en sus artículos 2 y 3 respectivamente.

Expresamente se manifiesta que debe aplicarse el último artículo, por estar probado que Torres Gaona, obró *en concierto de otros*. (Subraya la Sala). La pena mínima aplicable en esta norma, es la de seis años, la cual se acepta en providencia recurrida. Tal pena se agrava

en dos años, por *la existencia del concierto* y por la cantidad de alcaloide.

Como secuela de tales consideraciones, se fijó la penalidad en noventa y seis (96) meses, o sea en ocho (8) años.

12. Contra tal proveído se interpuso recurso de apelación. El Tribunal confirmó la penalidad impuesta.

Se recalca que la pena mínima, es la de seis años, citándose el inciso 1 del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, modificada por el Decreto legislativo 1060 de 1984.

Además se reafirma también, que debe aumentarse tal pena en dos años, por haber obrado en concierto y en razón de la cantidad de alcaloide encontrado.

Además se sostiene que son aplicables como circunstancias de agravación punitiva las siguientes del artículo 66 del Código Penal: Preparación ponderada del delito, obrar en complicidad de otro y el empleo de medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.

La demanda:

1. El recurrente después de hacer el resumen de los hechos y en capítulos separados, invoca dos causales: La *cuarta*, por haberse dictado el proceso en sentencia viciada de nulidad legal, por no haberse elaborado el cuestionario en forma establecida por el Código de Justicia Penal Militar.

Ello porque se desestimó el fenómeno de la *complicidad* para trocarlo en autoría.

Para sustentar esta posición hace extensas consideraciones sobre crítica probatoria, valoraciones y apreciaciones. Todo para insistir en que no existen probanzas de autoría sino sobre complicidad.

2. La causal primera, la sustenta en ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida de la misma.

Ello por haber aplicado el artículo 3 del Decreto 1060 de 1984, que exige un previo delito en concierto para delinquir que no aparece probado en autos. Igualmente por haberse tenido en cuenta para aumentar la penalidad, la preparación ponderada del hecho punible, el obrar en complicidad de otros y el empleo de medios de los cuales pueda resultar peligro común.

Según la demanda no se puede hacer referencia a preparación ponderada del delito, pues sólo hasta la explosión se supo de la fábrica. Añade que la coautoría excluye la complicidad y que no puede hablarse de peligro común, pues él se restringió a quienes estaban vinculados al procesamiento de la cocaína. Los vecinos ni siquiera se dieron cuenta de lo ocurrido.

En cada capítulo el recurrente cita las disposiciones sustanciales que estima infringidas. Impetra que si se acepta la causal cuarta se decrete la nulidad a partir del momento en que ella se presenta. Y si acepta la causal primera se invalide la sentencia y se dicte la de reemplazo enmendando la penalidad.

Concepto de la Procuraduría:

1. El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, divide su concepto en tres acápites. El primero es una relación de hechos, el segundo una síntesis de las causales invocadas y en el tercero consigna propiamente su opinión.

2. Al referirse a la causal cuarta, sostiene el Procurador que no procede su declaración, pues el cuestionario cumple con los requisitos de forma y las críticas allí planteadas tienen más que ver con la causal primera.

3. En cambio, en cuanto a la causal primera, estima el colaborador Fiscal, que debe prosperar y debe dictarse sentencia de reemplazo imponiendo la pena mínima que consagra el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, esto es, cuarenta y ocho (48) meses.

Fundamenta esta petición de casar, en las siguientes razones:

a) Ni en la instrucción, ni en la convocatoria, ni en el cuestionario, se imputó el concierto para delinquir tipificado en el artículo 186 del Código Penal, así: "Cuando varias personas se conciertan con el fin de cometer delitos". El cuestionario sólo hace referencia a "haber cometido un delito en compañía de otros", lo cual no integra tal figura. Violose así la ley sustancial al sustentarse la sentencia impugnada en el artículo 3 del Decreto 1060 de 1984;

b) No se concibe la preparación ponderada del delito pues la fábrica estalló y desapareció con el primer producto.

La autoría excluye la complicidad y no puede aceptarse la coexistencia de ambas instituciones para graduar la penalidad, máxima, ni alude a cómplices, ni los identifica. La posibilidad del peligro común debe descartarse, pues ningún vecino corrió peligro;

c) Por ende se solicita se amplíe la penalidad mínima que para el momento de los hechos sería de 72 meses. Pero como con posterioridad entró a regir la Ley 30 de 1986 que rebajó la penalidad, deberá imponerse según el colaborador fiscal, cuarenta y ocho meses de prisión.

Consideraciones de la Corte:

I. *La nulidad.* Comparte la Corte las juiciosas críticas de la Procuraduría Delegada al enfoque del demandante en torno a la pretendida nulidad.

En verdad, la extensa argumentación del casacionista tiende a demostrar que el cuestionario no se elaboró en la forma prevista en el artículo 555 del Código de Justicia Penal Militar.

Tal norma dista mucho de cumplir los mínimos requisitos técnicos exigibles en las disposiciones procesales contemporáneas. Ello porque en lugar de enumerar las características formales que debe reunir el cuestionario acude al simplista sistema de presentar un formato o ejemplo, o modelo de cuestionario. Del análisis detenido de esa disposición se deduce que los requisitos del cuestionario no son exigentes.

Se requiere una síntesis del hecho, los elementos que constituyen la infracción sin darle denominación jurídica.

La norma en comento hace referencia a que el hecho se determina conforme al auto de proceder, pero en el procedimiento especial de los consejos de guerra verbales está tal cuestionario equiparado al auto de proceder.

Tal equiparación debe entenderse con los precisos límites del artículo citado en cuanto es exigente en la delimitación fáctica pero desecha expresamente la denominación jurídica.

Con tal anotación se refuerza el enfoque de la Procuraduría, ya que el cuestionario *sí* cumple los requisitos de forma establecidos por la ley.

En cuanto a la argumentación de que en el cuestionario único ha debido formulársele el cargo a Torres teniendo en cuenta el dispositivo amplificador del tipo conocido como complicidad y en cambio el cuestionario acepta una autoría no probada.

La Sala se encuentra acorde en la juiciosa observación de que tal alegación tiene más que ver con la apreciación errónea o la falta de apreciación de pruebas, esto es con la causal primera y no con la cuarta.

A lo acotado por el colaborador Fiscal, debe ceñirse que el argumento de que al transformarse una verdadera complicidad en una autoría no demostrada limita el ámbito y presupuesto de la decisión de los vocales apunta no hacia la nulidad legal esgrimida y sustentada del artículo 441 numeral 6 del Código de Justicia Penal Militar, sino hacia una constitucional por violación del derecho de defensa.

Más ello no acaece aquí, pues los vocales hubiesen podido aceptar la complicidad y descartar la autoría. Y en el supuesto de aceptarse la segunda modalidad y no la primera como ya se expresó, el ámbito se trasladaría a la causal primera.

II. *La causal primera:*

1. Se circunscribe esta alegación a la penalidad impuesta, impetrado se rebaje por violarse la ley sustancial por aplicación indebida, pues no aparece base para aplicar el concierto para delinquir (art. 186 del C. P.), ni la preparación ponderada del hecho punible y el empleo de medios que impliquen peligro común, y no se puede aplicar la agravación por la complicidad.

Como base para el análisis subsiguiente debe partirse como premisa jurisprudencial de lo sostenido por esta Corporación en varias oportunidades.

"Vale la pena recordar que para los efectos señalados de tasar la sanción, el juez goza de amplitud *dentro de los límites señalados por la ley*, pues posee el poder de fijar su monto de manera discrecional.

De ahí que la Corte entienda que éste es un atributo especial de los juzgadores de instancia deferido a su función, pero *esencialmente a su bien conformado criterio de justicia.*

Por fuerza de este concepto, sólo frente a manifiestos *errores de hecho o de derecho* o a errores jurídicos insalvables, que descubren una dosificación injusta impera en el término de lo arbitrario, interviniese para aumentar o morigerar su rigor y restablecer el imperio de su equidad" (Sentencia de agosto 18 de 1977).

2. En el caso a decidir, *la Sala está acorde con lo sostenido por el recurrente y reforzado por el agente del Ministerio Público, de que no ha debido tenerse en cuenta la conducta típica del concierto para delinquir, por no aparecer ni siquiera insinuada en el cuestionario único.*

En él solo se preguntaba por haber elaborado cocaína en compañía de otros, o sea la conducta típica del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 vigente a la sazón como lo reconoce la sentencia de primera instancia.

Sin embargo como de soslayo se acude al artículo 3 del Decreto 1060 de 1984, que hace referencia al concierto para delinquir. La coautoría y el concierto para delinquir son figuras totalmente diferentes que no requieren esfuerzo para delimitar, pues la ley misma las individualiza.

El artículo 3 del Decreto 1060 de 1984, al usar la expresión, concierto para delinquir, hace referencia a una forma especial de concurso entre el artículo 186 del Código Penal y las infracciones tocantes con los estupefacientes.

Al no haberse planteado el concierto para delinquir en el cuestionario, no podría aplicarse el artículo 3º y la norma pertinente sería el artículo 2º.

Sería ilógico suponer que el término concierto para delinquir, tuviese una significación en el Código Penal (art. 186) como tipo básico y otra en una norma especial (Decreto 1060 de 1984, art. 3), como dispositivo amplificador del tipo.

En el caso a estudio, se reitera que sólo se formuló un cuestionario por elaboración de cocaína y jamás se hizo lo propio por el concierto para delinquir.

Por tanto surge en forma manifiesta, que se aplicó indebidamente el artículo 20 del Decreto 1060 de 1984, al tener como pena básica la allí señalada (6 a 12 años) y no la del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

2. *Para sustentar tal afirmación de que en el caso concreto, como lo sostiene la demanda y lo prohija la Procuraduría, la norma que ha debido aplicarse es el artículo 2º del Decreto 1060 de 1984 con las respectivas agravantes genéricas y no el 3; deben tenerse en cuenta las siguientes razones:*

A. La expresión CONCIERTO PARA DELINQUIR, no aparece usada por el legislador de 1936. Tal norma usaba el término ASOCIACION PARA DELINQUIR, mucho más amplia y exigente, para definir un tipo especial de delitos del Título V, que entre otras cosas carecía de rubro específico.

La expresión CONCIERTO aparece sólo en el Código Penal de 1980, usándose para denominar la conducta descrita en el artículo 186,

perteneciente al Capítulo Primero del Título V. Tal conducta es de por sí plurisubjetiva y consiste en que los sujetos activos se conciertan para cometer delitos.

B. Hay pues, una norma clara y vigente que fija el sentido y alcance de la expresión OBRAR EN CONCIERTO, debe necesariamente hacer pensar, que la ley especial la está usando en el mismo sentido en que la usa el Código Penal.

No es lógico suponer una confusión conceptual en el legislador que le lleve a usar un término en una parte para definir un delito y en otra, para referirse a dispositivos amplificadores del tipo, que por lo demás están claramente definidos en el Capítulo Tercero del Título III, del Libro Segundo, al tratarse lo tocante con la participación.

D. Al principio general de la ley de presunción de su sabiduría debe agregarse el de buscar la correspondencia y armonía en las leyes, esto es, la unidad del derecho consagrada en el Código Civil Colombiano, artículos 30 y 32.

En tales condiciones, atenta con ese principio, el darle al término CONCIERTO un significado en el Código Penal y otro en la ley especial.

E. Por tanto, la expresión que aparece incluida dentro del cuestionario que se formuló: "...en compañía de otros...", no equivale, ni mucho menos, a la locución CONCIERTO PARA DELINQUIR, sino a la participación criminosa.

F. Secuela de lo anterior, es la conclusión de que la norma básica aplicable para regular la pena era el artículo 2º del Decreto 1060 de 1984, que reformó el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y no el 3º que hace referencia al concierto.

HACIA UNA INTERPRETACION CORRECTA. Corolario de lo expuesto es que el artículo 3º del Decreto 1060 de 1984, es una norma incriminatoria especial que contempla un concurso de conductas que tienen como objeto material estupefacientes con el artículo 186 del Código Penal.

Contempla ella el caso de agrupaciones delictivas dedicadas a múltiples actividades tocantes en el narcotráfico, fenómeno éste de actualidad. Ellas suelen explotar cultivos, operan varios laboratorios, controlan redes de transporte y distribución, etc. En tales supuestos sí es aplicable la forma del concierto para delinquir.

Pero esta posibilidad de actividades múltiples no surge procesalmente en este caso donde se investiga una actividad única de elaboración de estupefacientes en un laboratorio singular.

Debe recalcarse que el término usado en el artículo 3º del Decreto 1060 citado, coincide exactamente tanto en la denominación, como en la descripción con el tipo consagrado en el artículo 186 del Código Penal.

Ambas normas hacen relación a un fin de realizar otras conductas.

El artículo 3º en su estructura orgánica, difiere notablemente, por lo demás, de la empleada en las disposiciones tocantes con el fenómeno

de la participación a que ya se hizo referencia: "El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo" (art. 23 del C. P.) o "el que contribuya a la realización del hecho o preste ayuda posterior" (art. 24 ibídem).

El hecho de que el legislador especial consagre una norma específica para punir el concurso de las conductas tocantes con estupefacientes, con el concurso para delinquir en la forma detallada, se explica, dado el momento histórico en el cual se dictó; efectivamente, busca reiterar la necesidad de reprimir especialmente las organizaciones delictivas vinculadas a esta clase de conducta y evitar cualquier vacío interpretativo originado en el olvido de la existencia del concierto para delinquir.

4. *UN ESCOLLO APARENTE. Podría pensarse que las razones expuestas, tendrían simple valor teórico, ya que en la práctica el Decreto 1060 equipara la pena mínima en seis años de prisión, exista o no concurso con el concierto para delinquir.*

Sin embargo, en este caso concreto, tal reflexión si tiene inferencia real en cuanto las secuelas de la aplicación de la pena y el problema de la ley penal en el tiempo.

Debe dejarse claramente establecido que peca contra el principio universal non bis in ídem, *lo aceptado en la providencia recurrida de que esa pena mínima se agravó otra vez en dos años* por haberse obrado en concierto *(Subrayas la Sala).*

Caso más claro de doble imposición de pena, es difícil suponer: Y como si ello no fuese suficiente, como lo anota el recurrente, además se aludió al agravante genérico el artículo 66 del Código Penal, de obrar en complicidad con otro, en la providencia de segunda instancia.

Esto es, que en el caso a estudio, la pluralidad de sujetos sirvió no sólo de base para seleccionar la norma aplicable, sino también para aumentar la penalidad por el doble aspecto de agravación genérica (complicidad según el Tribunal y específica).

En cuanto a la inferencia de esta norma como aplicable al caso concreto en torno al fenómeno de la sucesión de leyes en el tiempo, se anota por el momento, que la Ley 30 de 1986, aplicable hoy al caso a estudio, mantuvo la penalidad mínima para el supuesto del concierto en seis años (art. 44), mientras en los casos en los cuales no se usa la expresión CONCIERTO PARA DELINQUIR y el objeto material como el supuesto a estudio, es el de menos de cinco kilos, la penalidad mínima es de tres (3) años.

5. *Fundamentos jurisprudenciales y doctrinarios.* La sentencia se edificó sobre la norma que hace alusión al concierto para delinquir, en lugar de la norma diferente ya citada. Se ha errado pues en su adecuación: Como lo ha dicho un acatado comentarista nacional "el error se manifiesta en la falsa adecuación típica, por los hechos procesalmente reconocidos, no coinciden con los hechos condicionantes del precepto y sin embargo sus consecuencias jurídicas se atribuyen indebidamente al caso concreto".

Consiste "en que el juez yerra al establecer la relación de semejanza o diferencia que existe entre el caso particular concreto jurídicamente cualificado y el hecho específico hipotetizado por la norma".

Se ha aplicado pues, una norma que no era pertinente al asunto materia de la decisión. En este caso concreto debe aceptarse la violación directa, ya que el recurrente no ha impugnado la prueba y ha mostrado su conformidad "por ende con los hechos tal como están plasmados en el fallo recurrido, esto es, acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando sólo el sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma sustancial al caso juzgado..." (Sentencia de 26 de septiembre de 1974).

Trátase pues, de un error de selección de la norma o error de subsunción. Para llegar a esta conclusión se han tenido en cuenta diversos antecedentes jurisprudenciales, así por ejemplo sentencia de noviembre 25 de 1967 y 27 de octubre del mismo año de la Sala de Casación Penal y de 22 de enero de 1973 de la Sala de Casación Civil.

En estas circunstancias el cargo de aplicación indebida en lo tocante con la aceptación de la norma que incluye el concierto para delinquir, debe prosperar y por reflejarse en la dosimetría penal, corresponderá dictar la sentencia de reemplazo.

8. *Preparación ponderada del delito*. Se alega que la aceptación de la preparación ponderada del delito sirvió para la agravación de la penalidad y se violó la ley por tener en cuenta el artículo 66 del Código Penal.

Esta afirmación merece puntualizaciones:

a) Es cierto que el cuestionario no consignó tal circunstancia de agravación punitiva, pero por ser genérica, no había porqué consagrarla (Casación de junio 5 de 1984, junio 24 de 1986, Magistrado ponente: Doctor Carreño Luengas);

b) Pero también lo es, que si se revisa la sentencia de primera instancia, se concluye que en ella para nada se alude al fijar la penalidad de 96 meses a tal circunstancia de agravación punitiva.

En efecto, en el punto concreto de motivación de la agravación de la pena mínima, se alude a un aumento de dos años por el susodicho concierto y por la cantidad de seis libras, sin que se haga referencia a la preparación ponderada del delito.

Tal aspecto se contempla tangencialmente en la providencia de segunda instancia, pero no se hace ningún aumento de la penalidad. Por tanto estima la Corte que esa agravante genérica no aparece reflejada en la dosimetría penal; sin embargo al dictarse la sentencia de reemplazo tal circunstancia se debe tener en cuenta, ya que en sentir de la Sala ella se configura (art. 66 del C. P.); por cierto que ese es el enfoque que reclama el actor como correcto.

El montar un laboratorio requiere una ponderada labor para obtener los elementos, adecuarlos y producir las sustancias estupefacientes. Es una actividad técnica que descarta improvisación y exige tiempo y preparación. Ello sin contar el debido entrenamiento de los operarios.

La circunstancia de que hubiese sucedido la explosión, no destruye la calificación de ponderada atribuible a la preparación del ilícito.

La irónica consideración de que el laboratorio estalló y desapareció con el primer producto, es un enfoque sobre el resultado el cual puede producirse por múltiples circunstancias aún en la más ponderada y técnica forma de producción.

7. *Empleo de medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.* Sobre este tema debe aclararse que: Ni el agravante se insinuó en el cuestionario, ni se consideró en la providencia de primera instancia; sólo en la de segunda se enunció soslayadamente, pero no se aumentó la penalidad.

En torno a este *tópico*, basta recordar lo expresado al resumir los hechos y actuación para concluir que el laboratorio ubicado en paraje rural, está alejado del resto de las edificaciones de la finca, que no sufrieron daño. Y obviamente más alejados aún del vecindario, cuyos habitantes sólo se enteraron de la explosión y el incendio, cuando el demandante impetró auxilio.

En síntesis, en cuanto a las anotadas circunstancias de agravación genérica, ni había razones para considerarlas, ni a la postre se tuvieron en cuenta en la sentencia recurrida.

8. *Una nueva categoría normativa.* Para el momento de dictarse la sentencia, la pena mínima base para regulación de la dosimetría penal, sería según ella misma, la establecida en el artículo 38, inciso 1º del Decreto 1188 de 1974, aumentada al doble por el artículo 2º del Decreto 1060 de 1984, o sea seis años.

Pero con posterioridad, se ha dictado la Ley 30 de 1986, que en su artículo 33 señala una pena básica de *cuatro años de prisión*. Esta sería la pena mínima a imponer, advirtiéndose que dada la cantidad de cocaína incautada, esto es, tres kilos, no da lugar a imponer la agravante del artículo 38 numeral 3º por cuanto tal cantidad resulta inferior a la allí prevista.

Ello porque como ya se advirtió, al descartarse el concierto para delinquir no sería aplicable la penalidad de seis años, establecida en el artículo 44 de la citada Ley 30 de 1986.

Sin embargo, el mínimo a que se refiere la Procuraduría como pena imponible, sí debe aumentarse porque si bien es cierto que como se expresó, la cantidad no alcanza a la referida sí es sustancialmente superior a la prevista en el inciso 2º del artículo 33 para la imposición del mínimo de la sanción.

A pesar de descartar la doble incriminación del "concierto" para delinquir, subsiste como circunstancia de agravación genérica, que surge además del cuestionario, la complicidad con otra persona, aceptada como ya se expresó por el recurrente y por la Procuraduría. Por este aspecto debe agravarse la penalidad básica al pronunciarse la sentencia de reemplazo. Igualmente al dictarse la sentencia de reemplazo se agravará la condena por preparación ponderada del delito como ya se analizó.

Como circunstancia de atenuación punitiva, se tendrá en cuenta la buena conducta anterior. Además, en consecuencia la pena básica impetrada por la Procuraduría, se aumentará en 10 meses más, para fijarse en sesenta y cuatro (64) meses de prisión.

Como en los homicidios ha podido presentarse el fenómeno de la culpa, en el supuesto de que no se haya abierto investigación, se procederá a compulsar copias por el juez de instancia.

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

Resuelve:

1. *Casar* la sentencia impugnada de origen, fecha y naturaleza ya referenciados.

2. *Condenar* a Luis Alfonso Torres Gaona, a la pena privativa de la libertad de sesenta y cuatro meses de prisión y multa de diez (10) salarios mínimos mensuales como autor responsable de violación del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, hoy Ley 30 de 1986, artículo 33, inciso 2º.

3. *Condenar* al procesado Luis Alfonso Torres Gaona, a interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad.

4. *Declarar* que el procesado no tiene derecho a la condena de ejecución condicional.

5. *Condenar* en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

6. Para el cumplimiento de la pena, la Dirección General de Prisiones, señalará el establecimiento carcelario correspondiente.

7. Expídanse copias del proceso en los términos indicados en la parte motiva.

8. Comuníquese a las autoridades respectivas esta decisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

El criterio del colisionante no puede limitar el del colisionado, porque de acuerdo con las leyes vigentes aplicables, impera a los funcionarios en conflicto, al igual que al encargado de solucionarlo, valorar las pruebas allegadas a la investigación y adecuar el supuesto fáctico a la descripción típica que corresponda

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

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado Acta número 36.

Vistos:

Procede la Sala a decidir sobre el conflicto de competencia negativa suscitada entre los Jueces Segundo y Veintitrés Penales del Circuito de Villavicencio y Bogotá, respectivamente, en el proceso que se sigue contra *Eunice León Carrillo*, por el delito de abuso de confianza.

Antecedentes:

1. Afirma la señora Yamile Pan Abella viuda de Rodríguez, que al fallecer su esposo Jaime Rolando Rodríguez León, el 21 de febrero de 1984 en la ciudad de Medellín, portaba entre otros documentos, unas letras de cambio giradas por Daniel Navarro Borrero, las cuales, según le había comentado su esposo, le serían canceladas el 22 de febrero del mismo año con la entrega de una finca ubicada en Puerto Lleras.

2. Trasladado el cadáver a Villavicencio y el día del entierro, la madre del difunto, señora Eunice León Carrillo, le comunicó a doña Yamile que Daniel Navarro, exigía dos millones de pesos para entregar el inmueble y que una de sus hijas se encontraba secuestrada, motivo por el cual requería que se legalizaran los títulos de la finca, pues esa era la exigencia que se le haría para dejarla en libertad.

3. Ante el fingido dolor de doña Eunice León Carrillo, agrega la denunciante, que accedió a autorizarla para que realizara la precitada escritura, pero bajo la condición de que pagara algunas deudas dejadas por Jaime Rolando Rodríguez León.

4. Corrida la escritura pública en la Notaría 16 del Círculo de Bogotá, se estableció que el traspaso se hizo a nombre de Isabel Carrillo de León, madre de doña Eunice y que transcurrido el tiempo,

ésta no cumplió con lo pactado en cuanto se refiere al pago de las deudas adquiridas por Jaime Rolando.

5. Proferido auto inhibitorio por el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal de Villavicencio e impugnado por la denunciante, el Tribunal Superior de esa ciudad, lo revocó y ordenó abrir la correspondiente investigación porque "no se descarta que la señora Eunice León Carrillo, haya incurrido en alguno de los delitos de que trata el Código Penal, como el de *constreñimiento ilegal* (art. 276), *extorsión* (art. 355), o *estafa* (art. 356), por ejemplo...".

6. Adelantada y cerrada la investigación, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, por auto de febrero 10 de 1986, se declaró incompetente para continuar conociendo del proceso, ordenando su envío al Juzgado Penal del Circuito (Reparto) de Bogotá, por competencia, proponiendo colisión negativa.

Consideró dicho juez, que la conducta denunciada se tipifica objetivamente como abuso de confianza, concluyó la competencia en esta ciudad por cuanto aquí se elaboró la escritura pública, título con el que se transfirió la propiedad de la finca.

7. Correspondiendo en reparto el expediente al Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Bogotá, por auto de 10 de febrero del presente año, no aceptó la colisión de competencia negativa propuesta por su homólogo de Villavicencio y dispuso la remisión de las diligencias a esta Corporación para que se dirima el conflicto.

Expuso esta juez, que si bien no era posible tipificar el abuso de confianza tratándose de bienes inmuebles, aún bajo la hipótesis de este delito, para efectos de competencia, no existía duda respecto a que fue en Villavicencio donde se llevaron a efecto los "hechos que dieron lugar" a la posterior firma de la escritura.

Consideraciones de la Corte:

1. *Ante la gama de posibilidades propuestas por el Tribunal* de Villavicencio *para adecuar la conducta denunciada como delito, el Juez Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, optó por otra curiosa vía como es la de estructurar el delito de abuso de confianza con bienes inmuebles desconociendo la expresa y clara determinación que hace nuestro Código Penal en cuanto al objeto material de este delito.*

2. *Razón le asiste, a la Juez* Veintitrés *Penal del Circuito* de Bogotá *para no compartir y criticar férreamente el criterio del colisionante en cuanto a la adecuación de la conducta, más no acierta en sus posteriores argumentaciones para no aceptar la colisión negativa propuesta.*

En efecto, en la hipótesis del delito de abuso de confianza, como lo ha sostenido la Sala reiteradamente, éste se consuma en el momento y lugar donde el sujeto activo efectúa sobre el bien actos externos de ejecución, esto es, aquellos realizados en perjuicio patrimonial de la víctima y en relación con los cuales sea posible inferir el ánimo de apropiación ilícita de los bienes o dineros recibidos por el sindicado a título no traslativo de dominio, pues se trata de un delito de resultado de consumación instantánea que coincide con el momento en que el

actor decide desconocer la ajenidad de la cosa, precariamente recibida y ejercer sobre ella señorío de propietario.

3. *Pero, el hecho que la colisión se haya propuesto tomando como fundamento un presunto delito de abuso de confianza, no significa que el juez colisionado tenga, imperiosamente, que limitar su análisis al supuesto propuesto, no obstante considere la imposibilidad jurídica de estructurar ese delito, pues el criterio del colisionante no puede limitar el del colisionado, en este o cualquier proceso, sino que de acuerdo con las leyes vigentes aplicables al caso, impera a los funcionarios en conflicto, al igual que al encargado de solucionarlo, valorar las pruebas allegadas a la investigación y adecuar el supuesto fáctico a la descripción típica que corresponda.*

4. El procedimiento contrario, que fue el adoptado por la Juez Veintitrés Penal del Circuito de esta ciudad, es equivocado por cuanto implica fijar la competencia de conformidad con un delito que no se tipifica y por tanto, se está creando un hecho punible para determinar la competencia, violando los principios de legalidad del delito, del juez y por ende, del proceso.

5. *Al no ser posible tipificar el delito de abuso de confianza sobre bienes inmuebles, es ilógico trabar el conflicto negativo de competencia en el momento consumativo de este delito, pues por la naturaleza del objeto material de este delito ni siquiera es dable llegar a esa conclusión con el criterio de que se trata de una calificación provisional.*

6. Ahora, si bien el Tribunal Superior de Villavicencio, en el auto por medio del cual revocó la decisión inhibitoria y ordenó abrir investigación planteó diversas hipótesis delictiva, lo cierto es que la finalidad del auto cabeza de proceso, radica, entre otras, en establecer si se infringió la ley penal; por tanto, *una vez adelantada la investigación o con las pruebas que se tengan allegadas al proceso, corresponde establecer la respectiva adecuación típica que puede o no coincidir con la anunciada, si se hizo, en el momento de ordenar la iniciación del sumario y si existe duda sobre si efectivamente se cometió un hecho punible y por tanto, respecto a su tipificación, impera fijar la competencia de conformidad con los hechos de que trate el expediente, pues necesariamente debe atribuirse la investigación a un juez para que tome las decisiones respectivas.*

Y si estos hechos acaecieron en diversos lugares, como sucede en este caso, debe dar aplicación a la competencia a prevención regulada en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, correspondiendo, en consecuencia, conocer de este proceso al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio por ser quien inició la presente investigación y no se tiene conocimiento que se haya formulado otra denuncia y que exista expediente por estos hechos en otro juzgado.

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

Resuelve:

1. *Dirimir* la colisión de competencia, suscitada entre el Juez Segundo Penal del Circuito de Villavicencio y la Juez Veintitrés Penal

del Circuito de Bogotá, en el sentido de que es competente el primero para seguir conociendo de este proceso.

2. *Remitir* por la Secretaría de la Sala, copia de esta providencia al Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. Intervinientes

La Corte en reiteradas decisiones ha dicho que, para el trámite del recurso de casación, lo que la norma quiso exigir fue una manifestación "escrita, expresa e inequívoca", morigerada esta concepción respecto del procesado, a quien debe aceptársele el empleo de palabras similares

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

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*.

Aprobada Acta número 32 de mayo 13 de 1987.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de hecho debidamente interpuesto por el procesado *Jairo Jiménez Mora* contra el auto de 7 de febrero del corriente año, por medio del cual, el Tribunal Superior de Tunja le negó el extraordinario de casación interpuesto dentro del término legal, es decir, al momento de recibir notificación personal de la sentencia de 15 de noviembre de 1986, con la manifestación de "apelo".

Agotado el trámite previsto en el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, se procede a resolver lo que legalmente corresponda.

Actuación procesal:

El Juzgado Quinto Superior de Tunja consultó su sentencia de 10 de julio de 1986 mediante la cual condenó a Jairo Jiménez Mora a la pena privativa de la libertad de doce (12) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio en la persona de César Emilio Cano Díaz en hechos ocurridos el 10 de agosto de 1985, la cual, fue reformada por el Tribunal Superior de la misma ciudad en fallo de 15 de noviembre de 1986, en el sentido de reducir la pena privativa de la libertad en un (1) año, o sea que la fijó definitivamente en once (11) años de prisión.

El procesado, al momento de recibir la notificación personal del fallo condenatorio, manifestó que "apelo", según aparece a folio 31 de las copias remitidas por el *ad quem*.

En providencia de fecha 7 de febrero del corriente año, el Tribunal Superior de Tunja negó el recurso interpuesto por el procesado contra la sentencia de segundo grado argumentando que " . . . si bien el recurso se interpuso dentro del término como lo dispone el artículo 573 de la obra antes citada no se hizo 'por medio de memorial' como lo dice el

artículo antes transcrito. Por tanto, el recurso de casación que pretendió interponer el procesado Jiménez Mora contra la sentencia de fecha noviembre 15 del año pasado (1986) proferida por esta Corporación (fl. 9, C. Nº 3), debe negarse".

En escrito recibido en la Secretaría del Tribunal el 13 de marzo siguiente, el procesado interpuso recurso de reposición y subsidiariamente el de "hecho", contra el auto de fecha 7 de febrero inmediatamente anterior, con el cual se le negó el extraordinario de casación, aduciendo reiterada jurisprudencia de esta Sala y demandando del Tribunal la concesión del recurso, pues, su negativa, comporta ostensible violación del derecho de defensa consagrado en la Carta en su artículo 26.

Mediante providencia de fecha primero de abril último, fue negado el recurso de reposición interpuesto por el procesado, pero, se concedió el de hecho y se ordenó expedir las copias pertinentes para que se surta de conformidad con lo previsto en el artículo 304, inciso 1º del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte:

El artículo 570 del Código de Procedimiento Penal consagra como titulares del recurso extraordinario de casación, entre otras, al procesado, porque, éste como titular del recurso, tiene derecho a evitar que la sentencia que lo perjudica pueda adquirir firmeza cuando, en su concepto, se hubiere construido con notoria violación de la ley, o sea, que si el fallo de segundo grado dictado por un Tribunal Superior y por el factor sanción lo permite, el procesado puede provocar los actos procesales tendientes a su logro y convertirse en parte recurrente dentro del mismo.

Así mismo, aparece plenamente establecido que Jiménez Mora, *al momento de recibir la notificación personal del fallo condenatorio de segundo grado, manifestó su inconformidad con él al consignar que "apelo", es decir como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, interpuso el único recurso viable cual es el extraordinario de casación, pues, al procesado de modo alguno puede exigírsele precisión en los términos ya que lo importante es su deseo inequívoco de impugnar la sentencia que le es desfavorable. Negársele el recurso so pretexto de no haber sido interpuesto el de casación sino el de apelación, por ser éste improcedente contra la sentencia de segundo grado, es tanto como limitar el derecho de defensa que consagra nuestra Constitución.*

Así mismo, el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal determina la forma de interponer el recurso extraordinario de casación por quien tiene personería para impugnar el fallo de segundo grado, " . . por medio de memorial dirigido al Tribunal que hubiere dictado la sentencia recurrida . . .", y, precisamente la negativa del Tribunal Superior de Tunja *para conceder el recurso extraordinario de casación, radica en que el procesado, no obstante haber manifestado su inconformidad con la sentencia citada, no envió a la Corporación, dentro del término previsto en el artículo 573* ibidem, *"memorial" en que manifestara su voluntad de recurrir el fallo condenatorio, en casación.*

Resulta equivocado el concepto expuestò por el Tribunal, porque, la Corte en reiteradas decisiones ha dicho que lo que la norma quiso exigir fue una manifestación "escrita", expresa e inequívoca "de que se propone el recurso extraordinario de casación. Esta concepción morigerada por la jurisprudencia respecto del procesado al admitir que éste, por su ignorancia o falta de conocimientos jurídicos, debe aceptársele el empleo de palabras similares como 'apelo' ", como ocurrió en este caso, o, recurro o pido "revisión" ante la Corte, ya que, por el estado procesal en que se encuentra el juicio, el recurso posible es el de casación y no el de apelación o el extraordinario de revisión, los cuales son improcedentes. El primero, porque no se halla consagrado por la ley entratándose de sentencias de segundo grado, y, el segundo, por ser únicamente viable cuando la sentencia definitiva ha alcanzado ejecutoria, es decir, ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Finalmente, la Corte "...ha interpretado el vocablo 'memorial' como sinónimo de 'escrito'. Con base en este criterio, acepta el recurso interpuesto en el acto de la notificación personal de la sentencia, pues considera que dicho menester implica un escrito idóneo para expresar la voluntad concreta de recurrir en casación. Sin embargo, es lógico que si no se hizo esta específica manifestación en aquella oportunidad, el recurso deberá interponerse mediante memorial, como lo ordenan los preceptos que lo regulan" (Casación y revisión en materia penal. Doctor Fabio Calderón Botero, pág. 51).

Como el procesado Jairo Jiménez Mora fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Tunja, por el delito de homicidio y al momento de notificarse del fallo manifestó que "apelo", resulta viable el recurso extraordinario de casación de conformidad con lo previsto en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual se concederá, en el efecto suspensivo y para ante esta Corporación.

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

Resuelve:

1º *Revocar* el auto de fecha 7 de febrero de 1986, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja negó al procesado Jairo Jiménez Mora el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de fecha 18 de noviembre inmediatamente anterior.

2º *Conceder*, en efecto suspensivo y para ante esta Corporación, el recurso extraordinario de casación interpuesto oportunamente por el procesado contra la providencia de fecha, naturaleza y origen ya citados.

3º Previa citación de las partes, solicítese el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. MINISTERIO PUBLICO

La Corte entiende, conforme a la reglamentación legal del recurso de casación, que no es posible para la Procuraduría Delegada en lo Penal, desistir del mismo cuando ha sido interpuesto por el Fiscal del Tribunal

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

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 31 de mayo 12 de 1987.

Vistos:

El recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Montería, funcionario que elaboró la correspondiente demanda. Por su parte, la Procuraduría Delegada para lo Penal manifiesta que "se opone a las pretensiones del demandante y depreca la desestimación del recurso extraordinario de casación".

Se pretende entonces por la Delegada desistir el recurso interpuesto por el Fiscal del Tribunal; la Corte entiende que conforme a la reglamentación legal del recurso ello no es posible ya que quien podría hacerlo válidamente sería el mismo funcionario que lo interpuso.

En efecto; podría pensarse que por ser el Ministerio Público un ente unitario administrativamente considerado; por ello desde un punto de vista jerárquico y funcional los Delegados o el Procurador en el caso que nos ocupa podrían suplantar al funcionario que interpuso el recurso y sustentó la demanda, para efecto de desistirlo; sin embargo, tal unidad no es óbice para entender la autonomía funcional de cada Fiscal y no permite introducir en el proceso penal, ni en sede de casación la idea de operancia de un cuerpo con varios actores que se rigen por los criterios jerárquicos de la entidad a la que pertenecen, antes que por las normas generales de derecho y particulares del procedimiento penal colombiano.

Aceptar tal posibilidad haría patente un desorden procesal que no es admisible ni correcto en nuestro derecho, donde bajo ese criterio podrían participar varias personas a nombre del Ministerio Público en diferente sentido hasta llegar a la opinión del Procurador General.

Para la Sala es claro que el concepto unitario de la Procuraduría desde el punto de vista jerárquico y funcional, fundamental para ese organismo en el cumplimiento de su importante labor constitucional y legal, debe entenderse en su estricto sentido de organización interna pero jamás puede dar pie para variar las reglas procesales; en ese sentido, son claros los mecanismos de representación de ese órgano, que se entiende le corresponde al funcionario destacado ante la respectiva instancia y excepcionalmente por voluntad del Procurador puede ocu-

rrir el desplazamiento temporal y con relación a un determinado proceso en el cual se sustituye al funcionario permanente por un delegado especial, mediante un acto procesal perfectamente claro y definido en el cual se opera un cambio del sujeto activante asumiendo el agente especial las funciones de parte procesal que la ley reconoce al Ministerio Público.

Tal conclusión no excluye la posibilidad de que al interior de la Procuraduría se ordenen jerárquicamente determinadas actuaciones procesales que deben ser cumplidas por el funcionario del Ministerio Público de la instancia, a riesgo en el caso de rebeldía de incurrir en sanciones disciplinarias, sin que ello afecte para nada el proceso penal.

En lo referente al recurso extraordinario de casación es indudable, conforme a las disposiciones legales que lo regulan, que el Ministerio Público lo representa en forma exclusiva y excluyente, como parte recurrente el Fiscal del Tribunal Superior, o el agente especial que haga sus veces, representación que lo habilita para interponer el recurso ante el respectivo Tribunal y para presentar la demanda ante la Corte (571) siendo en ese sentido la participación del Procurador Delegado en lo Penal ante la Corte de casación accesoria en cuanto sólo le es posible ampliar las tesis consagradas en la demanda de sustentación elaborada por el Fiscal del Tribunal o abstenerse de conceptuar sin que le sea posible otra manifestación.

Por último debe recordarse que la tendencia es la de limitar aún más la actividad de la Procuraduría Delegada en lo Penal, pues el nuevo Código de Procedimiento de próxima vigencia, elimina el traslado a que hace referencia el actual artículo 571, a la Procuraduría.

Como consecuencia de lo anterior se impone el estudio de la demanda formulada por el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Montería, la que, reúne en su aspecto formal los requisitos señalados en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual, de acuerdo con el artículo 578 del mismo estatuto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal *declara ajustada* a las exigencias legales el mencionado escrito sustentatorio del recurso de casación, y, ordena consecuencialmente surtir traslado de la misma por el término de quince (15) días a las partes no recurrentes.

Para la notificación personal de esta providencia al procesado Jesús María Espitia Pacheco privado de la libertad en la Cárcel Nacional Las Mercedes de la ciudad de Montería, líbrese despacho comisorio al Juez Segundo Superior de la misma ciudad, con los insertos del caso.

En su oportunidad, vuelvan las diligencias al despacho del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez para que continúe el trámite correspondiente.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, (Salva Voto); *Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel,* (Salva Voto); *Gustavo Gómez Velásquez,* (Salva Voto); *Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga,* (Salva Voto); *Edgar Saavedra Rojas, Doctora Wanda Fernández* (Conjuez),

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

En cuanto al recurso de casación, éste puede ser interpuesto por el Ministerio Público actuante ante el Tribunal correspondiente, o por quien haga sus veces de manera especial. La Procuraduría Delegada para lo Penal, tiene la facultad de ampliar la tesis consignadas en la correspondiente demanda de sustentación que el primero de los mencionados agentes del Ministerio Público, haya cursado, o abstenerse de ejercer esta facultad en los términos indicados.

Aquí ocurre que, la Procuraduría, en uso de la atribución que consagra el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, manifiesta que "se *opone* a las pretensiones del demandante y depreca la desestimación del recurso extraordinario de casación".

Esta situación nos ha llevado a analizar, nuevamente, los alcances de la intervención de la Procuraduría General de la Nación, en recursos de casación interpuestos por los Fiscales de los Tribunales. Y la importancia del asunto aparece de bulto cuando se debe dar respuesta a uno cualquiera de los siguientes interrogantes: ¿Puede la Procuraduría desistir de una impugnación presentada por el Fiscal del Tribunal?; si éste desiste del recurso y la Procuraduría, por el contrario, considera necesario o conveniente mantenerlo, ¿cuál voluntad se atiende y prevalece?; ¿es posible que ante la inercia de un fiscal para presentar la correspondiente demanda, la Procuraduría pueda sustituirle en este cometido?; ¿y, se debe limitar su actuación a ampliar, únicamente, los términos de la demanda suscrita por el Ministerio Público recurrente?

Sea lo primero transcribir lo que la Sala ha dicho sobre algunos de estos puntos. Con ponencia del Magistrado Pedro Elías Serrano, se anotó: "... Cuando es un Fiscal del Tribunal Superior quien interpone recurso de casación, o un agente especial que lo haya desplazado en el proceso como aquí acontece, debe tenérsele como parte recurrente para los efectos de presentar la respectiva demanda dentro de los términos que señala la ley según preceptúa el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, Esa demanda podrá ser ampliada por el Procurador General de la Nación agrega la parte final de la disposición en cita.

"Ampliar es dilatar, extender, agrandar, aumentar, pero nunca corregir pues esto último equivale a enmendar, a volver mejor; y tiene como ideas afines, entre otras, las de rectificar, depurar, componer, transformar, cambiar, etc.

"En el presente caso el Procurador Delegado toma la demanda del Procurador Regional (Agente Especial) para decir, y es frase suya, que la coadyuva pero no la amplía sino que la precisa y, al proceder así, la convierte en algo distinto pues de la violación directa de la ley sustancial que inicialmente se aduce pasa a la violación indirecta por falta de aplicación y el error de derecho lo torna en error de hecho para confeccionar, de tal manera, una nueva y diversa impugnación.

"Es cierto que desde la Procuraduría General de la Nación hasta las Personerías Municipales el Ministerio Público es uno solo, pero no menos cierto resulta que sus agentes tienen funciones y facultades diferentes claramente indicadas por la ley de acuerdo con la posición que ocupen. De donde se infiere que sus actuaciones en un determinado asunto pueden no coincidir y aún llegar al antagonismo.

"Si se toman las cosas como el Procurador Delegado las plantea se va más allá de la facultad de ampliación que le asiste porque coadyuvancia, palabra ésta que no aparece utilizada en la norma, es contribución o ayuda pero no enmienda o corrección. Si se toman sus alegaciones con prescindencia de las que aparecen en la demanda por considerarlas de mayor técnica y densidad, hipótesis ésta que bien puede invertirse con idénticos resultados, se sustituye la persona y el cargo mismo de quien podía formular la impugnación y a quien la legislación en vigencia otorga el carácter de parte recurrente. Y, finalmente, si se intenta combinar lo que dicen uno y otro se desemboca en evidente contradicción precisamente porque no hay ampliación de la demanda primitiva sino transformación o cambio de la misma.

"Antes de 1954 correspondía a la Procuraduría General de la Nación sustentar el recurso de casación interpuesto por un Fiscal de Tribunal Superior. A partir de la vigencia del Decreto 1154 de dicho año la intervención de la Procuraduría se redujo a la posibilidad de ampliar la demanda elaborada por el Fiscal recurrente y, en relación con el nuevo régimen procedimental, la Corte dijo: 'Esta facultad, bien entendida, implica no sólo la de ofrecer más argumentos de los expuestos en el escrito respectivo o la de presentar otros motivos de casación dentro de la causal invocada —lo que equivaldría a reforzarla— sino la de acudir a otras causales distintas a aquellas de que se valió el Fiscal' (Casación de 31 de agosto de 1955, G. J., T. LXXXI, pág. 253).

"También ha dicho la jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público en sus diferentes grados o peldaños constituyen 'un todo inescindible' y resulta cierto lo dicho si en ellas puede hallarse armonía conceptual y no discrepancia o disparidad de criterios, verdaderas ampliaciones en los términos dichos en el párrafo anterior pero no rectificaciones, cambios o transformaciones. Lo indicado cuando se presentan estas actuaciones imposibles por parte de la Procuraduría es hacer a un lado ese aporte que, se repite, no constituye ampliación sino depuración o retoque que excede la función que la asigna la ley y examinar la demanda tal como fue presentada por la parte recurrente constituida por el Fiscal de Tribunal o por aquél que lo haya desplazado (art. 28 de la Ley 25 de 1974, art. 106 del C. de P. P.)..." —abril 27 de 1982—.

Estimamos, pese a la argumentación de mayoría, que este criterio merece cambiarse y orientar la jurisprudencia, más bien, en sentido diferente. Al respecto se comenta:

1. Es imprescindible considerar la unidad que preside el funcionamiento del Ministerio Público y atender a las consecuencias de esta jerarquización que no tiene, solamente, una connotación burocrática sino que responde a condicionamiento evidente de su eficacia en el ejercicio totalizante de sus varias funciones. Todos los funcionarios del

Ministerio Público están llamados a "recibir directrices funcionales, operativas y doctrinarias del Procurador General de la Nación que tiene a su cargo la responsabilidad de dirigir, orientar, y si fuere del caso asumir directamente el ejercicio del Ministerio Público ante los funcionarios de la Rama Judicial" (ver expediente 1106, demanda contra el artículo 28 de la Ley 25 de 1974).

2. Esta caracterización la ha reconocido la Corte en varias ocasiones (con excepción de lo relacionado con los Personeros Municipales —art. 28, inc. 2º de Ley 25 de 1974, expediente 1468, Magistrado ponente Hernando Gómez Otálora— octubre 9 de 1986), al estudiar y aceptar la constitucionalidad de las normas que autorizan al Procurador, en cualquier momento, para determinar la sustitución de un agente del Ministerio Público por uno especial, designado por él. En expediente número 1106, demanda del artículo 28 de la Ley 25 de 1974, ponencia del Magistrado Ricardo Medina Moyano (marzo 8 de 1984), se dijo: Segundo. Es necesario así mismo destacar, como consecuencia de la naturaleza y fines del Ministerio Público, su carácter eminentemente unitario, lo cual no es incompatible con la necesidad de una organización amplia y jerarquizada que le permita ejercer su autoridad en la Nación entera sobre sus agentes fiscales". Esta unidad se evidencia en los artículos 143 y 144 de la Constitución Nacional y la desarrollan los artículos 101 y 102 del Código de Procedimiento Penal. Además después de alertarse sobre una indebida comparación de identidad con la Rama Jurisdiccional, ante la cual interviene la Procuraduría en una de sus múltiples y polifacéticas actividades, y que por ello se le reconocen algunas garantías, se puntualizó: Su "estructura interna, institucionalmente se asemeja más a la organización administrativa, con la existencia de un poder disciplinario y de instrucción sobre el desempeño de sus labores, por parte de los funcionarios que de él dependen y con respecto a los cuales, se desempeña el Procurador General con el carácter de una auténtica jefatura".

3. Estas nociones son fundamentales para interpretar el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal y deducir las soluciones más aconsejables para los interrogantes inicialmente formulados.

¿De qué valdría esa unidad y jerarquización si cada miembro del Ministerio Público se siente vocado a obrar con absoluta autonomía, llegándose a desconocer una explícita indicación de la Procuraduría, en orden, por ejemplo, a que se interponga un recurso, se desista de él y, en caso de ser desoído, a asumir directamente este rol?

4. Insistir en esta unidad de estructura, en esta vertical intercomunicación, en esta jerarquización que impone constante contacto, vigilancia, orientación y acatamiento, es enfocar en debida forma la institución y establecer las consecuencias necesarias y adecuadas, dentro de las cuales no es posible la coetánea disparidad fundamental de criterios y actitudes. Así, pues, no se concilia con la obtención de estos fines, aceptar que los fiscales interpongan recursos que la Procuraduría desestima por perjudiciales, antitécnicos o nocivos. Esta correspondencia y armonía establece por sí el imprescindible criterio de considerar a la Procuraduría, en su función de Organismo superior e interviniente ante la Corte, como quien tiene la capacidad procesal para manifestar si un recurso debe o no mantenerse.

5. También conviene destacar, a este mismo respecto, que no resulta de ninguna lógica reconocer que la Procuraduría puede ordenar y ser atendido so pena de condignas represiones disciplinarias, la orden de introducirse, por un fiscal, un recurso, pero desconocerle como atributo suyo el que pueda desistir de él; como tampoco que pueda llegar a sustituir, así sea inopinadamente a un fiscal, pero, en cambio, no tenga repercusión alguna el desistimiento del recurso por aquél interpuesto. O sea, que pudiéndose lograr el mismo efecto (desistimiento) por vías más expeditas y directas se impone el expediente de la sustitución comentada o del mandato de no cursar la correspondiente demanda. Aquí sí que se hace necesario recordar y aplicar la máxima de que quien quiere y puede lo más, puede y quiere lo menos.

6. Pero agréguese una adicional y secundaria explicación: Tal como estaba regulado el instituto de la interposición del recurso de casación, por parte del Ministerio Público, inicialmente fue dable entender que se reservaba al directo impugnador el total control y disposición del recurso. En efecto, el Código de Procedimiento Penal se desentendió de la Procuraduría en cuanto a que ésta fuera la llamada a presentar la demanda pues ésta era compromiso de quien lo había interpuesto. Posteriormente, y esto denota ya un cambio de sistema que fue acentuándose hasta desembocar en la posibilidad de sustituir a los fiscales (Ley 25 de 1974, orgánica de la Procuraduría General de la Nación), se mantuvo la interposición del recurso por parte del respectivo agente del Ministerio Público y la presentación de la demanda a cargo de la Procuraduría, quien de omitirla daba al traste con el recurso. Desde entonces ya fue posible doctrinariamente aceptar que si podía eliminar el recurso de esta manera, también podía, más directamente, expresar su voluntad de desistir. Luego, por razones que más adelante se comentarán pero que nada tienen que ver con una prohibición para la Procuraduría de intentar el desistimiento, exigió del impugnante la obligación de sustentar el recurso, pero concediendo a la Procuraduría la oportunidad de ampliar la demanda, entendiéndose esta facultad en el sentido restringido que se dejó indicado con la transcripción de la correspondiente decisión de la Corte, aunque en doctrina no del todo pacífica.

7. De ésto, máxime mediando la Ley 25 de 1974, artículo 28, reformatorio del artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, no puede deducirse, en forma simplista y con abandono del contexto y la finalidad de todo el ordenamiento que estructura la Procuraduría, que si la ley sólo ha previsto una restringida facultad de coadyuvancia (ampliar la demanda —art. 571 *ibidem*—), es porque se quiere vedar su posible reemplazo en este cometido y menos auspiciarle el que desista de la impugnación. Este modo de pensar que, se repite, contraviene aspectos más substanciales (unidad, jerarquía, sustituibilidad, etc.), no refuta, tampoco, la prosperidad de no pocos recursos a expensas no tanto del contenido de la demanda como sí de su ampliación o la identidad que, según el ya copiado pronunciamiento de la Corte, caracteriza a una y otra actividad, o sea, la del Fiscal y la de la Procuraduría.

8. La última enmienda (que fue anterior a la Ley 25 de 1974 y que viene a mudar los esquemas de interpretación), no quiso desalojar la intervención de la Procuraduría, ni ofrece por sí, argumento suasorio

para inhibir una interpretación como la que hoy sustentamos, afincada ésta no tanto en el aislado texto del artículo 571 como sí a todo el ordenamiento jurídico que debe entrar en juego cuando se trata de un estudio completo del Ministerio Público. La ley ha querido, en síntesis, facilitar la impugnación pues cuando permitió esta intervención del Fiscal reconoció en él mayores aunque no excluyentes facilidades de enteramiento en cuanto a los pronunciamientos de los Tribunales, y, además se propuso con la obligación de cursar la correspondiente demanda, comprometer un inicial juicio de seriedad, un primer esfuerzo de análisis, porque por averiguado se tiene que cuando no se exigen sustentaciones los recursos tienden a proliferar. Pero de allí no se debe concluir que la Procuraduría está inhabilitada, en caso de omisión voluntaria o involuntaria del Fiscal, para sustituirle en la presentación de la demanda o para desistir del recurso interpuesto y sustentado por aquél.

9. En consecuencia debe concluirse que los fiscales por sí o por orden de la Procuraduría, quien asumirá las consiguientes responsabilidades, pueden interponer el recurso de casación; también puede hacerse directamente por la Procuraduría, quien queda habilitada para cursar la correspondiente demanda, en defecto de aquellos o para desistir del recurso interpuesto por los mismos y hacer prevalecer su voluntad en este campo, cuando se advierta contrariedad entre la actitud y propósito de unos y otra. Esta la opinión que tenemos sobre esta cuestión, bien diferente por cierto de la estimación de mayoría. Dé ahí entonces, la razón de ser de este disentimiento.

Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga, Guillermo Dávila Muñoz, Jaime Giraldo Angel.

CULPABILIDAD

El dolo debe irrigar toda la conducta en el delito. Si no se acredita plenamente esa intención de obrar contra derecho, el delito desaparece todas las veces que circunstancias de hecho determinen una conducta que engendra la creencia de que se está obrando justa y legalmente, es decir, de buena fe

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

Magistrados ponentes: Doctores *Edgar Saavedra Rojas y Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 032 del 13 de mayo de 1987.

Vistos:

Surtido el trámite de la segunda instancia, se pronunciará la Corte Suprema de Justicia sobre la apelación interpuesta por el defensor de la sentenciada *María de los Angeles Reina de Asuad* contra la sentencia de primera instancia de fecha diecinueve (19) de junio del corriente año, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a la procesada a la pena principal de diecisiete (17) meses de prisión por los delitos de detención arbitraria y prevaricato por acción.

Hechos:

La Corte, en providencia de diez (10) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), resumió los hechos que dieron origen al diligenciamiento, y de allí se transcribe lo siguiente:

"En el Juzgado 69 de Instrucción Criminal radicado en Bogotá cursaba en comisión por el año de 1984 un proceso por el delito de fraude procesal en el que, en un comienzo, figuró como apoderado de los sindicados el abogado Azael Alba Mendoza, quien luego pasó a ser acusado por el mismo ilícito, en compañía de otros dos profesionales del derecho, a petición del representante de la parte civil (fl. 17 del cuaderno original).

Por considerar la titular del Despacho, doctora María de los Angeles Reina de Asuad, que el ilícito mencionado se hallaba 'probado', dictó el 22 de mayo de 1984 auto en el que ordenó la captura de varias personas, entre ellas el doctor Alba Mendoza, para oírlas en indagatoria. En el mismo proveído dispuso oír en injurada a la inspectora primero A Distrital de Policía doctora

Myriam Galvis, en cuyo despacho se tramitó una querella entre los propietarios y los ocupantes de la finca 'San Isidro' pues, se afirmaba por aquellos que estos últimos y sus abogados habían amañado las pruebas para obtener un fallo favorable a sus intereses (fls. 17 y 18, *ibídem*). Este fue el origen de la denuncia por fraude procesal".

Sobre estas bases, la procesada libró orden de captura en contra de Azael Alba Mendoza, entre otros. Concretada la misma lo escuchó en diligencia de indagatoria dos (2) días después de que fuera puesto a su disposición. Al terminar la diligencia, el indagado y su apoderada solicitaron a la funcionaria la aplicación del artículo 38 de la Ley 2ª de 1984 y la consecuente puesta en libertad del capturado, a lo cual no accedió la juez quien decretó luego la detención preventiva de Alba Mendoza sin reconocerle el derecho a su libertad profesional.

Ante esta determinación, una vez más la apoderada de Alba Mendoza solicitó la excarcelación de su patrocinado, y en ella fue apoyada por el personero delegado en lo penal al momento de rendir su concepto; pese a ello, la funcionaria se negó a reconocer el derecho, con argumentos que más adelante se detallarán. Contra esta decisión, el Ministerio Público interpuso el recurso de reposición que desató la juez Reina de Asuad concediendo la excarcelación bajo caución de cien (100) salarios mínimos.

Posteriormente, el auto de detención a que se ha hecho referencia fue revocado, por vía de apelación, por el Tribunal Superior de Bogotá.

Actuación procesal:

Iniciada la investigación, y a través de una diligencia de inspección judicial al proceso adelantado en el Juzgado 69 de Instrucción Criminal en contra de Azael Alba Mendoza y otros, así como por medio de las fotocopias de dicho proceso que se agregaron al expediente, se pudieron establecer los siguientes hechos:

El catorce (14) de diciembre de mil novecientos ochenta y dos se inició la investigación por el presunto delito de fraude procesal, en virtud de denuncia que instauraran Julio César Sánchez Sierra y Germán Rodríguez Sierra en contra de Roberto Camargo y otros, según hechos ocurridos durante el trámite de la querella policiva número 015 que se adelantara en la Inspección Primera A Distrital de Policía con sede en Usaquén.

En desarrollo de dicha investigación, la Juez 69 de Instrucción Criminal, doctora María de los Angeles Reina de Asuad, comisionada para el perfeccionamiento de la investigación dictó el día veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) un auto que en su parte pertinente dice:

"Teniendo en cuenta que el punible de 'fraude procesal' está más que probado, de acuerdo con las pruebas recaudadas en el plenario. Se colige que se dan los requerimientos del artículo 381 del Código Procesal Penal, para que el juzgado oficiosamente proceda a ordenar la vinculación de todos los autores intelectuales

del reato a investigar, el que afecta con mayor vigor el bien jurídico de la administración de justicia.

En consecuencia, ordénase la captura, para ligar mediante injurada a las siguientes personas:

Jorge Vargas Linares, Azael Alba Mendoza, Jorge Flórez Gacharná y Angel María Lemus Salgado y, dentro del término de ley resuélvaseles la situación jurídica.

En lo tocante a la injurada de la doctora Myriam Galvis de Castro, Inspectora Primera A Distrital de Policía, en su oportunidad se fijará fecha y hora, y, establézcase la calidad de funcionaria".

El señor Azael Alba Mendoza fue capturado por unidades del Departamento Administrativo de Seguridad el día once (11) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y en la misma fecha fue puesto a disposición del Juzgado 69, autoridad que ordenó su encarcelamiento mediante boleta número 012 de la misma fecha, según constancia que aparece en las copias del proceso.

El capturado Alba Mendoza fue escuchado en diligencia de indagatoria el día trece (13) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), y en ella fue asistido por la abogada Gladys Rosa Buitrago Gómez. En tal diligencia, el procesado manifestó: "...mensualmente devengo aproximadamente cien mil pesos ($ 100.000.oo) que los invierto en gastos de oficina, hogar, ...no tengo bienes de mi exclusiva propiedad,...", igualmente, en la parte final de la injurada, el acusado manifestó:

"...Yo quiero dejar constancia que de acuerdo a las preguntas del interrogatorio que se me ha hecho hoy no veo que se me atribuya un acto concreto que *implique* un *fraude del proceso de Policía*, sino que todo se limita a suponer cosas que si se encuentran corrijo, que contrarían los fundamentos legales que expuse como abogado titulado y facultado para ejercer la profesión y en defensa de los derechos de mi cliente cumpliendo con el deber profesional de defender los intereses particulares que me han confiado... *además solicito de parte de la doctora que se dé aplicación al artículo 38 de la Ley 2ª de 1984, que modificó el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, norma actualmente vigente y, que si existe contraposición o disposición anterior a la ley* citada *debe tener* aplicación *por ser posterior y de acuerdo al principio general de la interpretación de las leyes y además el principio de favorabilidad*" (Subraya la Sala).

Así mismo, el día trece (13) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), terminada la indagatoria, la apoderada del procesado entregó al juzgado un memorial en el cual solicitó la libertad del acusado en virtud de lo dispuesto en el artículo 38, inciso 4º de la Ley 2ª de 1984, y subsidiariamente la excarcelación según lo consagrado en el artículo 44 numeral 1º de la citada ley.

Estas anteriores peticiones fueron completamente ignoradas por la Juez 69 de Instrucción Criminal, quien resolvió la situación jurídica del indagado el día dieciocho (18) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) decretando la detención preventiva de Azael Alba Men-

doza por el delito de fraude procesal. En la motivación de dicha providencia ni siquiera se refirió a las peticiones que le fueron hechas, y las consideraciones de valoración de las pruebas recaudadas se refirieron a cuestiones generales acerca de la validez del testimonio, sin precisar análisis de ninguna naturaleza en cuanto a la concreta prueba testifical recaudada en el sumario.

El día veinte (20) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), se presentó al Despacho del Juzgado 69 de Instrucción Criminal otro de los procesados cuya captura se había ordenado (Jorge Flórez Gacharná) y rindió indagatoria asistido de su apoderado quien, al finalizar la misma, solicitó al juzgado la cancelación inmediata de las órdenes de captura libradas en atención a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 2ª de 1984, norma que sirvió así mismo de fundamento para solicitar la libertad del indagado en forma inmediata. El Juzgado 69 de Instrucción Criminal, en auto de sustanciación calendado el veinte (20) de junio del mismo año, se abstuvo de decretar la detención preventiva del indagado, al observar que "no se dan a cabalidad los requerimientos del artículo 439 del Código Procesal Penal, para proferir en su contra medida precautelar, . . .".

El día veintiuno (21) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), la apoderada de Alba Mendoza interpuso por escrito el recurso de apelación contra el auto que ordenó la detención preventiva de su patrocinado; en memorial separado, solicitó nuevamente la concesión del beneficio de libertad provisional para el detenido, argumentando para ello los claros preceptos de la Ley 2ª de 1984, y poniendo de presente a la juez que petición similar y anterior no le fue resuelta. Allegado el concepto favorable del representante del Ministerio Público a esta solicitud, el juzgado regido por la doctora María de los Angeles Reina de Asuad resolvió en providencia del cinco (5) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) negar la excarcelación solicitada con los siguientes argumentos:

> "En esta oportunidad, el despacho se aparta de manera muy respetuosa del criterio del señor Personero, porque considera que la prueba que se tuvo en cuenta en el momento de resolver la situación jurídica del sindicado, todavía continúa en pleno vigor para mantener vigente la medida precautelativa. Además se allegaron al proceso posteriormente, antecedentes que le aparecen al encartado Azael Alba Mendoza, razón esta que tiende a ratificar la determinación tomada en contra el inculpado.
>
> Analizadas las causales de libertad previstas por el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, este despacho estima que ninguna de ellas es aplicable en el presente caso".

Como se ve en la anterior transcripción, no se ocupó la juez de tener en consideración siquiera las normas que se le citaron por parte del sindicado Alba Mendoza al momento de su injurada, por su apoderada en los dos memoriales de solicitud de libertad presentados, y por el señor personero en su concepto previo al auto citado.

Contra la anterior determinación, el colaborador fiscal interpuso el recurso de reposición poniendo de presente a la juez, nuevamente,

las normas consagradas en la Ley 2ª de 1984, y aclarando que si bien es cierto que al cuartado Alba Mendoza le aparecía una anotación de antecedentes, ello no es óbice para el reconocimiento del derecho a su libertad provisional porque la ley es clara al exigir dos o más anotaciones por delitos dolosos como base para negar la excarcelación. El recurso interpuesto fue desatado mediante auto calendado el dieciséis de julio de mil novecientos ochenta y cuatro, en el cual se concedió a Alba Mendoza el beneficio de excarcelación "con caución prendaria correspondiente al máximo de la estipulada por el inciso tercero del artículo 46 de la Ley 2ª de 1984, teniendo en cuenta la personalidad del sindicado y la gravedad de la infracción, *si bien éste ha manifestado no poseer bienes de fortuna*" (Subraya la Sala). La caución, en consecuencia, fue fijada en un total de un millón ciento veintiocho mil pesos ($ 1.128.000.oo).

Por lo demás, se comprobó que el día cuatro (4) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) se recibió en el Juzgado 69 de Instrucción Criminal a cargo de la procesada un informe de antecedentes del señor Azael Alba Mendoza, proveniente del Departamento Administrativo de Seguridad y según el cual el citado señor registra una anotación por invasión en el Juzgado 2º Penal Municipal de Bosa; posteriormente, se recibieron algunos otros informes de sindicaciones en contra del mismo acusado; el marconigrama fechado el diez (10) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), procedente del Juzgado Segundo Penal Municipal de Bosa; un oficio de fecha nueve (9) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), del Juzgado 24 Penal del Circuito y recibido en el Juzgado 69 de Instrucción Criminal el día once (11) de julio de 1984; marconigrama calendado el doce (12) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá, y oficio 685 de doce (12) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) procedente del Juzgado 73 de Instrucción Criminal recibido en el Juzgado 69 el día trece (13) del mismo año, relacionado con la misma sindicación a que hace referencia el Juzgado 6º Penal del Circuito.

Con los documentos legales correspondientes, se acreditó la calidad de Juez 69 de Instrucción Criminal que ostentaba la acusada María de los Angeles Reina de Asuad para la fecha de los hechos denunciados.

La abogada Gladys Rosa Buitrago Gómez rindió declaración jurada dentro del expediente y en ella manifestó que había percibido la animadversión que la procesada tenía hacia el aquí denunciante revelada a través de actitudes externas como fueron el no resolver la solicitud de libertad hecha inmediatamente después de terminada la diligencia de indagatoria de Alba Mendoza, la resolución adversa que en un comienzo hizo de la petición de excarcelación que se elevó posteriormente, la insuficiente motivación de los autos de detención y negativa de concesión de la libertad provisional; la orden de vinculación de Alba Mendoza al proceso por fraude procesal, a sabiendas de que el citado profesional no intervino en el proceso policivo más que luego de formulada la denuncia y en una diligencia de inspección ocular que no entrañaba fraude de ninguna naturaleza; y finalmente, la excesiva fianza fijada al momento de conceder la excarcelación. Igualmente, refirió algunos que no tuvieron comprobación dentro de este proceso,

según los cuales la acusada frecuentó en algunas oportunidades el trato personal con los denunciantes dentro del proceso que por fraude procesal tuviera que adelantar.

Durante la injurada, la procesada manifestó haber laborado durante siete años como sustanciadora en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de donde pasó a ocupar el cargo de Juez 49 Penal Municipal para luego llegar a la posición de Juez 69 de Instrucción Criminal. Como exculpación de su conducta, se remitió frecuentemente a la actuación que en copia fue aportada al proceso y la que ya fue reseñada; además, manifestó que las otras personas sindicadas dentro del proceso por fraude procesal no indagadas, no lo fueron por cuanto que no se presentaron al juzgado para tal fin. Sostuvo que negó el beneficio de libertad provisional a Alba Mendoza, porque después del concepto del Personero aparecieron más sindicaciones que lo excluían de dicho beneficio. Finalmente, manifestó que dio estricta aplicación a la ley, como debe hacerlo una funcionaria honesta y eficiente como ella.

Cerrada la fase de investigación, el Tribunal Superior de Bogotá calificó el mérito del sumario llamando a responder en juicio criminal a la procesada María de los Angeles Reina de Asuad por los delitos de *prevaricato* y *privación ilegal de la libertad*. Esta determinación fue apelada en su oportunidad, y esta Corporación, en auto de fecha veinte (20) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) confirmó el llamamiento a juicio pero por los delitos de prevaricato por acción y detención arbitraria.

Durante el término probatorio del juicio, el defensor de la encausada allegó como medio de prueba una copia de la providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de fecha doce (12) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), con ponencia del doctor Alfonso Reyes Echandía, con la cual pretenden ilustrar al juzgador sobre la posición que ha mantenido la Corte en cuanto al elemento subjetivo del delito de detención arbitraria. Así mismo, se practicó una diligencia de inspección judicial al proceso que motivó esta actuación y cuyos resultados ya fueron reseñados con anterioridad en esta misma providencia.

La diligencia de audiencia pública se realizó el día veintitrés (23) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986), y en ella la Fiscal Tercera del Tribunal Superior de Bogotá solicitó se profiriera sentencia condenatoria en contra de la enjuiciada por los delitos de privación ilegal de la libertad y prevaricato por acción, porque según el análisis de los medios probatorios por ella realizados se acreditaron suficientemente los requisitos exigidos por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal para proferir tal clase de sentencia. Por su parte, el defensor de la procesada solicitó su absolución aduciendo que las pruebas recaudadas en la etapa del juicio demuestran sin lugar a dudas la existencia de dos sindicaciones por delitos dolosos en contra del aquí denunciante, y que por lo mismo desaparece el carácter de manifiestamente contraria a la ley en la determinación de ordenar la captura por parte de la acusada, y por lo tanto se convierte en atípica la conducta lo que sucede también con la de privación ilegal de la libertad; por lo demás —señaló— no existe prueba alguna de la culpabilidad de la procesada.

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de diecinueve (19) de junio del presente año, condenó a la procesada a la pena principal de diecisiete (17), meses de prisión como responsable de los delitos de detención arbitraria y prevaricato por acción. El defensor de la procesada apeló de la decisión, argumentando al efecto que mal puede hablarse de la comisión del delito de prevaricato siendo que, a pesar de que no obraba en el proceso la prueba pertinente, el procesado Alba Mendoza registraba en su contra por lo menos dos (2) sindicaciones por delitos intencionales, y por tanto era posible legalmente librar la orden de captura para obtener su indagatoria de acuerdo con lo previsto en la Ley 2ª de 1984, insistió así mismo en la ausencia de comprobación del elemento subjetivo de la conducta.

Los argumentos de la defensa:

En la sustentación del recurso ante esta Corporación, el defensor de la sentencia solicitó la revocatoria de la providencia condenatoria proferida y la consiguiente absolución de la procesada. Reiterando los argumentos ya expuestos en la primera instancia, alegó la falta de adecuación típica de la conducta de la juez sentenciada a la norma que consagra el prevaricato, teniendo en cuenta que en contra de Alba Mendoza aparecían dos sindicaciones por delitos intencionales, con lo cual la decisión de dictar en su contra orden de captura no resultaba contraria sino acorde con las prescripciones de la Ley 2ª de 1984; acepta que el conocimiento de las sindicaciones aludidas se obtuvo luego de proferida la resolución por la enjuiciada, pero alega a su favor la aplicación del principio de favorabilidad, sin dar argumentos a esta última petición. Finalmente, reiteró su alegación en cuanto a la ausencia de culpabilidad de la procesada, la cual respaldó con citas de la indagatoria de la misma y un análisis somero de las conductas de la acusada y del denunciante, para llamar en su apoyo una jurisprudencia de esta misma Corporación.

Opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal estimó que los planteamientos vertidos en el concepto que esa misma oficina rindiera con ocasión de la apelación a que fuera sometido el auto de proceder, son suficientemente claros y precisos en esta nueva oportunidad, porque según su criterio no varió en nada la situación procesal de la sentenciada desde aquella época a esta parte. En el citado concepto, manifestó el Procurador Delegado:

> "A juicio de esta delegada las pruebas concurrentes: Documental, testimonial e indiciaria, demuestran a plenitud la materialidad del concurso real de prevaricatos, tanto por acción como por omisión, con la peculiar característica de la repetición de las acciones y omisiones, consagradas en los artículos 149 y 150 de nuestro estatuto represivo, subsumiéndose en éstos el delito de privación ilegal de la libertad, no por las razones que aduce la defensa, sino porque conforme a la doctrina y a la jurisprudencia el perjuicio o la lesividad de la acción es elemento que tácitamente va envuelto en todas las infracciones, por regla general, y justa-

mente el perjuicio recibido por el doctor Alba se tradujo en habérsele privado de su libertad.

. . . . . .

Es más: Fehaciente testimonio de la doctora Buitrago Gómez, pone de manifiesto la animadversión que la juez acusada experimentaba por el doctor Alba, y a reforzar este predicamento entran en concordancia los graves indicios en que se traducen los hechos demostrados del tratamiento discriminatorio que se le prodigó al sujeto pasivo de los hechos punibles en cuestión, con respecto a la forma como se atendió y definió la situación jurídica del doctor Flórez Gacharná, y la exagerada e injustificada caución prendaria que se fijó al doctor Alba para obtener excarcelación. Así las cosas, claramente se advierte que el acerbo probatorio satisface a plenitud las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal".

Consideraciones de la Corte:

El artículo 215 del Código de Procedimiento Penal establece las condiciones mínimas con base en las cuales se ha de proferir sentencia condenatoria. Ellas hacen referencia a la prueba plena o completa tanto de la infracción por la cual se llamó a juicio, como de la responsabilidad penal de la persona procesada. Con relación a la prueba de la infracción, se encuentran en el expediente suficientes medios probatorios que acreditan que la procesada Reina de Asuad mantuvo privado de la libertad, sin reunirse los presupuestos legales para ello, al ciudadano Azael Alba Mendoza, lo que motivó precisamente su queja contra la funcionaria. Por otra parte, la misma conjunción de pruebas recaudadas en la actuación acreditan fehacientemente que la misma enjuiciada emitió resolución manifiestamente contraria a la ley durante su ejercicio como Juez 69 de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Bogotá.

El auto calificatorio, confirmado por esta Corporación el día diez de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco, formuló a la acusada pliego de cargos justamente por los delitos de detención arbitraria y prevaricato.

Sea lo primero al destacar que cuando la juez acusada ordenó la vinculación del abogado Azael Alba Mendoza como sindicado dentro del proceso que contra varias personas adelantaba por el delito de fraude procesal, omitió la citación previa que sabía estaba obligada a realizar según los dictados de la Ley 2ª de 1984 en su artículo 38, porque, bueno es resaltarlo, no aparece en el expediente prueba alguna que diga lo contrario, pese a que se aportaron copias de aquella actuación y sobre las mismas se realizó una diligencia de inspección judicial el día nueve de agosto de 1984, dentro de la cual se pudo establecer que otros dos de los acusados, Roberto y Antonio Camargo, sí fueron previamente citados para la práctica de la diligencia y sólo ante su renuencia a presentarse se ordenó su captura (fls. 15 y 16):

"...Ya en segunda comisión conferida por el Juzgado 4º al Juzgado 69 de Instrucción Criminal, el comisionado por auto de

27 de septiembre de 1983 y teniendo en cuenta la solicitud elevada por los señores Roberto Camargo y Antonio Camargo fijó fecha y hora para oírlos en declaración indagatoria. Mediante marconigrama número 1957 de septiembre 27 de 1983 el Juzgado 69 citó a los sindicados para la fecha señalada. El 22 de octubre de 1983 se informa por secretaría al Despacho que los sindicados no se hicieron presentes el día anterior para rendir declaración indagatoria...".

Ya se relacionó en el capítulo de la actuación procesal cómo la acusada profirió su auto de veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en el cual ordenó la captura de algunas personas, entre las cuales fue mencionado Alba Mendoza; esta determinación de la funcionaria constituye el primero de los pasos dados para obtener la privación de la libertad del ofendido, y no se encuentra ajustada a las regulaciones legales vigentes al momento de proferirse. En efecto, la Ley 2ª de 1984 modificó entre otras normas el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal, y en su artículo 38 estableció como deber para el instructor, el de librar orden de captura por escrito y para efectos de la indagatoria, dentro de los procesos que se tramiten por los delitos que el mismo artículo enuncia, siendo todos ellos de carácter grave y en cuya relación no se encuentra el delito de fraude procesal, que era aquél por el cual adelantaba la investigación la exjuez acusada. Igualmente se establecía la obligatoriedad de librar orden escrita de captura en aquellos casos de los ordinales 3º y 4º del artículo 467 del mismo Código de Procedimiento Penal. El primero de tales numerales, se refiere —según lo prescribió la misma Ley 2ª de 1984 en su artículo 45— a los delitos de homicidio o lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito, norma no aplicable al caso que instruía la enjuiciada; el segundo, obliga a librar orden de captura contra el sindicado que "ha sido condenado por cualquier delito doloso durante los cinco (5) años anteriores" a la oportunidad de decidir su vinculación al proceso, o "cuando durante el mismo tiempo registre dos o más sindicaciones por delitos intencionales". Aquí surge el primero de los argumentos de la defensa para pedir la absolución de la sentenciada.

Es prueba incontrovertible en este momento que el por entonces procesado Azael Alba Mendoza registra en apariencia dos sindicaciones por delitos intencionales (invasión) a más de la acusación que por entonces le figuraba ante el Juzgado 69 de Instrucción Criminal; la primera de ellas, había cursado en el Juzgado 2º Penal Municipal de Bosa; y la segunda, en los Juzgados 73 de Instrucción Criminal y 6º Penal del Circuito de Bogotá. Estas sindicaciones, sin embargo, no se logró determinar si corresponden al mismo proceso o a actuaciones diversas; recuérdese que según la información del Juzgado 2º Penal Municipal de Bosa el proceso que allí se tramitaba fue remitido al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá, y bien pudo haber correspondido al 6º de tal categoría, el cual así mismo pudo remitirlo en nueva comisión al Juzgado 73 de Instrucción Criminal.

Sea de ello lo que fuere, no obstante, no se puede juzgar la conducta de la sentenciada a la luz de lo que ahora aparece debidamente comprobado sino con la situación que procesalmente se le presentaba al momento de tomar la decisión que es materia de estudio. Por medio

de la inspección judicial que la Sala del Tribunal realizó al expediente tramitado por la acusada, y de los documentos que se allegaron en copia a esta actuación, pudo comprobarse sin duda alguna que el primero de los informes sobre los antecedentes de Alba Mendoza fue recibido en el Juzgado 69 de Instrucción Criminal el día cuatro (4) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro, esto es, cerca de seis semanas después de librada la orden de captura, lo que significa que al momento de producirse tal decisión la juez no tenía conocimiento procesal de la existencia de los antecedentes en contra de Alba Mendoza y, por consiguiente, no puede ahora tratar de justificar su conducta en este argumento. La aparición de tales anotaciones en el registro de antecedentes luego de realizada la conducta, no retrotrae la acción y la libra de su ilicitud; si mucho, puede constituirse en circunstancia de una atenuación punitiva, más no borra la ilegalidad que se presentó. Sostener cosa contraria llevaría al extremo de afirmar que el delito de hurto, por ejemplo, desaparece en cuanto el autor de la conducta devuelve la cosa mueble ajena una vez que está siendo sometido a juicio. No se trata, como parece plantearlo el defensor de la sentenciada, de una valoración distorsionada en el proceso de adecuación típica, como si se desconociera por parte de esta Corporación la existencia de las anotaciones en los antecedentes del sujeto Alba Mendoza. Por el contrario, responde este criterio a una valoración global de la conducta y sus circunstancias; al momento de proferirse la orden de captura por parte de la procesada —22 de mayo de 1984— no existían en el sumario que ella tramitaba los antecedentes que posteriormente aparecieron, y no existiendo, mal podría ella suponerlos pese a las informaciones de prensa que pudiera conocer, o a las insinuaciones que se le hubiesen podido hacer por las partes intervinientes, o a su conocimiento personal a través de su actividad judicial. El juez se encuentra limitado en sus actuaciones y valoraciones, así como en sus decisiones, por las pruebas aportadas al proceso, y si alguna secreta conoce, debe vertirla a él en la forma adecuada que permita su publicidad y su contradicción.

Si la acusada conocía de antemano la existencia de las sindicaciones en contra de Alba Mendoza, ha debido dejar constancia de tal conocimiento en el proceso, o ha debido procurar que tales anotaciones se aportaron oportuna y legalmente al mismo; lo contrario, es hacer predicciones a ciegas, actividad prohibida a quien se encuentra encargado de administrar justicia.

Tampoco se hallaban acreditados los antecedentes de Alba Mendoza cuando la señora María de los Angeles Reina de Asuad omitió resolver las peticiones hechas por Alba Mendoza en su indagatoria (parte final) y por su apoderada en memorial que fuera recibido en el Juzgado 69 de Instrucción Criminal el mismo día de la injurada, ni se ha aportado prueba alguna que justifique tal omisión o explique la misma. Durante su injurada la procesada alegó no haber tenido conocimiento del escrito de la apoderada de Alba Mendoza, y con ello trató en vano de justificar su conducta omisiva; sin embargo, olvidó qué petición en el mismo sentido y en la misma fecha le fue hecha, y con razonamientos jurídicos, por el indagado, tal como está acreditado con la copia de la diligencia de injurada. Pese a ello, la inculpada tuvo oídos sordos a tal solicitud traicionando de esta forma los deberes que el cargo le imponía y asegurando la ilícita privación de libertad

del ofendido. Por lo demás, esta actitud revela la consciente actividad de la acusada de realizar el delito que, por razones hasta ahora desconocidas, se había fijado.

Igual situación se presentaba al momento del auto de detención —18 de junio de 1984— providencia en la cual ha debido oficiosamente pronunciarse sobre la excarcelación del detenido. Ya el día cinco (5) de julio del mismo año, cuando la juez se abstuvo de reconocer el derecho a la libertad provisional de Alba Mendoza, existía la constancia del antecedente que en su contra obraba en el Juzgado 2º Penal Municipal de Bosa, pero no era él suficiente base para negar la excarcelación, toda vez que la Ley 2ª de 1984 exige la presencia de por lo menos dos anotaciones en contra del procesado, y no una sola, como se presentaba.

Extrañamente, para el día dieciséis (16) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), fecha en la cual se concedió la excarcelación al procesado, si aparecían aportados al proceso los antecedentes que en su contra obraban en el Juzgado 2º Penal Municipal de Bosa (llegado el día 5 de julio a través del DAS y luego el 10 del mismo mes por comunicación directa del juzgado), y en el Juzgado 6º Penal del Circuito (marconigrama de 12 de julio de 1984). Sin embargo, sin análisis jurídico de ninguna naturaleza, y ante esta situación, la juez decretó la excarcelación recogiendo simplemente los argumentos que al respecto le había formulado el Personero Delegado en lo Penal, quien con base en lo actuado en el proceso había solicitado la libertad provisional porque al momento de hacer su escrito no aparecía en el expediente más que un antecedente en contra de Alba Mendoza.

Así las cosas, débese concluir que el aspecto meramente objetivo de las infracciones por las cuales se llamó a juicio a la procesada —prevaricato y detención arbitraria— se halla debidamente probado en este proceso; porque igualmente se demostró la claridad que para la época de los hechos tenía la enjuiciada como Juez 69 de Instrucción Criminal, y la detención efectiva de que fuera víctima el abogado Azael Alba Mendoza, y de consiguiente, el abuso de funciones que a través de la ausencia de consideraciones jurídicas o de argumentos legales torcidos, perfeccionó la inculpada para lograr su propósito.

En cuanto hace relación a la fase subjetiva de la infracción, también encuentra la Corte pruebas suficientes de ella. No comparte la Sala los planteamientos del ilustre defensor quien asegura que no existe prueba alguna de la culpabilidad o del actuar doloso de la sentenciada, y todo porque ella no afirma categóricamente la intención de realizar el ilícito. No bastan las consideraciones respecto de la personalidad de la procesada (su buena conducta anterior) o la mala conducta del acusado, hoy denunciante, para derivar de allí la ausencia de intención en la realización del ilícito. Es bien cierto, como lo alega el defensor, que *esta Sala ha sostenido la tesis de que la culpabilidad exige algo más que la demostración del actuar contrario a la ley, y que debe acreditarse procesalmente la manifiesta intención de obrar contra derecho en la búsqueda personal de un fin individual que no necesariamente debe estar probado, pero que sí debe presentirse o colegirse de la acuación.*

Esta necesaria demostración, empero, no debe hacerse exclusivamente por la manifestación expresa que de ella haga el autor de la conducta que se juzga; aún más, sólo en forma muy extraña se cuenta con tal tipo de prueba. La prueba del actuar doloso es preciso buscarla a través de las manifestaciones externas de la conducta, ligadas ellas a la situación concreta en la cual se cometió el ilícito. En este aspecto, es rico el recaudo probatorio dentro del expediente, como se pasa a detallar.

El artículo 41 de la Ley 2ª de 1984, establece con relación a la orden de captura que "...en el auto de sustentación que la ordene se expondrán brevemente las razones para su expedición..."; esta motivación requerida por la norma hace alusión, evidentemente, a las circunstancias precisas que ameritan la vinculación del sindicado contra quien se expide la orden de captura, y no de otra forma debe entenderse, si se consulta el artículo 40 de la misma ley que impone a los funcionarios de policía el deber de informar al aprehendido sobre los motivos de su captura. Pues bien, la acusada nada dijo al respecto en su providencia de veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en donde ordenó la vinculación procesal de Azael Alba Mendoza, y pretendió dar motivaciones que revelan un criterio comprometido al máximo con la situación que se encontraba bajo su juzgamiento; en efecto, allí consignó textualmente:

> "Teniendo en cuenta que el punible de "fraude procesal" *está más que probado*, de acuerdo con las pruebas recaudadas en el plenario. Se colige que se dan los requerimientos del artículo 381 del Código Procesal Penal, para que el juzgado oficiosamente proceda a ordenar la vinculación *de todos los autores intelectuales del reato a investigar*, el que afecta con mayor vigor el bien jurídico de la administración de justicia".

En este texto, la exjuez, aún en la etapa instructiva, toma partido firme y sobre los dos aspectos principales del hecho punible: Su fase objetiva, la que considera "más que probada" según sus propias manifestaciones, y su aspecto subjetivo en el cual vincula entre otros a Azael Alba Mendoza como autor intelectual del mismo, criterio que obviamente transitó luego a través de la actuación posterior, como se verá más adelante.

En el proveído que negó la excarcelación, constitutivo del delito de prevaricato por acción por el cual se llamó a juicio a la acusada, se limitó a afirmar que en nada había variado la prueba como para revocar la determinación, desconociendo que se pronunciaba era sobre el reconocimiento del derecho a la libertad provisional y no con relación a la revocatoria del auto de detención, situación que no encuentra explicación lógica si se analiza que la encausada manifestó tener siete años de experiencia como sustanciadora de la Corte Suprema de Justicia, y otro tiempo adicional, que se supone como mínimo de un año por ser requisito legal para ocupar el cargo de Juez de Instrucción, como Juez Penal Municipal; a más de ello, llevaba ya más de ocho meses desempeñando el cargo de Juez 69 de Instrucción Criminal.

Como ya se reseñó, la apoderada de Alba Mendoza solicitó la libertad de su defendido mediante escrito presentado el día veintiuno

(21) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en el cual consignó:

"1º El delito por el que se procede no está contemplado dentro de los que cita el artículo 38 de la Ley 2ª de 1984 en sus incisos 1º y 2º que modifica el artículo 426 del Código de Procedimiento Penal motivo por el cual dentro del mismo auto que decretó la detención preventiva de mi mandante ha debido concederse la *libertad provisional, de acuerdo* con lo normado en el 4º inciso del artículo 38 de la Ley 2ª de 1984 que dice:...

El artículo 6º del Código de Procedimiento Penal enmarca el principio de *favorabilidad* que dice que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la desfavorable ...y el artículo 50 de la Ley 2ª de 1984 confirma lo anterior, es más, el artículo 8º del Código Penal ordena que la ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ellas. No me explico porqué el silencio y la conducta pasiva u omitiva (sic) de la funcionaria al habérsele respetuosamente solicitado la misma medida que hoy impetro...".

A su turno, el señor Personero Delegado en lo Penal señaló en su concepto de fecha veintinueve (29) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro:

"El Ministerio Público se pronuncia en sentido *favorable* a la excarcelación caucionada que, con fundamento en el numeral 1º del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984, reclama la doctora Gladys Buitrago Gómez, en favor de su apoderado, Azael Alba Mendoza, toda vez que el hecho punible a éste imputado, no está dentro de los señalados en el artículo 38 *ibidem* y, el sumariado, no se encuentra incurso en las prohibiciones del artículo 45 de la misma normatividad".

A la petición de libertad y al concepto del Personero, la funcionaria procesada contestó mediante el auto de fecha cinco (5) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en los siguientes términos:

"En esta oportunidad, el Despacho se aparta de manera muy respetuosa del criterio del señor Personero, porque considera que la prueba que se tuvo en cuenta en el momento de resolver la situación jurídica del sindicado, todavía continúa en pleno vigor para mantener vigente la medida precautelativa. Además se allegaron al proceso posteriormente, antecedentes que le aparecen al encartado Azael Alba Mendoza, razón ésta que tiende a ratificar la determinación tomada en contra del inculpado".

Quiere decir lo anterior que la funcionaria, pese a que se estaba decidiendo una petición de *libertad provisional o excarcelación*, y que se le habían señalado y especificado las normas aplicables al caso, ni siquiera se tomó el trabajo de revisar las normas y se decidió a establecer, de modo insuficiente por demás, que no era procedente la *revocatoria del auto de detención*, medida que ni le había sido solicitada, ni había sido objeto del concepto del señor Personero, ni procedía en aquella ocasión, ni tenía el mismo trámite procesal que la

invocada, y que por la misma experiencia que la acusada tenía, mal podría confundir con la solicitada.

Es cierto que en esta ocasión hizo la acusada alusión a la existencia de antecedentes penales contra el incriminado; pero, no analizó tales anotaciones para determinar si eran plurales o una sola, si correspondían al mismo o a diferente proceso, si tales antecedentes hacían improcedente el beneficio de excarcelación solicitado, sino que la cita de las anotaciones la trajo como *ratificación de la determinación tomada en contra del inculpado* (resalta la Sala), esto es, como fundamento de la detención preventiva que había proferido contra Alba Mendoza.

Esta providencia, manifiestamente contraria a los ordenamientos legales, la dictó la incriminada con pleno conocimiento de las normas que regulaban la situación, sin que pueda argüirse a su favor la existencia de error o desconocimiento de ellas; muy claros fueron los planteamientos que al respecto hicieron la apoderada y el Personero Delegado en lo Penal, a más de las propias manifestaciones del sindicado en su injurada, fundamentando la necesaria excarcelación de Alba Mendoza, argumentaciones que fueron desconocidas de plano por la exjuez y sin fundamentación alguna que las rebatiera, así ésta hubiese sido incorrecta.

Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que María de los Angeles Reina de Asuad *tenía conocimiento* exacto de las normas reguladoras de la situación que debía decidir, de la existencia del tipo penal que consagra como delito la ilícita acción por ella ejecutada, y que a pesar de dicho conocimiento pleno, orientó su voluntad a actuar contra derecho y efectivamente acomodó su conducta a la abstracta descripción de la ley penal que consagra el prevaricato. Así las cosas, se impone la confirmación de la sentencia apelada por este aspecto.

Igualmente, debe aclarar la Sala que aunque en el estudio del expediente en esta fase del proceso se pueden deducir varios pronunciamientos contrarios a derecho, y por ende aparentemente constitutivos de diferentes delitos de prevaricato, en oportunidad de la segunda instancia que se surtió contra el auto de llamamiento a juicio solamente se dedujeron cargos por un solo ilícito de esta naturaleza, y por ende, la sentencia no puede cobijar más que al cargo formulado en el auto de proceder, con prescindencia de los demás análisis y quedando a salvo, lógicamente, la decisión que se hará con relación al delito de detención arbitraria por el cual se convocó a juicio a la acusada.

Considera el Tribunal en el auto recurrido, que la doctora María de los Angeles Reina de Asuad, incurrió en los delitos de prevaricato y detención ilegítima de la libertad, por haber dispuesto la captura del doctor Alba Mendoza para escucharlo en indagatoría sin habérsele citado previamente y proferir auto de detención cuando no existían los presupuestos legales, para adoptar esta medida y el no haberle concedido el beneficio de la libertad provisional.

Dice la doctora Reina de Asuad en sus descargos, que el delito de fraude procesal imputado al acusado era manifiesto, que existía en el sumario prueba suficiente al respecto, que se trataba de una conducta que merecía pena privativa de la libertad y que por ello de acuerdo con lo resuelto por la Juez Cuarto Penal del Circuito que la comisionaba,

dictó la orden de captura "porque había mérito para dictársela y ese fue el criterio por la misma naturaleza del delito y la calidad del sindicado".

Agrega, que profirió auto de detención contra el acusado porque había mérito para ello "ya que las pruebas eran más que suficientes" y que no concedió la libertad provisional porque tenía conocimiento de que el doctor Alba Mendoza tenía antecedentes por delitos intencionales en los Juzgados 48 de Instrucción Criminal, 73 de Instrucción Criminal y 2º Penal Municipal, afirmación que a la postre resultó cierta y que por ello procedió de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 467 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 45 de la Ley 2ª de 1984.

Expresó, que no tenía ni tiene animadversión o enemistad con el doctor Alba Mendoza, a quien no conocía y a quien vino a conocer cuando se practicó la diligencia de indagatoria, y que actuó en todo momento de buena fe con el solo anhelo de cumplir a cabalidad con su deber.

Error sobre el tipo. Ausencia de dolo:

El dolo debe irrigar toda la conducta en el delito y en la detención arbitraria está constituido por la conciencia del proceder arbitrario del funcionario. *En estas condiciones, si no se acredita plenamente esa intención de obrar contra derecho, el delito desaparece todas las veces que circunstancias de hecho determinen una conducta que engendra la creencia de que se está obrando justa y legalmente es decir, de buena fe. En otras palabras, para que se configure este tipo penal, no basta que "los elementos del delito aparezcan demostrados, sino que además se requiere que haga presencia un requisito esencial, como es la conciencia de obrar ilegalmente. Y en el caso que se examina, numerosas circunstancias de hecho, llevaron a la funcionaria a incurrir en errores de apreciación y a adoptar decisiones ajenas al derecho, en conducta carente de dolo, aunque sí descuidada y negligente.*

Se observa que la doctora Reina de Asuad, en su calidad de funcionaria de instrucción, actuó en comisión que le confiriera la Juez 4º Penal del Circuito, dentro del sumario que por fraude procesal se adelantaba contra el doctor Azael Alba y otros.

En cumplimiento de la comisión la doctora Reina de Asuad, dispuso en auto del veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), entre otras, las siguientes medidas: "Ordénese la captura, para ligar mediante injurada a las siguientes personas: Jorge Vargas Linares, Azael Alba Mendoza, Jorge Flórez Gacharná y Angel María Lemus Salgado y dentro del término legal, resuélvaseles la situación jurídica...".

Esta irregular decisión, adoptada en forma colectiva contra todos los vinculados a la investigación, pone en evidencia la ausencia de cualquier actitud discriminatoria al adoptar contra todos los sindicados esta medida.

Tal error cobró mayor fuerza, debido a que el Juzgado Cuarto Penal del Circuito al ampliar la comisión con auto del siete (7) de

junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y antes de que la captura se hiciera efectiva, ratificó la decisión de la juez acusada cuando en el punto 1º de un nuevo auto comisorio se dijo:

"...Dese cumplimiento a lo puntualizado en el auto de mayo 22 de 1984 (fl. 243) en lo que respecta a las órdenes de captura solicitadas ...adicionándolo en el sentido de que se debe capturar para oír en indagatoria y resolverle situación jurídica dentro del término de ley a José Antonio Camargo Pérez...".

Esta equivocada decisión del Juez 4º Penal del Circuito que no sólo ratificó el error en que incurrió la funcionaria acusada, sino que además hizo extensiva la irregular medida a otro sindicado, al ordenar su captura, indudablemente influyó en el comportamiento de la doctora Reina de Asuad, quien creyendo ajustada a derecho su decisión no impidió su cumplimiento.

De ahí que expresara la acusada, en su injurada, que al ordenar la captura del sindicado, había obrado en acatamiento a lo dispuesto por la Juez 4º Penal del Circuito y en estricto cumplimiento de aquello que creyó era un deber legal.

Ese estricto pero equivocado modo de pensar, la llevó igualmente a negar con posterioridad al acusado la excarcelación, por considerar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 2ª de 1984, Azael Alba no era merecedor a este beneficio por existir sindicaciones dolosas en su contra, hecho cierto, que respondía a la realidad y del cual tuvo conocimiento la juez, pero que no constaba a plenitud en el sumario en el momento de adoptar la decisión. No puede desconocerse tampoco que la juez obró presionada por los comentarios de prensa que hablaban de "invasores profesionales conocidos por su trayectoria" sin que exista "autoridad que controle los ilícitos que están cometiendo", con expresa alusión al caso que investigaba la juez acusada (tomado del diario El Espectador que obra en autos).

Todos estos factores se conjugaron para producir en la doctora Reina de Asuad un error insalvable en esos momentos sobre la existencia de la prueba, proveniente de culpa en el actuar inexplicable en una funcionaria de la trayectoria de la acusada, pero cierto y manifiesto.

Evidenciada esta nota del error, su insuperabilidad —ha dicho la Corte— "la culpabilidad no se da por ausencia de dolo, en cuanto faltaría uno de sus elementos, el del conocimiento de la tipicidad de la propia conducta, o lo que es igual, del aspecto cognoscitivo del actuar doloso. Si en cambio, el error existió, pero fue fruto de negligencia, descuido o desatención, si el agente debió y pudo haberlo superado, habida cuenta de su condición personal y de las condiciones en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectivo de la específica tipicidad de su conducta, pero se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa por cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico; pero en tal hipótesis, por expresa disposición del artículo 40 del Código Penal el hecho será punible cuando la ley lo hubiera previsto como culposo, lo que significa que si solamente se admite forma dolosa, habrá de reconocerse exención de responsabili-

dad (Sentencia Corte Suprema, mayo 24 de 1983. Ponencia del honorable Magistrado Alfonso Reyes Echandía).

Es conclusión obligada de lo anterior, que como la doctora Reina de Asuad, lesionó culposamente en actitud negligente y descuidada, el derecho a la libertad del doctor Alba Mendoza, tal comportamiento escapa al reproche penal, por ser esta conducta punible solamente a título de dolo como forma de culpabilidad penal.

Estas breves consideraciones, llevan a la Sala a adoptar la decisión mayoritaria de revocar la sentencia condenatoria recurrida, en cuanto condenó a la doctora María de los Angeles Reina de Asuad por el delito de "privación ilegal de la libertad" y en su lugar proferir sentencia absolutoria.

Como consecuencia de las anteriores determinaciones, deberá la Sala fijar con nuevos criterios la pena que se impondrá a la procesada, toda vez que, desapareciendo el concurso delictual, se debe eliminar el incremento de penalidad deducido por el delito de detención arbitraria a que se condenó a la encausada en la primera instancia.

Valga la pena señalar aquí que en la providencia apelada no se consignaron en forma explícita las consideraciones que llevaron al Tribunal a fijar la pena, en manifestación de un desconocimiento total en este aspecto. El artículo 149 del Código Penal, al definir el delito de prevaricato por acción, señala para él una pena de prisión de uno a cinco años, e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término. La pena de prisión, en consecuencia, deberá graduarse a partir del mínimo.

Al respecto, encuentra la Sala que se presenta como circunstancia de atenuación punitiva la contemplada en el numeral 1º del artículo 64 del Código Penal, en tanto que constituye circunstancia de agravación punitiva de conformidad al contenido del artículo 66 de la misma obra, numeral 11, la posición distinguida que la procesada ocupa en la sociedad por su cargo e ilustración, toda vez que, por su investidura de Juez de la República goza de especial prestigio y reverencia dentro del núcleo social en el cual se mueve, y de allí que las acciones contrarias a la ley que ella realiza, causan una mayor conmoción social, un grave daño a la colectividad por el descrédito que de esta forma se irroga a la administración de justicia y la frustración de las expectativas de los ciudadanos en tener jueces siempre probos y dignos.

En consecuencia con lo anterior, se agravará la sanción en dos meses por la presencia de esta causal de agravación, y pese a la ya aceptada circunstancia de atenuación punitiva. Por lo tanto se impondrá a la procesada una pena de prisión de catorce meses, término al cual se extenderá así mismo la sanción de interdicción de derechos y funciones públicas, con base en las mismas consideraciones precedentes.

Las demás decisiones contenidas en la sentencia apelada, referentes a la condena de ejecución condicional y a la condena en abstracto al pago de los perjuicios, no sufrirán modificación alguna.

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

Resuelve:

Primero: Reformar la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y seis (1986) en contra de la doctora María de los Angeles Reina de Asuad, en el sentido de que la prisión que se impone a la procesada es de un total de catorce meses, lapso por el cual debe cumplir igualmente la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, como responsable del delito de *prevaricato* por el cual se le llamó a juicio. Igualmente *absolver* a la citada procesada de los cargos que por el delito de *detención arbitraria* se dedujeron en su contra en el auto vocatorio a juicio.

Segundo: Confirmar la sentencia apelada en los demás puntos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Salvó el voto en relación con la condena; *Guillermo Dávila Muñoz*, Salvó el voto en relación con la absolución; *Guillermo Duque Ruiz*, Salvó el voto en relación con la absolución; *Jaime Giraldo Angel*, Salvó el voto en relación en la absolución; *Gustavo Gómez Velásquez*, Salvedad de voto; *Rodolfo Mantilla Jácome*, Salvó el voto en relación con la condena; *Lisandro Martínez Zúñiga*, Salvó el voto en relación con la condena; *Edgar Saavedra Rojas*, Con salvamento de voto en relación con la absolución; *Jorge Córdoba Poveda*, Conjuez.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

(por absolución)

A continuación exponemos respetuosamente las razones que nos obligan a salvar parcialmente nuestro voto, en relación con la decisión mayoritaria de la Sala.

No compartimos la existencia de un error sobre el tipo como excluyente de culpabilidad en el presente caso. Si bien es cierto que la orden de captura fue inicialmente librada por la acusada y luego "revalidada" por la decisión del juez de conocimiento, esta refrendación y ampliación de la orden a que se alude en la providencia de mayoría no elimina la contrariedad de la decisión con la ley, ni quita tampoco los efectos a la detención finalmente obtenida.

Aceptando la presencia del error, la equivocada valoración jurídica de las normas aplicables, éste solamente podría cobijar el acto que se menciona con anterioridad y que es uno de los varios comportamientos que finalmente constituyeron la estructura típica de la detención arbitraria, conformada además por la aprehensión física del abogado Alba Mendoza y la decisión posterior tomada por la procesada de no ordenar su libertad inmediata una vez terminada la diligencia de indagatoria, cuando era procedente y obligatoria tal medida, y aún más, el empeño de la acusada de continuar privando de la libertad al abogado con desconocimiento del derecho a la excarcelación que a su favor prescribía la normatividad procesal.

Con posterioridad a la efectividad de la captura, el propio aprehendido, su defensora, el agente del Ministerio Público, y por sobre todo las leyes que le enseñaron a la enjuiciada, dejaron por fuera cualquier posibilidad de error porque sus manifestaciones y textos son de una diáfana claridad, y no permiten siquiera las normas invocadas una interpretación torcida hecha de buena fe.

El error, para que sea eximente de culpabilidad, se ha insistido, debe ser de naturaleza insalvable, invencible, en los términos del artículo 40 del Código Penal, pero de ahí a predicar una culpabilidad culposa en el caso en estudio, existe una enorme distancia precisamente porque aquí no podría siquiera pensarse en la existencia misma de equivocada apreciación de los hechos o las normas reguladoras de la situación.

El texto de la Ley 2ª de 1984 que rige la obligatoriedad de la captura resulta tan claro e indiscutible, que incluso menciona con nombre propio los delitos por los cuales procede dicha orden en forma obligatoria y más adelante regula también diáfanamente el procedimiento a seguir en los procesos que se llevan a cabo por delitos diversos a los allí mencionados. Establece que, ante la captura realizada en circunstancias especiales, el juez deberá poner inmediatamente en libertad al aprehendido mientras le resuelve su situación jurídica, y más aún,

regula que debe decretarse la excarcelación en caso de que llegare a dictarse auto de detención preventiva. Es tal la precisión de esta normatividad, que resulta imposible que un lego se equivoque en la aplicación de la ley, menos aún puede pensarse que un Juez de la República, conocedor del derecho, con nueve o más años de experiencia en el trámite de los asuntos bajo su cuidado, pueda interpretar equivocadamente el sentido claro de la ley.

Así las cosas, la ratificación de la orden de captura hecha por el Juzgado 4º Penal del Circuito, y las versiones periodísticas que alega la mayoría de la Sala como hechos que determinaron la actuación bajo error de la procesada, fueron debida y oportunamente contrarrestados por las alegaciones de las partes y por la precisión inequívoca de la ley. No puede decirse, por este aspecto, que la doctora Reina de Asuad permaneció en el error en forma culposa, porque no fue éste producto de la negligencia, la imprudencia o la impericia, sino que el acervo probatorio demuestra que la obstinación obedeció a un designio de infringir la ley, y persistentemente insistió la incriminada en la realización de su conducta delictiva. Nada de culpa hubo en la insuperabilidad del error, y la actitud tomada por la encartada demuestra su inequívoca intención de infringir la ley penal.

En consecuencia con lo anterior, consideramos inaceptable la declaración de inculpabilidad con base en el error que se hace en la decisión de la mayoría, y por tanto estimamos que se ha debido proferir sentencia de condena por el delito de detención arbitraria.

Edgar Saavedra Rojas, Jaime Giraldo Angel, Guillermo Duque Ruiz, Guillermo Dávila Muñoz.

SALVAMENTO DE VOTO

Aunque el suscrito Magistrado está de acuerdo con la sentencia anterior, en cuanto *absolvió* a la doctora Reina de Asuad de culpabilidad penal por el delito de detención arbitraria, me veo precisado sin embargo a salvar el voto en relación con la misma providencia en cuanto condenó a la enjuiciada por un delito de prevaricato.

Considero que las razones que se tuvieron en cuenta para absolver por detención arbitraria, han debido acogerse en relación con el prevaricato.

Ya se dijo en la sentencia que "... El dolo debe irrigar toda la conducta en el delito y en la detención arbitraria está constituido por la conciencia del proceder arbitrario del funcionario. En estas condiciones, si no se acredita plenamente esa intención de obrar contra derecho, el delito desaparece todas las veces que circunstancias de hecho determinen una conducta que engendra la creencia de que se está obrando justa y legalmente, es decir, de buena fe. En otras palabras, para que se configure este tipo penal, no basta que "los elementos del delito aparezcan demostrados, sino que además se requiere, que haga presencia un requisito esencial como es la conciencia de obrar ilegalmente. Y en el caso que se examina, numerosas circunstancias de hecho, llevaron a la funcionaria a incurrir en errores de apreciación y a adoptar decisiones ajenas al derecho, en conducta carente de dolo, aunque sí descuidada y negligente".

Y sigo creyendo que el delito de prevaricato, como el de detención sólo pueden consumarse mediante un proceder doloso en el que el agente obra con plena conciencia de que el hecho que ejecuta viola la ley penal. Y no encuentro en el expediente elementos de convicción que permitan afirmar que la acusada hubiera proferido deliberadamente y en actitud dolosa una providencia manifiestamente injusta. La situación confusa, sembrada de duda que surgé del proceso debe resolverse a favor de la procesada, conforme a principio universal de derecho.

Jorge Carreño Luengas, Magistrado. Adhieren doctores: *Lisandro Martínez Zúñiga, Rodolfo Mantilla Jácome y Gustavo Gómez Velásquez.*

COMPETENCIA POR CONEXIDAD

Al tenor del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal el conocimiento del proceso por los hechos conexos de hurto y encubrimiento, corresponde al juez de este último, por ser el de mayor jerarquía

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 37.

Vistos:

Resuelve la Sala el conflicto de competencias negativo surgido entre los Juzgados Primero Penal del Circuito de Palmira (Valle) y Penal del Circuito de Caloto (Cauca), en relación con el sumario que por hurto y encubrimiento se sigue respecto de *Aleme Vélez Ocampo* y *Edison Rosero Urbano.*

Antecedentes:

1. En la madrugada del 20 de octubre de 1986 le fue hurtada a Gilberto Antonio González Rivera su motocicleta que tenía parqueada frente a una residencia del Corregimiento de Anaime, comprensión Municipal de Palmira.

Ese vehículo —avaluado luego en noventa mil pesos— fue vendido horas más tarde a Edison Rosero Urbano en el Municipio caucano de Corinto.

El sumario, por los dos ilícitos, fue instruido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Palmira, el cual, en providencias separadas, detuvo preventivamente a los sindicados: A Aleme Vélez por hurto, y a Rosero Urbano por encubrimiento en la modalidad de receptación (fls. 12 y 27).

2. El Juez de Palmira sostiene que "la ilicitud de mayor jerarquía es la receptación", y que, entonces, dada la conexidad, el competente para conocer es el Juzgado de Caloto, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 38 y 41 del Código de Procedimiento Penal (fls. 56 y siguientes).

Por su parte, el Juez de Caloto replica que el funcionario de Palmira es "el de mayor jerarquía" del lugar donde el hurto se consumó, y, además, que el encubrimiento es delito subordinado al hurto. Por último, anota que como son varios los delitos, no se puede acudir

la regla general del artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, sino al 42 *ibidem*, factor por el cual también sería competente el Juez de Palmira, pues allí se formuló la denuncia y se aprehendió al sindicado de encubrimiento (fls. 58 y siguientes).

Se considera:

No admite discusión que el hurto y el encubrimiento que se investigan en este sumario, son hechos conexos. Se trata de una vinculación paratáctica (dos cadenas finalísticas que coinciden en determinado momento y prosiguen juntas hacia un objeto común), como lo ha sostenido esta Sala, principalmente en providencias de 4 de junio de 1982 y 24 de noviembre de 1983.

Entonces, cuando de conexidad se trata, lo primero que debe precisarse es si los delitos corresponden a una misma competencia o no. En el supuesto último, entra en operancia inmediata el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, el cual ordena que en estos casos de "diversa competencia" el conocimiento corresponde "al juez de mayor jerarquía". Es decir que el asunto se resuelve por el rango del juzgador y no —como lo piensa el Juez de Palmira— por "la ilicitud de mayor jerarquía".

Pues bien: El hurto en cuantía de noventa mil ($ 90.000.oo) (suma que arrojó el avalúo de la motocicleta. Fl. 32 vto.) está asignado al Juzgado Penal Municipal, según el artículo 1º-3 de la Ley 55 de 1984, que subrogó el artículo 37 del Estatuto de Procedimiento Penal.

El encubrimiento, por su parte, es de competencia del Juzgado Penal del Circuito, según la norma mencionada en concordancia con el artículo 36 del Código últimamente citado, el cual contempla los delitos de conocimiento del Juzgado del Circuito.

A primera vista, pues, se constata que al tenor del dicho artículo 39, el conocimiento del proceso por los hechos conexos de hurto y encubrimiento, corresponde al juez de este último, por ser el de mayor jerarquía.

Es decir que es el Juzgado Penal del Circuito de Caloto el que debe conocer del presente asunto, pues dentro de su jurisdicción (o sea en Corinto) se habría consumado la receptación.

Si ambos delitos hubieran estado sometidos a la "misma competencia vale decir, a juzgados de igual jerarquía (hipótesis que, erróneamente, tuvieron como punto de referencia los jueces para trabar el conflicto), el Juez del conocimiento lo sería el Primero Penal del Circuito de Palmira, ya que —dijo la Sala en auto de 20 de septiembre de 1983— "la regla del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal sobre el conocimiento a prevención es aplicable no sólo cuando se trata de un delito de varios actos que puedan ser realizados en distintos sitios, o de un delito permanente que puede ser cometido en diversos lugares, sino que también es de recibo cuando se da la concurrencia de distintas conductas punibles sometidas a la misma competencia por la naturaleza del hecho, pero realizadas en diversos lugares".

Otra cosa: Los jueces protagonistas de la colisión de competencia en este caso, han traído a cuento el criterio de la "subordinación" del delito de receptación al de hurto (delito encubierto) para precisar a quién pertenece el conocimiento de la delincuencia conexa. Mas ese modo de abordar el problema resulta equivocado, ya que tal consideración la efectuó la Corte (en las providencias inicialmente mencionadas de junio de 1982 y noviembre de 1983) sólo como apoyo teórico de la afirmación de que el hurto y su encubrimiento eran delitos conexos que debían ser averiguados y fallados en un mismo proceso, pero jamás para sostener que el juez del hurto ("delito subordinante") era, impresindiblemente, el juez del proceso; por el contrario, cuando la competencia dependa de la cuantía, y ésta sea menor (hoy hasta trescientos mil pesos) el conocimiento corresponderá al juez del delito "subordinado".

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

Resuelve:

1. Asignar al Juzgado Penal del Circuito de Caloto (Cauca) la competencia para conocer de este asunto.

2. Para su información, envíese copia del presente auto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

EXTRADICION. INEXEQUIBILIDAD

Al devenir un enfrentamiento de conceptos sobre las consecuencias de un fallo de inexequibilidad de la Corte que toca con la extradición y se hace necesario determinar si la Sala de Casación Penal debe emitir concepto o abstenerse de hacerlo, la solución no está en acudir al auxilio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado

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

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 37.

En comunicación de 21 de abril del año en curso, la doctora Marina Naged de Torres, Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, se dirige al Presidente de esta Sala para manifestarle que "la Embajada de los Estados Unidos de América, mediante nota verbal número 168, del 5 de marzo de 1987, solicitó al Gobierno de Colombia la extradición del señor Rodolfo Donado Suárez.

"La solicitud de extradición se presentó dentro del término previsto en el artículo II del Tratado de Extradición vigente para los dos países, y a la misma se anexaron los documentos exigidos por el artículo 9º del mencionado convenio.

"El señor Rodolfo Donado Suárez se encuentra detenido en la Penitenciaría Central de Colombia, a órdenes de este Ministerio.

"Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 746, del Código de Procedimiento Penal, me permito remitir a usted la documentación que ha presentado la Embajada, junto con las diligencias realizadas por el Ministerio de Justicia en desarrollo de la petición de detención provisional con fines de extradición".

Se aporta, además, el siguiente informe del Ministerio de Relaciones Exteriores:

"... 1º Está vigente el '*Tratado de Extradición entre Colombia y los Estados Unidos de América*', firmado en Washington por el señor Embajador de Colombia Virgilio Barco Vargas y por el señor Secretario de Estado de los Estados Unidos de América Cyrus Vance, el 14 de septiembre de 1979. Presentado al Congreso Nacional, fue aprobado en el Senado con Proyecto de Ley número 76 de 1979 y en la Cámara con el Proyecto número 168 del mismo año. La Ley 27 de 1980 aprobatoria del Tratado, fue sancionada el 3 de noviembre de ese año.

"El canje de los instrumentos de ratificación, *formalidad prevista en el artículo 21 del Tratado para su entrada en vigor*, lo realizaron los señores Thomas D. Boyatt, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de los Estados Unidos de América en Colombia y *Carlos Lemos Simmonds*, Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, el 4 de marzo de 1982. El Tratado fue promulgado mediante Decreto 1781 de 17 de junio de 1982.

"2º No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 12 de diciembre de 1986, declaró inexequible la Ley 27 de 1980 agregando sin embargo que: '... es necesario que el proyecto pase al Presidente para que se cumplan los trámites que aún faltan para que sea Ley de la República'. En tal virtud, el Presidente de la República sancionó nuevamente la ley aprobatoria del Tratado de Extradición, el 14 de diciembre de 1986 reproduciendo íntegramente la citada Ley 27 de 1980 (Anexo un ejemplar del Diario Oficial número 37733 de 14 de diciembre).

"Con posterioridad, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en respuesta de fecha 17 de febrero de 1987, a la solicitud de concepto del Ministerio de Justicia con respecto a la extradición de Víctor Eduardo Mera Mosquera, formulada de conformidad con lo establecido en el artículo 746 del Código de Procedimiento Penal, manifestó: 'Posteriormente el Gobierno suscribió un nuevo Tratado de Extradición en el año 1979, el cual fue aprobado por la Ley 27 de 1980. Tal ley fue declarada inexequible por la Corte mediante sentencia de diciembre 12 de 1986, *readquiriendo automáticamente vigencia los tratados anteriores, según reiterada jurisprudencia de la misma Corte sobre los efectos de la declaratoria de inexequibilidad, es decir, los tratados de 1888 y 1940 atrás mencionados*' (el subrayado es nuestro).

"No obstante, debe tenerse en cuenta que el concepto de la Corte versó sobre una solicitud anterior al 12 de diciembre de 1986, no entrando a pronunciarse sobre situaciones jurídicas posteriores:

> " 'Por consiguiente, para decidir sobre la petición a que se refiere esta providencia, la Corte analizará el contenido de estos dos últimos tratados en relación a los temas en estudio, pues ella corresponde a una solicitud presentada con antelación al 12 de diciembre de 1986, *no siendo del caso, por tanto, que la Sala se ocupe por ahora del análisis de situaciones jurídicas surgidas con posterioridad a esta fecha*'.

"Esta opinión fue reiterada en otros conceptos que le habían sido solicitados por el Ministerio de Justicia.

"3º Está también vigente con los Estados Unidos, la Convención sobre Extradición suscrita en Montevideo (Uruguay), el 26 de diciembre de 1933, en la Séptima Conferencia Internacional Americana. El Gobierno de los Estados Unidos, sin embargo, al depositar el instrumento de ratificación de la Convención formuló la siguiente reserva: 'Que el artículo 2, párrafo d) del artículo 3, y los artículos 12, 15, 16 y 18 serán exceptuados de la Convención, conforme a la declaración hecha por la Delegación de los Estados Unidos de América, de modo que dichos artículos y dicho párrafo no tendrán fuerza obligatoria para los Estados Unidos mientras no sean ratificados según las estipu-

laciones de la Constitución de este país'. Sobre la citada reserva, la Embajada de los Estados Unidos en Bogotá, en nota de fecha 19 de febrero de 1987 dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores expresó: 'Al formular la reserva sobre este artículo, los Estados Unidos se obligan a extraditar a los ciudadanos norteamericanos bajo las condiciones previstas en el artículo 1º de la Convención, si se cumplen los demás requisitos establecidos en ella' (Traducción del texto en inglés).

"El Gobierno de Colombia no formuló reserva alguna con respecto a las cláusulas del Tratado ni en el momento de la firma, ni en el depósito del respectivo instrumento de ratificación...".

La Sala procede a referirse a esta pretensión.

1. La situación procedimental antes del fallo de 12 de diciembre de 1986.

En esta indicada fecha la Corte Suprema de Justicia resolvió la inexequibilidad de la Ley 27 de 1980 ("... en cuanto no fue constitucionalmente sancionada por el Presidente de la República"), aprobatoria del Tratado de Extradición celebrado con los Estados Unidos de América, el 14 de septiembre de 1979, acuerdo internacional que empezó a regir el 4 de marzo de 1982, día del canje de los instrumentos de ratificación. Bien conocido es el contenido y efecto de esta sentencia en la cual se afirmó, para bien de la guarda de la Constitución Nacional, hasta dónde podía alcanzar la actividad del Ministro Delegatario, pues sus limitaciones funcionales, lejos de estar su medida en la exclusiva voluntad del Delegante, se emparentaba con la naturaleza de las atribuciones presidenciales, algunas de ellas, v. gr. las declaraciones de estado de sitio, emergencia económica, guerra y dirección de sus operaciones, nombramiento y remoción de ministros y gobernadores, concesión de indulto por delitos políticos y sanción de leyes aprobatorias de Tratados, exigían un directo y exclusivo ejercicio por parte del Presidente de la República.

Pues bien, hasta la indicada fecha no existía judicialmente pronunciamiento alguno que pudiera incidir en la vigencia y cumplimiento integral del Tratado, así éste fuera objeto de algunas observaciones o reparos. Por eso la Corte, sin vacilaciones, hizo conocer su opinión porque la apreciación que fluía de las cláusulas de ese Tratado, según criterio de los integrantes de la Sala de Casación Penal que actuara en tales trámites, no era otra que la de reconocer que se debía conceptuar en esas solicitudes de extradición. Con el firme propósito de cumplir con una obligación legal y con la clara orientación de proceder imparcialmente en asunto tan complejo como pródigo en compromisos de la más variada índole, se evacuaron oportunamente todas las solicitudes que los Ministros de Justicia de los Gobiernos de los Presidentes Betancur y Barco, hicieron llegar a la Corte.

Conviene destacar que este Tratado, de lenta evacuación durante el Gobierno del doctor Julio César Turbay Ayala, a pesar de haberse sancionado la ley aprobatoria del mismo el 3 de noviembre de 1980 sólo vino a canjearse *dieciséis meses* después —marzo 4 de 1982— y logró promulgarse el 17 de junio, a escasos mes y medio de surtirse el

cambio de Gobierno. Como detalles históricos se mencionan la intervención de los Ministros de Gobierno (Germán Zea Hernández), Relaciones Exteriores (Diego Uribe Vargas y Julio Londoño Paredes —encargado—), Justicia (Felio Andrade Manrique), Embajador en los Estados Unidos (Virgilio Barco Vargas), Presidente del Senado (José Ignacio Díaz Granados Alzamora) y Cámara de Representantes (Hernando Turbay Turbay) y los que rindieron informes favorables en una y otra Corporación (Carlos H. Morales y Donaldo Rodrigo Tafur González). Fue un tratado admitido sin la más mínima objeción por quienes pudieron formularlas.

El mandato del doctor Belisario Betancur Cuartas, conviene advertirlo, asumió una posición eminente e inexplicablemente contradictoria y dubitativa. Apoyándose en principios filosóficos afirmó públicamente la imposibilidad en que estaba de acceder a la extradición de nacionales, pero, y aquí una notoria inconsecuencia, no denunció el Tratado, ni oficialmente llegó a comunicar a la Embajada de los Estados Unidos de América esta convicción, ni daba pausa ni menos interrumpía el trámite de las extradiciones, al menos en su afán de promover y obtener la intervención de la Sala de Casación Penal de la Corte. Su única celeridad y concepción clara del asunto era recibir las peticiones pertinentes, con miras a conocer el concepto de la Corte, la cual procuró siempre el máxime respeto de los derechos de los solicitados en Extradición. Este Gobierno, debe insistirse, se mostró espléndido en recargar de solicitudes a la Sala de Casación Penal de la Corte, pero totalmente omisivo e indiferente en su resolución, hasta que sucesos sobradamente conocidos, relacionados con el execrable asesinato del Ministro de Justicia, doctor Rodrigo Lara Bonilla, impusieron un cambio de criterios ("...Basta ya...") y se concedieron, a cuenta gotas, varias extradiciones. Por un tiempo se mantuvo esta tónica, aunque siempre fue visible el contraste entre el infatigable afán por dar trámite a los requerimientos de los Estados Unidos de América y la parca actividad por resolver de fondo y oportunamente cada una de las solicitudes. Por eso al finalizar el período presidencial 1982-1986, quedaron congeladas numerosas peticiones, pendientes tan sólo de la decisión del Ejecutivo, para el cual nada parecía decir la prolongada privación de libertad ni las múltiples órdenes de captura impartidas contra numerosos colombianos, quienes se veían imposibilitados para interponer los finales recursos administrativos pertinentes.

Con la llegada del nuevo Gobierno poco varió esta situación. También su nota destacable, en estos trajines extraditorios, ha sido más bien la de obtener conceptos que la de resolverlos, negativa o positivamente, no obstante la exteriorización de una política sobre el particular y advertirse el derecho fundamental que tiene toda persona de saber si merece o no continuar privada de libertad, por orden del Gobierno, si debe o no pesar sobre ella indefinidamente una orden de apresamiento. Esto ha llevado a que se promuevan constantes y fallidos *habeas corpus*, dando ocasión a que injustamente se ejerza contra los jueces municipales, que nada pueden hacer al respecto, una denunciada presión. Nuevamente el Ejecutivo expone a la Rama Jurisdiccional a retaliaciones que sólo se causan en su falta de coherencia en este delicado problema nacional.

2. Posición de la Sala de Casación Penal, a partir del fallo de la Plena de la Corte, de 12 de diciembre de 1986, respecto de solicitudes originadas antes de esta fecha.

Con el proferimiento de esta sentencia, surgieron varios interrogantes sobre la vigencia del Tratado de Extradición. La Sala de Casación Penal, no obstante haber podido fijar juicio sobre los varios aspectos relacionados con esa decisión, prefirió restringir el alcance de sus análisis a lo estrictamente necesario e incuestionable, todo por respeto a las atribuciones de la Sala Plena que debía pronunciarse sobre la validez y efectos de la sanción conocida como Ley 68 de 1986, así como a no pocas cuestiones atinentes al Tratado mismo, en virtud de las demandas de inconstitucionalidad promovidas. Por esto sólo se ocupó de las situaciones surgidas con anterioridad a dicho fallo y concluyó, después de cuidadoso y completo estudio de todos los temas incidentes en la cuestión, que no estaba dentro de sus funciones, por haber revivido el Tratado de 1888 (Ley 66 de este año), con su adición de 1940 (Ley 8ª de 1943), emitir opinión alguna, quedando el asunto de la extradición librado a la autónoma determinación del Gobierno, quien para negar o conceder una extradición puede, sin sujeción a ningún patrón jurídico impuesto por organismo extraño a sus propias competencias, tomar la resolución que creyera más convenientes y ajustada a derecho. La ponencia relacionada con ese concepto fue elaborada por el Magistrado Jaime Giraldo Angel (febrero 17 de 1987) y aprobada con el voto de siete de los ocho Magistrados integrantes de la Sala de Casación Penal de la Corte. Su contenido es de sobra conocido y, en lo pertinente, se hará mención a algunas de sus apreciaciones. De ahí que sólo se haga esta general referencia y no se incluya ahora su texto.

3. La actitud extraña del Gobierno

Cuando la Sala de Casación Penal conceptuaba sobre las solicitudes de extradición, se le creía esta su obligación y facultad para hacerlo. No se llegó a consultar con nadie aunque se tratara de desconocer algunas de sus conclusiones, como cuando afirmándose inicialmente por el Ministerio de Justicia, en la respectiva petición, que la persona detenida correspondía a la que era objeto de la solicitud y llegando la Sala a idéntica deducción por las pruebas aportadas con la solicitud o por las practicadas durante el trámite en la Corte, aparecía el Gobierno apartándose de determinación tan nítidas. Nunca supo la Sala el motivo verdadero y válido de estas contradicciones, pero se aceptaron sin la menor protesta, en aras de la buena fe y legitimidad del ejercicio de esas específicas funciones.

Pero lo sucedido últimamente si carece de antecedentes y exterioriza propósito no sólo de ignorar las atribuciones que tiene la Corte para imponer el mérito de sus providencias y, consecuencialmente, para ser obedecida en sus dictados, sino porque se ha pretendido crear una instancia superior que, por vía de mera consulta, intenta revisar y revocar sus pronunciamientos, llámense estos autos, conceptos o sentencias. El Gobierno, ante la negativa dada por la Sala de Casación Penal de la Corte a rendir concepto, ha acudido al singular procedimiento de auscultar el pensamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, no para que ésta le orientara con su sabiduría en lo que debía y podía hacer en el propio campo de la

tramitación interna de la administración, en las esferas de las actuaciones exclusivamente gubernamentales, sino para que, pasándose a zona vedada de interpretaciones, se le dijera a la Sala de Casación Penal de la Corte si estaba obligada a opinar y si podía el Gobierno, sin este previo concepto, tomar una resolución extraditoria.

La Corte ignora qué mérito le merece al Gobierno tan extralimitada respuesta, copiosamente divulgadas por los medios de comunicación. No está por demás anotar que ninguno de los expedientes en los cuales la Corporación se abstuvo de conceptuar, ha regresado; y, además que tal documento tuvo que requerirlo la Sala de Casación Penal.

Con el fin de verificar su pertinente análisis, así no obligue al Gobierno y menos a la Sala de Casación Penal, conviene transcribirlo íntegralmente. El comentario sobre el mismo, no obstante su secundariedad desde el punto de vista de su influjo aún en la zona del propio Ejecutivo, se hace con el fin de evidenciar el tono superficial y contradictorio que domina su contenido la ninguna innovación de los temas que aborda, que ya fueron tratados por la Sala de Casación Penal, y la manifiesta equivocación de sus conclusiones, hoy puestas en mayor evidencia, según criterios expresados en la Sala Plena el 28 de mayo del año en curso.

Esta opinión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Humberto Mora Osejo y la participación de los consejeros Jaime Betancur Cuartas, Jaime Paredes Tamayo y Gonzalo Suárez Castañeda, dice:

"...Se absuelve la consulta que el señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"'Prescribe el Código Procesal Penal actualmente vigente, artículo 735, «La oferta o concesión de la extradición es facultativa del Gobierno; pero requiere concepto previo y favorable de la Corte Suprema de Justicia». En consonancia con este precepto, el artículo 746 del mismo Código añade «Una vez perfeccionado el expediente, el Ministerio de Justicia lo remitirá a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Penal, para que esta Corporación emita el concepto de que tratan los artículos 9º del Código Penal y 735 de este Código».

"'Con este fundamento normativo, el Gobierno ha venido solicitando el concepto de la honorable Corte, y la Sala de Casación Penal invariablemente venía emitiendo su dictamen. Sin embargo, tratándose de extradición hacia los Estados Unidos de América, la Corporación modificó su doctrina tradicional en providencia del 17 de febrero pasado, referida a la extradición del señor Víctor Eduardo Mera Mosquera, anexa a esta comunicación. Dijo entonces que:

> "'Está claro que las solicitudes sobre extradición antes del 12 de diciembre de 1986, se tramitan y definen conforme a las regulaciones de los convenios de 1888 (Ley 66 de 1936) y de 1940 (Ley 8ª de 1943), en los cuales no se ha previsto para nada la intervención de esta Sala.

"'En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expresa que las diligencias de extradición del colombiano Víctor Eduardo Mera Mosquera, corresponde al Gobierno de manera exclusiva y en forma absolutamente discrecional, decidir si accede a esta petición, o la rechaza.

"'En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, expresa que las diligencias de extradición del colombiano Víctor Eduardo Mera Mosquera, corresponde al Gobierno de manera exclusiva y en forma absolutamente discrecional, decidir si accede a esta petición, o la rechaza.

"'El Gobierno, pues, procederá libremente a tomar la determinación que juzgue pertinente, no siendo procedente el concepto solicitado a esta Corporación'.

"En varios negocios posteriores, se reafirmó este criterio, entre ellos el relativo a la señora Ana Rodríguez de Tamayo, también adjunto a esta comunicación.

"'Para formular el interrogante que a continuación se expresará, el Gobierno se fundamenta en el Código Contencioso Administrativo, artículo 98, numeral 2. Este precepto le atribuye competencia a la Sala de Consulta y Servicio Civil para «Absolver las consultas jurídicas, *de orden administrativo*, generales o particulares que le someta el Gobierno...». No cabe duda que las decisiones del Gobierno mediante las cuales se deciden las solicitudes de extradición tienen carácter administrativo.

"'Efectuadas estas sumarias consideraciones, el Gobierno Nacional, por mi intermedio, plantea el siguiente interrogante:

"'¿Puede el Gobierno Nacional conceder extradiciones hacia los Estados Unidos de América, formuladas antes del 12 de noviembre de 1986, sin que haya concepto previo favorable de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal?'.

"La Sala considera:

"1º La Sala, mediante auto del 12 de marzo en curso, solicitó al señor ministro de Relaciones Exteriores que se sirva certificar si el tratado celebrado entre Colombia y los Estados Unidos, que se aprobó primero por la Ley 27 de 1980 y posteriormente por la Ley 68 de 1986, se encuentra o no vigente, y si está o no en vigor la Convención Interamericana aprobada por la Ley 74 de 1935. El Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante comunicación número 0508 del 19 de marzo de 1987 de la jefe de la División de Asuntos Jurídicos, contestó afirmativamente, es decir, que los referidos tratados se encuentran vigentes. Respecto del tratado celebrado entre Colombia y los Estados Unidos el 14 de septiembre de 1979 y aprobado mediante la Ley 27 de 1980, según la misma comunicación, 'el canje de los instrumentos de ratificación, formalidad prevista en el artículo 21 del tratado para su entrada en vigor, se efectuó el 4 de marzo de 1982', el cual además 'fue promulgado de conformidad con la Ley 7ª de 1944, mediante Decreto 1781 del 17 de junio de 1982'; así mismo se hace constar que, 'en aca-

tamiento de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 1986 por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el Presidente de la República sancionó nuevamente —el 14 de diciembre de 1986— la ley aprobatoria del tratado de extradición, reproduciendo íntegramente la Ley 27 de 1980' y que 'estando vigente el tratado desde la fecha del canje de los instrumentos de ratificación, no fue necesario efectuar un nuevo canje con posterioridad a la segunda sanción'.

"'Respecto de la Convención Interamericana, a que se ha hecho referencia, se hace constar que «fue aprobada mediante Ley 74 de 1935» y que "el depósito del instrumento de ratificación se efectuó el 22 de julio de 1936 y la convención entró en vigor para Colombia treinta días después del depósito, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 de dicho instrumento'.

"2ª La Sala considera que la constancia del Ministerio de Relaciones Exteriores acredita, con las leyes que los aprobaron, la existencia de los referidos tratados, tanto porque a esa entidad le incumbe el manejo de las relaciones diplomáticas como porque, por esa misma causa, en ella reposan todos los documentos y constancias relativos a los mismos tratados.

"Por otra parte, la comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores también hace constar que el tratado celebrado por Colombia con los Estados Unidos el 14 de septiembre de 1979 y aprobado primero por la Ley 27 de 1980 y posteriormente por la Ley 68 de 1986, se encuentra vigente 'desde la fecha del canje de los instrumentos de ratificación', lo que hizo que no se considerara necesario efectuar un nuevo canje con posterioridad a la segunda sanción. De manera que conforme al referido documento, ese tratado se encuentra en vigor, sin solución de continuidad, desde el 4 de marzo de 1982.

"3ª Según el artículo 141, ordinal 1º, de la Constitución, el Consejo de Estado debe 'actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración'. Ejerce esta atribución, de conformidad con el artículo 98, número 2, del Decreto-ley 01 de 1984, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación.

"Como expone el señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la consulta que hace a la Sala tiene carácter administrativo, en cuanto implica resolver un problema relacionado con la manera de ejecutar los tratados que, según constancia del Ministerio de Relaciones Exteriores, se encuentran vigentes.

"4ª El artículo 733 del Código de Procedimiento Penal dispone que 'corresponde a la Rama Ejecutiva, por medio del Ministerio de Justicia, ofrecer o conceder la extradición de un procesado o de un condenado en el exterior, en los casos autorizados por el Código Penal, y establecer el orden de precedencia cuando hubiere varias demandas de extradición'.

"El artículo 17 del Código Penal dispone que 'la extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos' y que a falta de ellos 'el Gobierno solicitará, ofrecerá o concederá la extradición conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal'.

"Sin embargo, específicamente prescribe que 'la extradición de colombianos se sujetará a lo previsto en tratados públicos' y que 'en ningún caso Colombia ofrecerá la extradición de nacionales, ni concederá la de los sindicados o condenados por delitos políticos'.

"De lo expuesto se deduce que en modo alguno se puede conceder la extradición de nacionales condenados por delitos políticos; que el Gobierno no puede ofrecer la extradición de nacionales y que ésta, en los casos en que no está prohibida por la ley, debe someterse 'a lo previsto en los tratados públicos'. La extradición de extranjeros, en defecto de tratados públicos, se rige por lo prescrito por el Código de Procedimiento Penal.

"5º El Tratado celebrado entre Colombia y Estados Unidos, por ser posterior y tener carácter especial para los dos países, según el artículo 30 de la Convención de Viena —sobre el derecho de los tratados— que fue aprobada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985, prevalece, en cuanto a su contenido, sobre la Convención Interamericana aprobada por la Ley 74 de 1935; sin embargo, ésta también debe aplicarse 'en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con el tratado posterior'.

"En este orden de ideas, la Sala considera que las solicitudes de extradición a los Estados Unidos, hechas con fundamento en el tratado celebrado por este país y Colombia en 1979 y aprobado primero por la Ley 27 de 1980 y posteriormente por la Ley 68 de 1986, deben resolverse en la forma prescrita por el artículo 8º de la Convención Interamericana, aprobada por la Ley 74 de 1935, que textualmente prescribe:

" 'El pedido de extradición será resuelto de acuerdo con la legislación interior del Estado requerido; y, ya corresponda, según ésta al Poder Judicial o al Poder Administrativo. El individuo cuya extradición se solicite podrá usar todas las instancias y recursos que aquella legislación autorice'.

"Por consiguiente, el artículo 8º de la Convención Interamericana sobre extradición remite al procedimiento prescrito por la legislación interna de cada país para resolver las solicitudes de extradición. En el caso colombiano ese procedimiento corresponde al Título IV, Capítulo III, del Código de Procedimiento Penal vigente.

"6º Además, lo expuesto se corrobora por los artículos 9º, número 7, y 16 del Tratado de Extradición celebrado en 1979 entre Colombia y los Estados Unidos —aprobado primero por la Ley 27 de 1980 y posteriormente por la Ley 68 de 1986—, que prescriben, respectivamente, que el Estado requerido estudiará la documentación presentada en apoyo de la solicitud de extradición para determinar si reúne los requisitos legales, *'antes de someterla a las autoridades judiciales...'* (la Sala subraya) y que 'si las leyes del Estado requerido no prohiben específicamente la extradición de la persona reclamada, y siempre y cuando dicha persona acceda por escrito y de manera irrevocable a su extradición después de haber sido informada personalmente por un juez o magistrado competente acerca de sus derechos a un procedimiento formal y de la protección que esto le brinda, el Estado requerido podrá conceder su extradición sin que se lleve a cabo el procedimiento

formal'. De manera que los dos preceptos transcritos hacen referencia, en su orden, a las 'autoridades judiciales' que deban conocer de la solicitud de extradición y al 'procedimiento formal' que se debe adelantar para resolverla, a menos que la persona reclamada, debidamente informada por un juez o magistrado competente, acceda por escrito a la 'extradición simplificada', es decir, sin surtir el procedimiento formal. Este es el del Código de Procedimiento Penal, por remisión del artículo 8º de la Convención Interamericana sobre extradición, aprobada por la Ley 74 de 1935.

"7º El procedimiento que se surte para resolver la solicitud de extradición comprende, entre otras actuaciones, la remisión del expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que emita el concepto a que se refieren los artículos 735 y 746 del Código de Procedimiento Penal le prescriben a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el deber de conceptuar, favorable o desfavorablemente —no en forma inhibitoria—, sobre la solicitud de extradición.

"8º El concepto previo y favorable de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es requisito indispensable para que se pueda conceder la extradición porque en él radica la garantía del derecho de audiencia y de defensa, mediante el examen, con participación de la persona solicitada en extradición, de todos los aspectos de hecho y de derecho que permitan deducir, motivadamente, si es o no procedente concederla. La inobservancia u omisión de este procedimiento implicaría desconocimiento del derecho universal de audiencia y de defensa.

"De ahí que el artículo 16 del Tratado celebrado entre Colombia y los Estados Unidos, como se ha expuesto, sólo permita conceder la 'extradición simplificada' a condición de que la persona reclamada, debidamente enterada 'de sus derechos a un procedimiento formal y de la protección que esto le brinda', lo renuncie 'por escrito y de manera irrevocable'. Esto también explica que el artículo 735 del Código de Procedimiento Penal exija concepto previo y favorable de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia porque, si fuere desfavorable, ello significaría que esa entidad no encontró mérito jurídico para que se disponga la extradición.

"De todo lo expuesto se deducen las siguientes conclusiones:

"1ª Las peticiones de extradición que se hagan con fundamento en el Tratado celebrado en 1979 entre Colombia y los Estados Unidos, aprobado primero por la Ley 27 de 1980 y posteriormente por la Ley 68 de 1986, de conformidad con el artículo 8º de la Convención Interamericana aprobada por la Ley 74 de 1935 y con los artículos 9º, número 7, y 16 del primero de los mencionados tratados, deben resolverse por el procedimiento que al efecto prescribe el Código de Procedimiento Penal vigente.

"2ª Este procedimiento implica la obligación del Gobierno de remitir el expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que, en garantía del derecho de audiencia y de defensa, conceptúe favorable o desfavorablemente —no en forma inhibitoria—, sobre la solicitud de extradición.

"3ª El Gobierno sólo puede conceder la extradición previo concepto favorable de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

"4ª Como el referido tratado, celebrado entre Colombia y Estados Unidos en 1979, está vigente, según constancia del Ministerio de Relaciones Exteriores, desde el 4 de marzo de 1982, cualquiera que sea la fecha de la solicitud de extradición, hecha con posterioridad a su entrada en vigor, la conclusión es la misma: El Gobierno sólo puede conceder la extradición previo concepto favorable de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia...". (Consulta número 105. Marzo 31 de 1987).

Valgan, entonces, las siguientes observaciones:

El fallo de 12 de diciembre de 1986, sobre el cual el Consejo de Estado omite toda lucubración, cuando precisamente sobre sus alcances basó esta Sala su renuencia a opinar en el nuevo sistema que rige las extradiciones, dejó sin vigencia el Tratado de 1979, al menos, en ese entonces, por los días corridos hasta su nueva sanción (Ley 68 de 1986, diciembre 14). Esto indicaba, en estimativa propia de la Sala de Casación Penal y no del Consejo de Estado puesto que se trataba de deducir la competencia de aquella y no la de éste, que todas las solicitudes con origen anterior a esta fecha quedaban por fuera de las cláusulas de este Tratado y se subordinaban la del anterior. Aquí conviene advertir que conforme a tradicional y pacífico entendimiento, una vez producida la inexequibilidad de una ley, revive la que preexistía; por eso se dijo que recobraba vigencia el Tratado de 1888 con su adición de 1940. De otro lado, y adelante se hará la transcripción pertinente, el artículo 21-3 del Tratado fijó esta obligada referencia de resurgimiento de tal estatuto internacional de carácter bilateral.

No es que quiera con esta deducción imponer una voluntad unilateral a la otra parte signataria del Tratado. La Sala de Casación Penal sólo advertía, en el ámbito de la normatividad jurídica colombiana, las consecuencias del referido fallo de inconstitucionalidad que, para ese entonces, borraba por lo menos la sanción y se impedía, por tanto, la aprobación legal del nuevo Tratado. A ese otro país le quedaba el derecho de asentir a esta nueva situación, o sea el restablecimiento del Tratado de 1888 (y adición de 1940) mientras se restauraba el de 1979, por sus canales ordinarios de legalidad o desinteresarse de esta posibilidad. Colombia, pues, debía presentar una honorable alternativa de cumplimiento de la palabra internacionalmente empeñada. Obvio resulta que un país que tiene acordado un Tratado y celebra otro de sustitución, lo menos que espera y puede exigir, de desaparecer este último por avatares legislativos o judiciales relacionados con uno de los signatarios del Acuerdo, es que se respete el anterior mientras se aportan soluciones para que la Convención afectada recobre y alcance su deseada y buscada perfección. En otras palabras, si la desaparición de un viejo Tratado se hace a expensas y se subordina a la aprobación de uno nuevo, de no llegar éste a su aprobación o ésta decaer institucionalmente por cualquier motivo, el primero no ha perdido su vigencia y exhibe todo su incólume valor.

Por otra parte, cuando dentro de un trámite administrativo está prevista la intervención de un órgano de la justicia, esta participación no pierde su carácter judicial para convertirse por ese hecho en actuación administrativa. De ahí que al devenir un enfrentamiento de conceptos sobre las consecuencias de un fallo de inexequibilidad de la Corte que toca con la extradición, para limitar la glosa al caso de autos, y se hace necesario determinar si la Sala de Casación Penal debe emitir concepto o abstenerse de hacerlo, la solución no está en acudir al auxilio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que está inhibida para actuar en favor o en contra de los órganos de acción del Poder Público comprometidos en este conflicto de competencias o de interpretaciones, sino en acatar a quien debe resolver el problema suscitado, o sea, la Sala de Casación Penal de la Corte, la cual, en defecto de una definición de la Sala Plena de esta Corporación, le corresponde señalar si conceptúa o se inhibe.

El Gobierno nada tenía que consultar en cuanto al papel que debía representar en ese asunto la Sala de Casación Penal, pues es a ésta y no a ningún otro organismo por calificado que sea, a quien la ley le adscribe la potestad de hacer este pronunciamiento. Distinta es la situación una vez emitida la resolución negativa o positiva de extradición, por parte del Gobierno. Su impugnación ya si corresponde desatarla a la Sección Primera del Consejo de Estado, quien puede contradecir algunas *apreciaciones de la Sala de Casación Penal, pero dentro de las cuales no están las que impliquen un contenido jurisdicente (auto, concepto o sentencia). Pero cómo aceptar la hipótesis de que el Consejo de Estado, al conocer de una resolución sobre extradición, y contra lo expresado por la Sala de Casación Penal, afirme la necesidad de su concepto previo, o el fenómeno de la prescripción de la infracción, o su naturaleza de delito político, o la falta de duplicidad incriminatoria en uno y otro país, o la no necesidad, para opinar dicha Sala de la Corte, de preexistir la captura del posible extraditable, etc.? Sería tanto como admitir que la decisión de un juez civil, laboral o administrativo que, en el ámbito de sus funciones, declare la improcedencia de un trámite o pronunciamiento judicial señalando la cuestión como de naturaleza simplemente administrativa, pudiese suscitar en el Gobierno el afán de someter a la Sala de Consulta y Servicio Civil el asunto para que ésta diga que la autoridad jurisdiccional está obligada a reponer su acto. Otro tanto, para no indicar sino tres ejemplos, podría acontecer con un proceso disciplinario, un cambio de radicación de procesos penales adelantados contra agentes de Policía u organismos secretos de investigación, o la controversia sobre la entidad que debe producir un nombramiento o destitución. Podrá verse en esta serie de casos el legítimo ejercicio de la consulta de carácter administrativo o más bien se estará auspiciando el desconocimiento de los fueros judiciales y trastrocando las jerarquías de decisión jurisdiccional?*

Pero lo extraño, y conviene resaltarlo, es que en el Consejo de Estado cursan, que se sepa, varias demandas contra resoluciones sobre extradición, tales las de Hernán Botero Moreno, Manuel Garcés González, Carlos Ledher Rivas, Lucas Gómez V., Emiro de Jesús Mejía, Andrés Calle Moreno y Ana Rodríguez de Tamayo, sin que tal Corporación, para lo que sí es competente, las haya resuelto pese a llevar

varios años de instauradas. En este oficial terreno sí que hubiera sido conveniente haber conocido el criterio de dicha entidad, porque en el evento de que su concepto hubiese sido adverso, algunos de estos colombianos no habrían podido extraditarse.

Resulta paradójico, que el Consejo de Estado, cuando puede y está obligado a hacerlo, no se pronuncie; y, cuando es notoria su intromisión, lo haga mediante una consulta que, so pretexto de fijarle derroteros al Gobierno en asunto administrativo, le determina una competencia a la Sala de Casación Penal, le señala un trámite y la forma de agotarlo satisfactoriamente y, además, le indica a la Corte Suprema de Justicia que la Ley 68 de 1986 está conforme con la Constitución y puede producir todos sus pretendidos efectos y, de paso, reconoce y adoctrina sobre la vigencia del Tratado de Extradición de 1979, situaciones todas éstas que estaban sub júdice *para la época de la consulta y que hoy han sido planteadas en forma totalmente distinta a como lo imaginó el Consejo de Estado.*

La Sala de Consulta y de Servicio Civil para responder el requerimiento del Gobierno, ha partido de la consideración de tratarse de asunto exclusivamente administrativo (cómo se ejecutan, en esta esfera, los Tratados). Si las recomendaciones que se atrevió a hacer o las disquisiciones que compuso se hubieran quedado en este ámbito, su gestión insinuadora no atraería críticas severas y de fondo. Pero lo incomprensible es que no permaneció en ese entorno sino que definió cuestiones ajenas, que le están prohibidas y que reconvierten el asunto de su dominio gubernativo al campo eminentemente judicial. Es así como señala que la Sala de Casación Penal debe conceptuar, en forma alguna inhibirse, que la Ley 68 de 1986 no exhibe vicio alguno en la actualidad, que la misma tiene el pleno efecto de haber realizado la aprobación del Tratado de Extradición de 1979, que su sanción fue oportuna, válida y efectiva, y que el mencionado Tratado está vigente, sin ofrecer características de inconstitucionalidad, que no se requiere de nuevo canje de instrumentos de ratificación porque el cumplido bajo el supuesto de la Ley 27 de 1980, declarada inconstitucional por la Corte en cuanto a su sanción por el Ministro Delegatario, conserva su ininterrumpido valor, según lo informan los propios organismos interesados en la consulta (Ministerio de Justicia y Relaciones Exteriores) y que la Corte no puede atreverse a la revisión del contenido del Tratado, puesto que conforme a su tesis (adoptada por mayoría —ver última demanda sobre Concordato con la Santa Sede—) una vez producida la correspondiente y debida ratificación la Convención Internacional se vuelve inimpugnable.

Todos estos temas, para no aludir sino a los principales y que para la fecha de la absolución de la consulta eran objeto de cuestionamiento ante la Corte, podrá alguien, por fuera de esa Sala del Consejo de Estado, considerar los aspectos de simple administración (cómo, dentro de ésta, se ejecutan los Tratados, según la argucia dialéctica más del consultado que del consultante), que sólo interesan al sector gubernativo y tienen su origen, desarrollo y culminación en el mismo y únicamente en él? O tendrán más bien una connotación judicial? Como si lo anterior fuera poco en descrédito de esta opinión emitida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

agréguese: Que prefirió desconocer el contenido y efecto del fallo de 12 de diciembre de 1986 (hoy con un alcance más profundo del que le adjudicara tímidamente la Sala de Casación Penal); que se desentendió de lo que señalara esta Sala, con ponencia del Magistrado Jaime Giraldo Angel, bastándole los textos de los artículos 733, 735, 746 del Código de Procedimiento Penal y 17 del Código Penal, cuando la Corte, por múltiples razones, descartó su incidencia, entre ellas porque el artículo 730 del primer estatuto declara la aplicación de sus preceptos pero sólo a falta de lo que manden los Tratados ("Convenciones") y usos internacionales; que demandándose por el Departamento Jurídico de la Presidencia una orientación sobre lo que debía acontecer con solicitudes de extradición "formuladas antes del 12 de diciembre de 1986", la consulta evacuada se extiende a situaciones posteriores y abarca la definición de validez de la sanción de la Ley 68 de 1986 y la vigencia del Tratado antes, durante y después de la mencionada fecha, relacionada con la sanción impartida por el Ministro Delegatario; que el contraste notorio entre el texto constitucional (art. 141-1: "...cuerpo supremo consultivo del Gobierno en *asuntos de administración*...") y el del Código Contencioso Administrativo (art. 98-2: "... consultas *jurídicas*, de orden administrativo, generales o particulares..."), reguladores de la actividad de la Sala de Consulta y Servicio Civil, debió moverla en el sentido de reducir el vuelo de sus digresiones, para ceñirlas a lo que el buen tino le señala, en letra y en espíritu, en la Constitución Nacional; y que, algo debió argüir para demostrarle a la Sala de Casación Penal su error de valoración al señalar ésta que, en el Tratado de 1888, el poder discrecional de Gobierno no se concilia con la obligación de obedecer el concepto desfavorable que aquella pueda emitir, si se admite la intervención de la Corte en estos asuntos.

Prefirió la Sala de Consulta ignorar los contraargumentos oponibles a su tesis y se inclinó, cómodamente, por hilvanar una serie de pautas que, por sí, nada demostraban. Fácil manera de enfrentar las razones expuestas cuidadosamente por la Sala de Casación Penal.

Aspecto de suma gravedad en la opinión emitida por el Consejo de Estado, es que ella se cimenta en afirmaciones inexactas, más objetables porque no sólo debió conocer el texto completo de las normas que citaba sino el análisis que de ellas hizo la Sala de Casación Penal que diera origen a la consulta.

Dice la Sala de Consulta y Servicio Civil que las relaciones en materia de extradición entre los Estados Unidos de América y Colombia se rigen por el Tratado de 1979, aprobado por la Ley 27 de 1980 y luego por la Ley 68 de 1986, y por la Convención Interamericana aprobada por la Ley 34 de 1935. Pues bien, la realidad señala todo lo contrario. El artículo 21 de la Convención Interamericana, expresa: "La presente Convención no abroga ni modifica *los Tratados bilaterales o colectivos que en la fecha del actual estén en vigor entre los Estados signatarios. No obstante, si alguno de aquellos* dejara de regir, *entrará a aplicarse de inmediato la presente Convención entre los Estados respectivos, en cuanto cada uno de ellos hubiere cumplido con las estipulaciones del artículo anterior".*

Para esa fecha estaba vigente entre Colombia y los Estados Unidos de América el Tratado de 1888 (Ley 66 de 1888).

La exclusión de la Convención se marca más cuando se advierte que el adicional de 1940, posterior a aquella, no se refiere a ésta sino que menciona específicamente el Tratado de 1888. Y, cuando se trata de las derogaciones de los pactos existentes, sólo se mencionan el de 1888 y su adicional. Conviene reproducir el artículo 21-3: "Al entrar en vigor este Tratado (Ley 27 de 1980) quedarán derogadas la Convención de Extradición Recíproca de Delincuentes, firmada el 7 de mayo de 1888 y la Convención Adicional de Extradición, firmada el 9 de septiembre de 1940, entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, pero si un procedimiento de extradición está pendiente en el Estado requerido en la fecha en que el presente Tratado entre en vigor, continuará sujeto a los Tratados anteriores".

Además de ésto, también se anotó en el concepto de la Sala de Casación Penal que los Estados Unidos de América habían hecho reserva expresa *al suscribir esta Convención Interamericana, con relación a la* extradición de nacionales, *reserva que según el numeral b) del artículo 21 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, libera a las demás partes, respecto de dicho país, de acatar y realizar el compromiso contraído.*

Obvio, porque si rehuye como obligación propia la de extraditar sus nacionales, no puede invocar de los demás un acto de esta naturaleza. Este punto ha sido tan claro para el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, que al dar cumplimiento al artículo 743 del Código de Procedimiento Penal sobre las normas aplicables a una específica solicitud de extradición, sólo mencionaba el Tratado de 1979 y no la citada Convención Interamericana, cuando se trataba de solicitudes formuladas por el Gobierno de los Estados Unidos de América. Sobre el particular pueden verificarse más de quince expedientes de extradición.

En la petición a que se vincula este concepto resulta el Ministerio de Relaciones Exteriores aseverando que también está vigente la Convención Interamericana entre nuestro país y los Estados Unidos de América, con desconocimiento expreso de las normas mismas de tal Convención (art. 21) y de lo que se desprende del Tratado de 1979 (art. 21-3), agregando la Cancillería nuestra una extraña aclaración a la reserva hecha por los Estados Unidos de América a la extradición de nacionales, la cual atribuye al señor Embajador de dicho país, y que según el Ministerio dice así textualmente: "Al formular la reserva sobre este artículo, los Estados Unidos se obligan a extraditar a los ciudadanos norteamericanos bajo las condiciones previstas en el artículo 1º de la Convención, si se cumplen los demás requisitos establecidos en ella".

Es supremamente inquietante que, a pesar de la adhesión de los Estados Unidos a la citada Convención, cumplida tantos años atrás, solo apenas ahora se descubra esa aclaración dejada "al formular la reserva sobre este artículo", según se lee textualmente en la nota transcrita. Por el contrario, la información que suministró antes el Ministerio a la Corte es muy diferente pues en respuesta a un oficio que le dirigió la Corporación dentro del trámite de la solicitud de extradición de José Alvaro Córdoba Bojassen, de fecha marzo 9 de 1972, se escribió literalmente lo siguiente:

"En cumplimiento del auto de la honorable Corte Suprema de Justicia el Ministerio de Relaciones Exteriores se permite expresar que con los Estados Unidos existen los siguientes tratados de extradición vigentes:

A) Convención bilateral, suscrita en Bogotá el 7 de mayo de 1888 y ratificada el 12 de noviembre de 1890 en Bogotá, cuyo texto, en copia se acompaña.

B) Convención firmada en Bogotá el 9 de septiembre de 1940 y aprobada por la Ley 8ª de 1943. La ratificación se hizo en Washington el 23 de junio de 1943 y empezó a regir para ambos países el 6 de julio del mismo año. Esta convención amplió el número de los delitos por los cuales se puede solicitar la extradición, incluyendo los que se cometen contra las leyes de represión del comercio de narcóticos, numeral 22 del artículo 1º. El texto, en copia, igualmente se acompaña.

C) Existe además la Convención Interamericana sobre extradición originaria de la Séptima Conferencia Internacional Americana, celebrada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, de la cual hacen parte Colombia y Estados Unidos, aprobada por la Ley 74 de 1935. Contra el artículo 2º de esta Convención que estipula la entrega del reo, cuando éste fuere nacional del Estado requerido, hizo reserva Estados Unidos, *pero Colombia no* (subrayas dentro del texto. Corresponde a bastardilla).

D) Se proyectó al respecto una cláusula opcional por medio de la cual los Estados signatarios, no obstante lo establecido por el artículo 2º de la anterior Convención, convinieron entre sí 'que en ningún caso la nacionalidad del reo pueda impedir la extradición'. Sin embargo esta cláusula sólo la ratificaron Argentina y Uruguay y así no entró en vigencia".

Muy lejos está de ser asunto claro este levantamiento de la reserva, dándose como se dan dos informes contradictorios o, por lo menos, inciertos. Y no lo está no sólo en cuanto al alcance de la manifestación y su fecha de emisión sino que, tratándose de un pacto multilateral, no parece el medio más ortodoxo y válido el de la nota del Embajador Norteamericano, dirigida a uno de los varios signatarios de la Convención.

Por otra parte, se señala por la Sala de Consulta y Servicio Civil que el concepto de la Corte en los trámites de las solicitudes de extradición es necesario, pues "la inobservancia u omisión de este procedimiento implicaría desconocimiento del derecho universal de audiencia y de defensa". Esto no es sólo una falacia, sino un cargo grave a la Rama Ejecutiva del Poder Público y a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, quienes tiene por Constitución y por ley la obligación de respetar tanto el derecho de audiencia como el de defensa. Los artículos 23, 26 y 28 de la Carta, y de las demás normas que establecen estos derechos, son de aplicación imperativa para todos los órganos del poder público sin excepción alguna.

El Código Contencioso Administrativo, que es el que regula el trámite en las actuaciones administrativas, desarrolla adecuadamente estos principios. Veamos algunos de los artículos pertinentes:

"*Artículo 3º Principios orientadores:* Las actuaciones administrativas se desarrollaran con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

"(...)

"En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales".

"*Artículo 28. Deber de comunicar.* Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

"En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35".

"*Artículo 29. Formación y examen de expedientes.* (...)".

Cualquiera persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, y de obtener copias y certificaciones sobre los mismos, que se entregarán en plazo no mayor de tres (3) días. Con los documentos, que por mandato de la Constitución Política o de la ley tengan carácter de reservados y obren dentro de un expediente, se hará cuaderno separado".

"*Artículo 31. Deber de responder las peticiones.* Será deber primordial de todas las autoridades hacer efectivo el ejercicio del derecho que consagra el artículo 45 de la Constitución Política mediante la rápida y oportuna resolución de las peticiones que, en términos comedidos, se les formulen y que tengan relación directa con las actividades a cargo de esas mismas autoridades".

"*Artículo 34. Pruebas.* Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado".

"*Artículo 47. Información sobre recursos.* En el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes deben interponerse, y los plazos para hacerlo".

"*Artículo 50. Recursos en la vía gubernativa.* Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque;

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.

Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla".

"*Artículo 56. Oportunidad.* Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio".

"*Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria.* Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1. Por suspensión provisional;

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho;

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos;

4. Cuando se cumpla la condición resolutoria que se encuentre sometido el acto;

5. Cuando pierdan su vigencia".

"*Artículo 69. Causales de revocación.* Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley;

2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;

3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona".

Está pues garantizado a plenitud el derecho de audiencia y de defensa, como corresponde a un estado de derecho. Y en el evento en que las autoridades administrativas no dieran cumplimiento fiel a éste cúmulo de protecciones, la ley ha sido extremadamente celosa,

y ha encomendado, precisamente al Consejo de Estado mediante su Sala de lo Contencioso Administrativo, el control de la legalidad de estos actos, debiendo declarar su nulidad si fueron expedidos contrariando las normas que los regulan, o violando el derecho de defensa, o con abuso o desviación de poder.

Dicen así las normas respectivas:

"*Artículo 84. Acción de nulidad.* Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, la nulidad de los actos administrativos.

Esta acción se denomina de nulidad y procederá no sólo cuando dichos actos infrinjan las normas a las que debían estar sujetos, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o falsamente motivados, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera.

Estos motivos podrán invocarse en todas las acciones en que se impugne un acto administrativo, cualquiera que sea su finalidad.

Esta acción procede contra los actos de carácter definitivo; excepcionalmente contra los propietarios, de trámite y de ejecución en los casos de los artículos 50, 88 y 153 de este Código.

Son objeto también de esta acción los conceptos y circulares que la administración quiera aplicar de modo general, así como los actos de certificación y registro cuyo control no haya sido atribuido expresamente a otra jurisdicción".

"*Artículo 85. Acción de restablecimiento del derecho.* Toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, podrá pedir que además de la anulación del acto administrativo, se le restablezca en su derecho, o se le repare el daño.

La misma acción tendrá quien además pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente".

Resumiendo: Todo demuestra, aún para legos, que las consultas proceden cuando no se dá el caso de una autoridad que mediante pronunciamiento válido, determine la forma de un trámite, los derechos de las partes, el grado de intervención de los llamados a la controversia, etc. Cuando aquélla en razón de sus atributos, pueda determinar con imperio suficiente para ser obedecida el estado en que quedan las cosas, la improcedencia de un requisito o la eliminación de un trámite, la cuestión ha quedado definida y lo que podría ser objeto de consulta, lo ha determinado quien puede hacerlo y no es dable replantearlo acudiendo a otros organismos que están destinados a prestar este servicio cuando el consultante no está en la obligación de acatar un pronunciamiento o recibido la indicación pertinente. Lo demás es dar ocasión a revivir cuestiones resueltas, a desconocer decisiones tomadas por quien tiene potestad para ello y contradecir y

sembrar la confusión y la incertidumbre en asuntos que han readquirido su clara regulación jurídica.

El Gobierno no debió intentar esta consulta; y la referida Sala del Consejo de Estado, tampoco podía ofrecer esta clase de respuestas, con las cuales parece revivirse el dañino enunciado de acatar pero no obedecer. Se atiende lo que favorece el desvío de funciones pero se omite lo que lo conjura. Si se dice atender la determinación de tratarse de asunto administrativo, única posibilidad de entrar a insinuar pautas de orientación, debe mantenerse la naturaleza señalada y reducir las recomendaciones, a lo que es dable hacer en este específico ámbito, si es que en este se dan perplejidades; pero lo que está absolutamente vedado es rebelarse contra la decisión de la Corte y reconvertir la esencia del tema para retornarlo a su condición judicial, imponiendo una competencia que no puede hacerse sin entrar en contradición, como se deja demostrado.

La Sala de Consulta y Servicio Civil no es la llamada a decirle a la Corte ni a los Tribunales, ni a los jueces, cómo deben interpretar los fallos, las leyes o los tratados, ni cómo ejercer sus funciones o emitir sus providencias. Invade, si a tal esfuerzo se entrega, una órbita de conocimiento que le es ajena, distorsiona sus atribuciones y desconoce competencias constitucionales y legales de otras dependencias de igual rango al suyo, en noción general, y superior en el caso concreto que se comenta.

Ya en ocasión anterior (octubre 28 de 1986) la Sala de Casación Penal tuvo que criticar a la Sala de Consulta y de Servicio Civil por esta manera de actuar, en cuestión de interpretación de normas (Ley 2ª de 1984), afectadas por fallos de inexequibilidad y relacionados con procesos en curso en el Tribunal Militar. Conviene reproducir lo dicho en ese entonces: "El concepto rendido por el Consejo de Estado en su Sala de Consulta (C. P. Doctor Jaime Betancur Cuartas), no obstante coincidir con la apreciación consignada en este proveído, resulta poco ortodoxo, en cuanto a la debida aplicación de sus funciones, como quiera que éstas no le otorgan la atribución de fijar el sentido de las leyes, en todas sus órbitas, para que jueces, Tribunales y Corte, ajusten a ese criterio sus propios cometidos, competencias y decisiones. Aparece extraño a nuestros ordenamientos legales el comportamiento del Gobierno, al buscar una interpretación de esta índole, y, otro tanto debe anotarse de la respuesta del Consejo de Estado. Como lo dice el artículo 141-1 de la Constitución Nacional, la atribución de éste al respecto, es la de actuar como cuerpo consultivo del Gobierno, pero en *asuntos de administración*, o, como lo dispone el artículo 98-2 del Código Contencioso Administrativo, al fijar las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil: 'Absolver las consultas jurídicas, de *orden administrativo*, generales o particulares, que le someta el Gobierno al través de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República'. Y tan no se trataba de una cuestión administrativa que en el propio concepto se dice que 'el fondo de la consulta es una materia penal, de alcance de normas de esa naturaleza y de especiales efectos...'. En los Anales del Consejo de Estado, *segundo semestre de 1981*, se encuentra el siguiente salvamento de voto, de quien fuera precisamente consejero ponente (doctor Jaime Betancur Cuartas) en la consulta de ma-

rras, que, en uno de sus apartes, anota: 'Lamentable decirlo, pero al Gobierno hay que enseñarle a consultar, no por capricho, sino por el mandato de la ley, y para evitar desbordes, desviaciones, equívocos o confusiones. Sobre ellos hay reiteradas decisiones doctrinarias de la Sala, y el suscrito sigue consecuente con ellas, porque en verdad estas Corporaciones son para adoctrinar...' (Sala de Casación Penal octubre 28 de 1986. Proceso núm. 230).

Y en el caso de las extradiciones, tomando el buen sentido de las afirmaciones últimamente transcritas, hay que agregar a la lamentación relacionada con el Gobierno, otra, la que concierne a la forma como se evacuó esta consulta.

4. El Ministerio de Justicia reitera su imprudencia.

Estando pendiente la decisión de la Corte plena tanto sobre la validez y alcance de la sanción impartida por el Gobierno, el 14 de diciembre de 1986, como de la vigencia del Tratado, aspecto que no dubita el Ministerio de Relaciones Exteriores y lo acepta sin ningún análisis la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, quien como se vio se basa para ello en lo que se le informa por parte del consultante ("está vigente, según constancias del Ministerio de Relaciones Exteriores"), por no requerirse nuevo canje de instrumentos de ratificación, bastando a este fin el cumplido en obedecimiento a la Ley 27 de 1980, lo sensato era esperar, antes de aventurarse en trámites de extradición surgidos con posterioridad al 12 de diciembre de 1986, al fallo de la Corte sobre tales asuntos.

La Sala de Casación Penal confió en que los Gobiernos de los Estados Unidos de América y el de Colombia, tendrían esa cautela y ponderación. Así se entendió en principio por el receso en diligenciar tales solicitudes. Pero ahora, y el caso *sub examine* es uno de los varios remitidos a la Sala de Casación Penal referido a actuación posterior al multicitado fallo de 12 de diciembre de 1986, se provocó casi que innecesariamente una anticipada opinión, sobre aspectos como los mencionados, objeto de procesos de constitucionalidad.

La Sala de Casación Penal impelida, pues, por la acuciante celeridad del Ministro de Justicia, doctor Eduardo Suescún Monroy, se vio obligada a iniciar el estudio de estos temas. Hoy puede historiarse su resultado en virtud de que la Corte Plena, en sesión de 28 de mayo, ha considerado algunos de ellos en tesis empatadas que afirman, una, que la Ley 68 de 1986 es inexequible y por tanto no existe el Tratado de 1979; y, otra, que no obstante tenerla por exequible estima que el Tratado, para traducir fuerza vinculante, debe someterse de nuevo al trámite de la Ley 7ª de 1944 y, consiguientemente, al canje de los instrumentos de ratificación.

En todo caso, en una y otra, aparece clara la apreciación de que el Tratado de 1979 no es aplicable en la actualidad.

En síntesis:

1º El Tratado de 1979, no está vigente;

2º Solicitudes de Extradición antes y después del 12 de diciembre de 1986, y para la fecha, no pueden regirse por este Acuerdo Internacional;

3º Ha recobrado vigencia el Tratado de 1888 y su adición de 1940;

4º En esta resurgida situación (Tratado de 1888 y adición de 1940), no se contempló la intervención de la Corte Suprema de Justicia, mediante su Sala de Casación Penal, ni se concilia una interpretación que lleve a establecerla, porque otorgándose al Presidente de la República una omnímoda atribución en cuanto a conceder o negar la extradición de nacionales, no es dable dar aplicación a normas del Código de Procedimiento Penal, dispuestas para cuando no existe Tratado, Acuerdo, Convención o Usos Internacionales aplicables, que restringen esa discrecionalidad del Ejecutivo, pues en el caso de una opinión adversa éste se vería constreñido a obedecerla; y

5º El Procedimiento Administrativo contempla también una esmerada regulación del derecho de defensa y, de audiencia del extraditable, suficientes para garantizar los resguardos constitucionales a que tenga derecho.

De allí, entonces, que la Sala de Casación Penal, insiste en afirmar que en el estado actual del acuerdo de extradición con los Estados Unidos de América, no debe solicitarse su opinión, gozando el Gobierno de plena autonomía para cumplir con las solicitudes que al respecto se le formulen y que estén en consonancia con el Tratado de 1888 y su adición de 1940, pudiendo libérrimamente, incluso consultando razones de conveniencia, extraditar a los nacionales o negar su procedencia.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se *abstiene* de emitir el concepto solicitado por el Ministerio de Justicia, en las diligencias de extradición de Rodolfo Donado Suárez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas, Con salvamento de voto.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Antes de manifestar las razones de mi discrepancia con la decisión mayoritaria, en cuanto se inhibe de conceptuar en las solicitudes de extradición, debo precisar que comparto integralmente los otros razonamientos que se hacen en dicho pronunciamiento, cuando por medio de un análisis histórico del Tratado de Extradición firmado con el Gobierno de los Estados Unidos, la Corte ha cumplido con su misión constitucional y legal de manera ejemplar, contra la incoherente y extraña posición del Ejecutivo que ha asumido criterios confusos ante tan delicado tema.

Igualmente apoyo la crítica jurídica que hace la Sala a la insólita consulta formulada por el Gobierno a la Sala correspondiente del Consejo de Estado y la respuesta de ésta por fuera de sus propios límites de competencia, desconociendo de paso una decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, máximo Tribunal Jurisdiccional de nuestro país, que ya se había manifestado sobre el punto; y en esto es preciso destacar que aun cuando me hubiese tocado salvar voto, es una decisión que debe ser respetada incluso por aquellos que no la compartimos, y en este grupo obviamente están incluidos los integrantes del Gobierno y el Consejo de Estado —Sala de Consulta—.

También comparto la decisión de la Sala en relación con el empate presentado en reunión plenaria de la Corte al estudiar la demanda contra la Ley 68 de 1986, en el sentido de que si llegase a triunfar la tesis de la constitucionalidad sostenida por doce (12) Magistrados de esta Corporación, el mencionado Tratado no está vigente, puesto que de acuerdo a lo establecido en la Ley 7ª de 1944 las leyes aprobatorias de convenios internacionales para su validez interna, requieren del canje de ratificaciones que aún no se ha hecho.

Es claro que a nivel interno, al ser declarada inexequible una norma, revive la anterior que se ocupa del mismo asunto, y esto es así para efectos de su vigencia dentro del territorio del Estado, sin que se haya pretendido o se trate de imponer la voluntad nacional a países extranjeros, y queda en vigencia el Tratado de 1888, adicionado en 1943, pero aceptado lo anterior considero que la Corte por medio de su Sala de Casación Penal debe seguir conceptuando, sin compartir en ningún momento la decisión de la Sala de remitir a procedimientos administrativos ajenos a las competencias jurisdiccionales.

Continúan siendo válidas las razones que en ocasiones anteriores me he permitido manifestar y por ello simplemente las transcribo.

I. Consideraciones generales

Considero que la decisión mayoritaria parte de interpretación equivocada cuando afirma que la Ley 95 de 1936 en su artículo 9º y el Decreto 100 de 1980 en su artículo 17, excluyen la participación de la

Corte en las solicitudes de extradición de nacionales cuando exista Tratado suscrito sobre el tema entre el Estado requirente y el requerido. Porque es evidente que las normas mencionadas en el concepto mayoritario aluden a que la extradición de nacionales deberá regirse por los Tratados específicamente celebrados en este sentido y por tanto no podría aplicarse ninguna norma de carácter interno que contradiga lo acordado a nivel internacional por medio de un Tratado, pero la aceptación de la argumentación anterior no lleva necesariamente a concluir a que en caso de vacíos evidentes en el Tratado no se pueda recurrir a leyes análogas de carácter interno que llenen los vacíos existentes en la Convención Internacional.

La práctica interpretativa mencionada con anterioridad tiene plena aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que dispone expresamente que cuando no haya normas adecuables al caso concreto, de normas que regulen casos semejantes y estos vacíos existentes en el Tratado deben ser llenados por la legislación interna, sin contrariar las previsiones de la Convención Internacional, sino por el contrario para viabilizar su aplicación, porque aceptándose que la extradición es una norma de derecho público externo e interno, de naturaleza penal y a la que por su propia esencia se le deben aplicar las normas generales de interpretación que regulan la aplicación de la ley penal, en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales vigentes relacionados con el respeto de los derechos humanos, y finalmente con lo dispuesto en las normas penales que regulen actuaciones similares.

Si en la actualidad rige el Tratado de Extradición de 1888, adicionado por la Ley de 1943, se debe analizar si alguno de estos Tratados regula el trámite interno que se debe dar a las solicitudes de extradición; y es perfectamente claro que ninguno de los dos acuerdos internacionales dice nada en relación con el trámite interno que se le debe dar a esta solicitud, porque en el artículo 1º se acuerda la entrega de personas solicitadas que están siendo perseguidas penalmente; en el 2º se hace una lista de delitos que darían lugar a la extradición, posteriormente adicionada por el artículo 1º de la Ley de 1943; en el artículo 3º se indican cuáles son los requisitos que debe llenar la solicitud, y se estipula que se trate de los delitos que aparecen enumerados en los Tratados, la existencia de una orden legalizada de arresto formulada conforme a las leyes del respectivo país, citando las disposiciones en que se fundamenta y si el requerido es un convicto, copia de la sentencia por la cual se declara esta responsabilidad, etc.; en el artículo 4º se establece que si el solicitado está sometido a juicio, al Gobierno le queda la opción de conceder la extradición o aplazarla mientras continúa el juicio; el artículo 5º dispone que si la solicitud tiene motivaciones de carácter político no habrá lugar a la extradición y en el 6º se estipula que la extradición se hará por medio de los Agentes Diplomáticos o Consulares. Se indica igualmente que el prófugo no podrá ser entregado entre tanto las pruebas existentes sean de tal naturaleza que justifiquen el arresto; en el artículo 6º se acuerdan las formas como debe procurarse el arresto de los solicitados; el 8º establece que los objetos y documentos que tiendan a probar la culpabilidad serán entregados con el solicitado, de la misma manera que el dinero y los efectos que tuviere en su poder de origen ilícito; en el 9º se regulan las solici-

tudes relacionadas con extranjeros para las partes contratantes; en el artículo 10 se acuerda la entrega discrecional de los nacionales; en el artículo 11 conviene que la existencia de obligaciones contraídas por el solicitado no impedirán la entrega; en el 13 determina la fecha en que la Convención entrará en vigor. En la Convención de 1943 que lo adiciona, tampoco se indica un procedimiento de trámite interno para rituar las solicitudes que se formulen, porque como se indicó con anterioridad en el artículo 1º se adiciona la lista de delitos que pueden motivar la extradición; en el 2º se modifica el contenido del artículo 3º del Tratado de 1888 y finalmente en el 3º se acuerda lo relacionado con la vigencia.

En la suscinta relación del Tratado actualmente vigente entre los Gobiernos de Colombia y Estados Unidos se puede concluir que en ninguna de sus normas se establece el procedimiento que deben seguir las autoridades para el trámite y la concesión de la extradición solicitada, porque es claro que el contenido de las normas antes expuestas hace relación con los requisitos de la extradición para que ésta pueda ser concedida. Existiendo el vacío antes anotado se deben llenar las mencionadas lagunas con normas de naturaleza similar que regulen de manera específica el tema de la extradición; por ello se habrá de acudir a normas de otros Tratados que sobre el tema de la extradición hayan convenido los Gobiernos colombiano y norteamericano y ante la ausencia de éstos debe recurrirse a lo dispuesto en las leyes procesales penales. Sólo ante la ausencia total de normas de carácter penal, considera el suscrito que se puede recurrir a trámites de carácter administrativo, como se pregona en concepto del que discrepó respetuosamente. En este orden de ideas debe recordarse la existencia de la Ley 74 de 1935 por medio de la cual se ratificó la Convención Interamericana sobre la Extradición que además de haber sido confirmada por los Gobiernos de Colombia y Estados Unidos dice en su artículo 8º: "El pedido en extradición será resuelto de acuerdo con la legislación interior del Estado requerido; y, ya corresponda, según ésta, al Poder Judicial o al Poder Administrativo. El individuo cuya extradición se solicite podrá usar todas las instancias y recursos que aquella legislación autorice" y sobre la vigencia de este Tratado no puede llamarse a duda, porque en su artículo 21 establece con meridiana claridad que esta Convención no abroga ni modifica los Tratados bilaterales o colectivos que en ese momento estuvieran en vigor entre los Estados signatarios y que si alguno de ellos dejare de regir de inmediato entrará en vigencia la Convención Interamericana. Y es obvio que el contenido de los Tratados de 1888, adicionado por el de 1943, no pueden entenderse modificados ni abrogados, porque precisamente no tienen en relación con el punto que se discute, normas que lo contradigan sino que por el contrario en este aspecto las normas existentes son de carácter complementario, y sirven para viabilizar y dinamizar su aplicación.

Y por si no fuera poco la existencia del Tratado que atrás se reseña, existirían igualmente otras normas de carácter complementario, de naturaleza puramente penal, relacionadas con el trámite interno de la extradición, que no son otras que las que específicamente tienen que ver con este tema, se contemplan en el Código de Procedimiento Penal. Esta forma interpretativa se indica en el artículo 27 de la Convención

de Viena sobre el derecho de los Tratados adoptada por Colombia, mediante la Ley 32 de 1985.

Mi discrepancia obedece a que existiendo normas de naturaleza penal de por medio, las cuales pueden complementar los existentes vacíos de los Tratados de Extradición suscritos por Colombia, pudiera pensarse que tales lagunas se llenen por procedimientos puramente administrativos de naturaleza política, que por su propia esencia no son los más adecuados para regular el *ius puniendi* y establecer las garantías y límites que el Estado se señala a sí mismo para garantizar los derechos fundamentales de sus súbditos, y de los ritos y formas procesales especialmente creados, precisamente para dar garantía de seguridad jurídica a los asociados.

El derecho penal por su propia estructura es de una naturaleza muy propia y es por ello que las normas de interpretación que deben tenerse en cuenta para la aplicación de las mismas, tienen una serie de restricciones y garantías que no existen en otros ordenamientos jurídicos, tales como la inexistencia de la interpretación analógica, excepto cuando sea en favor de los interesados de los procesados; de la irretroactividad de sus normas, excepto en los casos de ultraactividad y retroactividad, cuando su aplicación implique beneficio a los procesados; la imposibilidad de la adaptación de la costumbre, sintetizados en la regla general de dar preferencia a la norma de carácter favorable, de acuerdo a lo que expresamente en este sentido se regula en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

La Corte de manera inveterada y uniforme ha venido interviniendo en el procedimiento de la extradición tanto en vigencia del Tratado de 1888, como en el recientemente declarado inexequible y en algunas de ellas se ha hecho especial énfasis en el carácter complementario que tienen las leyes procesales penales con las de los Tratados, cuando éstos regulan temas idénticos.

No es necesario citar las más importantes doctrinas de la Corte en las que se destaca esta principalísima función de la Corte, como estandarte garantizador del estado de derecho que se corresponde y adecúa a la conceptualización de Montesquieu sobre el poder del soberano, dividido en tres ramas que no sólo ejercen el poder de manera paralela, sino que además se controlan a sí mismas y se colaboran en una serie de actividades gubernativas que suponen necesariamente la participación de varias de esas ramas del poder.

II. El trámite de la extradición

Analizadas con algún detenimiento las normas contenidas en la Ley 147 de 1888, sobre la regulación del trámite de la extradición, fácilmente se advierte que en aquella época el procedimiento relacionado con el instituto era bien diverso al uso internacional actual y que no había, al parecer una verdadera sistematización de la extradición; tanto es así, que la legislación interna preveía los diversos formalismos según se tratase del sistema administrativo, del mixto o del judicial. Era de general aceptación la petición cursada de una autoridad judicial a otra sin intervención del Gobierno para la concesión de la solicitud (art. 1947 de la citada ley), práctica que hoy ha sido abandonada por

los convenios y usos internacionales, según los cuales se hace necesaria la intervención del Gobierno de un Estado para la extradición, sin que con ello se afirme, como se verá, que es exclusivamente al Ejecutivo a quien compete el pronunciamiento sobre la solicitud.

No cabe duda que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia dominantes, las leyes internacionales (Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.) priman sobre la legislación interna; pero esta primacía se ha reconocido solamente en cuanto a la aplicación de la ley internacional no afecte gravemente los intereses internos de la Nación, y solamente es aplicable, además, en aquellos casos en que regule exactamente una materia también reglada por la legislación interna. Por ello la jurisprudencia de la Corte ha considerado las disposiciones nacionales como de aplicación subsidiaria y complementaria para las situaciones de carácter interno que expresamente no estuvieren reguladas en los Tratados.

En la jurisprudencia de la Corte, cuyo ponente fue el doctor Reyes Echandía, se destaca precisamente lo anterior al afirmarse que *"el Gobierno colombiano debe cumplirlo aunque en él se pacten cláusulas diversas de las que sobre aspectos idénticos estén previstas en la legislación sustantiva o procesal colombiana, cuya aplicación como se ha dicho es en tales materias subsidiaria"*. Quiere decir lo anterior que las reglas de procedimiento de la ley colombiana deberán entrar a regir las materias de derecho internacional cuando en los Tratados públicos no se contenga una previsión procesal sobre aquello que es objeto del convenio estatal. Sólo así podrá predicarse una correcta preeminencia de los Tratados sobre la ley, porque de no existir esa relación de subsidiariedad, carece de sentido cualquier alegación al respecto.

Al citarse como ejemplos la Ley 35 de 1982 y la 74 de 1935, se llega a la afirmación de que en los Tratados públicos se consagra preferencialmente un trámite administrativo para los pedidos de extradición, lo cual, a mi juicio, no es del todo correcto como trataré de demostrar más adelante; el sistema administrativo parece ser la excepción más que la regla, y referida más a los convenios celebrados en el siglo pasado y en los primeros años del presente. Dentro de este orden de ideas se dice que la razón de dicha preferencia es la de conceder absoluta discrecionalidad al Gobierno para pronunciarse sobre la extradición o no de nacionales y que por ello no tendría asidero alguno la intervención de otra cualquiera de las Ramas del Poder Público. Empero, la entrega de esa discrecionalidad al Ejecutivo en nada se opone a la consagración paralela de una intervención judicial porque aún en presencia de un concepto de la Corte, favorable o no, si se ha previsto en el Tratado podrá el Gobierno conceder o negar la extradición de acuerdo a la discrecionalidad convenida. Por lo demás, debería entonces analizarse si la intervención de la Corte tiene como fin el de orientar o apoyar al Gobierno para su pronunciamiento final a la luz de las conveniencias y consideraciones políticas, o si la función del concepto de la Corte es la de realizar el control de lo alegado por el Estado requirente con la legislación interna del país y con lo acordado en el Tratado público.

Efectivamente, en tales acuerdos internacionales es imposible describir las conductas delictivas con el mismo nombre o en igual forma

a las que contiene el Código Penal; el Ejecutivo, que se sabe no adelanta labores de juzgador, debe consultar entonces si los hechos que originaron la petición son realmente constitutivos de delito según la legislación interna; si tal delito es o no político, militar o conexo con ellos; si la conducta igualmente se ajusta a las descripciones o denominaciones jurídicas contenidas en el Tratado, y si puede afirmarse válidamente que la conducta materia del procesamiento en el exterior es de aquellas que dan base a la extradición según el contenido del Tratado correspondiente. Esta labor de interpretación jurídica debe entregarse a una autoridad de la Rama Judicial y no a una Administrativa, porque de lo contrario se estaría desconociendo uno de los principios fundamentales del estado de derecho. Producido el pronunciamiento sobre tales aspectos, se le entregará sí al Gobierno la discrecionalidad de la decisión. La función de la Corte es, en consecuencia, la de juzgar jurídicamente cada petición de extradición y garantizar los derechos que la Constitución y las leyes han concedido a los ciudadanos, así como garantizar al Estado requirente la legalidad de la decisión del Ejecutivo y la existencia de previsiones internas que castiguen también la conducta que él está juzgando.

Se afirma a renglón seguido que el trámite administrativo permite la aprehensión del extraditable sin sujeción a los requerimientos judiciales, dadas las particularidades de la extradición; empero, también esta situación está prevista para el trámite mixto, tal como lo señalan los artículos 742 y 748 del Código de Procedimiento Penal.

Se sostiene en el concepto mayoritario del que me aparto que no es indispensable que se regule de manera precisa el trámite legal que se debe dar a las solicitudes de extradición formuladas con base en un convenio internacional, puesto que tales procedimientos están previstos en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, pero al hacerse tal afirmación se olvida la naturaleza estrictamente penal de la extradición, que por su propia estructura requiere su precisa adecuación al contenido constitucional previsto en el artículo 26 al establecerse no sólo la legalidad previa de las definiciones delictivas y penológicas, sino también la antecedente definición de los procedimientos a que deben ser sometidos los sujetos pasivos de la acción penal.

Lo extraño de la decisión mayoritaria de la Sala es que se acepta en ella que la aplicación de la norma administrativa se justifica siempre que una ley especial no haya establecido un procedimiento propio, y suficientemente se ha reiterado en este salvamento que precisamente el trámite de la extradición tiene una regulación especialísima en la ley procesal penal y que por tanto no se pueden aplicar a ella las normas generales contenidas en el Estatuto Contencioso Administrativo.

III. El contenido normativo de los tratados

En el análisis de la Convención recíproca de extradición de reos aprobada por la Ley 66 de 1888 que contiene la ponencia, se incurre en la errada afirmación de que allí se prevé un procedimiento administrativo para la concesión de la extradición; se funda esta aseveración en la interpretación equivocada de las normas; así, por ejemplo, se cita el artículo 1º presuntamente entronizador del sistema administrativo cuando textualmente dice:

"*El Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América*, con las restricciones que adelante se expresarán, *convienen* entregarse recíprocamente...".

Como se ve a las claras, ninguna referencia se hace aquí al sistema administrativo, al judicial o al mixto; la palabra *Gobierno* no tiene otra función que la de sujeto de la frase en la cual el verbo rector es *convienen*, y no podría ser de otra forma porque a nivel internacional solamente el Gobierno de un Estado puede comprometerlo; a nivel interno, además, está previsto que es al Gobierno a quien corresponde celebrar Tratados públicos y no a la Rama Legislativa o Judicial (art. 120, numeral 20 de la Constitución Nacional); así, la norma transcrita no señala procedimiento sino que simplemente determina qué autoridad ha concurrido a contratar, convenir, o celebrar el Tratado.

Tampoco el artículo 4º está indicando siquiera la voluntad de señalar un procedimiento administrativo con prescindencia de uno mixto, porque el afirmar simplemente que queda a discreción del Gobierno la concesión de la extradición no elimina la participación judicial en el trámite.

Finalmente, cabe señalar que la modificación introducida a la Convención recíproca de la extradición de reos tampoco determina el trámite administrativo porque allí, apenas se hace mención a las condiciones de autenticidad de un documento internacional, y por ello se exige la intervención de la autoridad ejecutiva para la refrendación de los documentos judiciales que sirvan de base a la petición.

IV. La extradición en algunos tratados internacionales

A fin de examinar el uso internacional sobre la extradición, y tomar de allí pautas interpretativas, deben señalarse los siguientes:

1. Convención única sobre estupefacientes (Ley 13 de 1974) en su artículo 36 dispone:

"...iv) Los referidos delitos graves cometidos en el extranjero, tanto por nacionales como por extranjeros, serán juzgados por la parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente, *si no procede la extradición de conformidad con la ley de la parte a la cual se la solicita*, y si dicho delincuente no ha sido ya procesado y sentenciado.

b) Es deseable que los delitos a que se refieren el inciso 1º y el apartado a) ii) del inciso 2º se incluyan entre los delitos que dan lugar a extradición, en todo tratado de extradición concertado o que pueda concertarse entre las partes, y sean delitos que den lugar a extradición entre cualesquiera de las partes que no subordinen la extradición a la existencia de un Tratado o acuerdo de reciprocidad, *a reserva de que la extradición sea concedida con arreglo a la legislación de la parte a la que se haya pedido*, y de que esta parte tenga derecho a negarse a proceder a la detención del delincuente o a conceder la extradición si sus autoridades competentes consideran que el delito no es suficientemente grave" (Subrayas fuera de texto).

Esta Convención fue modificada posteriormente por un protocolo, el cual conservó en su artículo 36 las mismas normas ya citadas según las cuales la extradición de los delincuentes a que se refiere ella se regirá por las disposiciones internas de cada una de las partes contratantes, preferencialmente.

2. Tratado Multilateral de Extradición, VII Conferencia Internacional Americana (Ley 74 de 1935).

En este Tratado, en su artículo 8º se dispuso textualmente:

"El pedido de extradición *será resuelto de acuerdo con la legislación interior del Estado requerido;* y, ya corresponda, según ésta al Poder Judicial o al Poder Administrativo. El individuo cuya extradición se solicite podrá usar todas las instancias y recursos que aquella legislación autorice" (subrayas fuera de texto).

3. Tratado sobre Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo el 23 de enero de 1889 en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, y el cual no ha sido adoptado por Colombia.

En este Tratado, se consagra un procedimiento general para el trámite de la extradición y al respecto se puede leer en el artículo 32:

"Si el pedido de extradición hubiese sido introducido en debida forma, el Gobierno requerido *remitirá todos los antecedentes al juez o Tribunal competente*, quien ordenará la prisión del reo y el secuestro de los objetos concernientes al delito, si a su juicio procediese tal medida, con arreglo a lo establecido en el presente Tratado" (subrayas fuera de texto).

4. Tratado de extradición y protección contra el anarquismo, suscrito por Colombia en México el 28 de enero de 1902 con ocasión de la Segunda Conferencia Internacional Americana.

Dispone el trámite de la extradición de conformidad con las leyes internas de cada país en cuanto no se opongan con las normas generales del Tratado, en su artículo 9º que es del siguiente tenor:

"La demanda de extradición, en cuanto a sus trámites, a la apreciación de la legitimidad de su procedencia y a la admisión y calificación de las excepciones con que pudiese ser impugnada por parte del reo o prófugo reclamado, *quedará sujeta en lo que no se oponga a lo prescrito en este Tratado, a la decisión de las autoridades competentes del país de refugio, las cuales arreglarán sus procedimientos a las disposiciones y prácticas legales establecidas para el caso en el mismo país...*" (subraya fuera de texto).

5. Acuerdo sobre extradición firmado en Caracas el 18 de julio de 1911 en el Congreso Bolivariano, suscrito por Colombia y depositado en instrumento de ratificación el 28 de julio de 1914.

El artículo 8º de este Tratado consagra igualmente que el procedimiento debe regirse por la ley nacional del Estado requerido:

"...La extradición de los prófugos en virtud de las estipulaciones del presente Tratado *se verificará de conformidad con las*

leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda" (subrayas fuera de texto).

6. Convención Centroamericana de Extradición firmada en Guatemala el 12 de abril de 1934.

Aquí se consagra como parte del procedimiento de extradición, en su artículo 9º, lo siguiente:

"La autoridad a quien corresponda hará la aprehensión del prófugo, *con el fin de que sea presentado ante la autoridad judicial competente para su examen* si se decidiere que, conforme a las leyes y pruebas presentadas, procede la entrega, con arreglo a esta Convención, el prófugo será entregado en la forma legal prescrita para estos casos" (subrayas fuera de texto).

7. Tratado de Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo el 19 de marzo de 1940 con ocasión del Segundo Congreso Sudamericano del Derecho Internacional Privado.

Aquí se especificó un trámite para la extradición, y al efecto el artículo 18 dispone:

"Los Estados contratantes se obligan a entregar, siempre que fueren requeridos al efecto, las personas que, procesadas o condenadas por las autoridades de uno de ellos, se encuentren él el territorio del otro.

La entrega se concederá con arreglo a las formalidades procesales vigentes en el Estado requerido, debiendo concurrir las siguientes condiciones: ..." (subrayas fuera de texto).
Por su parte, el artículo 31 del mismo dice:

"Si el pedido de extradición hubiese sido introducido en debida forma, el Gobierno requerido *remitirá los antecedentes al juez o Tribunal competente*, quien apreciará la procedencia de tal pedido conforme a lo establecido en los artículos 29 y 30 y, en su caso, tomará las medidas necesarias relativas a la captura de la persona reclamada, ordenando su arresto y el secuestro de los objetos concernientes al delito, si a su juicio procediere" (subrayas fuera de texto).

Se consagran igualmente en este Tratado varias disposiciones más que hacen expresa referencia a la necesidad de llenar los vacíos del trámite con la legislación interna de cada país.

De este recuento de Tratado y convenios internacionales, algunos de los cuales ha acogido la República de Colombia, todos ellos relacionados íntimamente con el instituto jurídico de la extradición, se puede concluir o desarrollo inequívoco en relación con la regulación de ella.

Evidentemente, la decisión final sobre la extradición corresponde al Gobierno Nacional, sin que ello implique necesariamente que su actuación no deba estar controlada, guiada o asesorada por la Rama Judicial

del Poder Público. Por el contrario, contemporáneamente las relaciones internacionales sobre extradición exigen la participación de los Tribunales nacionales en el trámite de ésta, y más que eso, consagran que salvo la normación precisa del procedimiento en el Tratado Internacional, se aplicarán las leyes internas del país requerido para garantizar al extraditable y al Estado requirente la legalidad del procedimiento y el pleno desarrollo de sus derechos.

Bien sabido es que en materia internacional, donde tan difícil resulta promulgar leyes obligantes, tienen gran preponderancia los usos y costumbres que llegan a constituir la única ley aplicable. Pues bien, demostrado está que en materia de extradición es tendencia internacional, o cuando menos americana, la de regir el procedimiento por las reglas internas de cada Nación, y cuando se establecen trámites específicos y estrictos en los Tratados, ellos son de naturaleza mixta en la cual interviene tanto el Gobierno como la Rama Judicial. Así las cosas, claro resulta una vez más, que el procedimiento que se debe imprimir al trámite de la extradición es el consagrado en los artículos 733 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, porque como se anotó, en la Convención recíproca sobre extradición de reos suscrita entre los Estados Unidos de América y Colombia, vigente para la cuestión que se decide, no se estableció procedimiento alguno.

Concluir en la existencia del procedimiento administrativo sobre la base que a la luz del Tratado los conceptos no obligan debido a la discrecionalidad que se le concede al Gobierno, podría llevar a concluir en la desaparición del Ministerio Público dentro del proceso penal puesto que es sabido que sus conceptos no son obligatorios para el juez ante quien se rinden y evidentemente la conclusión hipotética propuesta no es la solución más jurídica al problema.

V. Interpretación aplicable al caso concreto

En el aparte II. 2. de la providencia mayoritaria de la Sala (Ver providencia del 17 de febrero de 1987, Rad. Nº 1290. Extradición. Solicitado: Víctor Eduardo Mora Mosquera. Magistrado ponente doctor Jaime Giraldo Angel), se señalan como razones para concluir que la Convención recíproca de extradición de reos suscrita entre los Estados Unidos de América y Colombia y aprobada por la Ley 66 de 1888 señaló un procedimiento meramente administrativo para la extradición partiendo de la referencia que en los artículos X, I, 4, y VII se hace a los Gobiernos de los Estados contratantes. Semejante interpretación de las normas, se repite, no se compadece con ninguno de los sistemas válidamente admitidos en la jurisprudencia y doctrina colombianas, como quiera que ni la más exegética interpretación avala tales planteamientos.

Así, del texto del artículo I de la Convención, se desprende no un tratamiento meramente administrativo para la extradición, sino un simple señalamiento de los poderes del Estado que han concurrido a la celebración del Tratado. Evidentemente, no podría ser de otra forma, porque las regulaciones constitucionales y el mismo derecho internacional señalan que acuerdos como el de extradición no pueden celebrarse más que por autoridades representantivas del Estado que

celebre la Convención, las cuales son únicamente las del orden ejecutivo. No puede la Corte Suprema de Justicia, ni el Poder Legislativo, recurrir a la celebración voluntaria y obligante de un Tratado. Por ello, la mención de la palabra Gobierno en la disposición que se comenta mal puede interpretarse como el señalamiento de un proceso administrativo para la regulación interna de la extradición.

La expedición del artículo 4º que otorga discrecionalidad al Gobierno para conceder la extradición o continuar el juicio tampoco supone la consagración de un trámite administrativo para la extradición. Aquí simplemente se reconoce el principio general según el cual la resolución definitiva, haya intervenido o no la Corte Suprema de Justicia, queda al arbitrio del Poder Ejecutivo quien debe pronunciarse sobre el pedido que por la vía diplomática se le ha hecho. No se excluye aquí la intervención de la Corte, como tampoco se señala su indispensable concepto ni se establece un procedimiento específico para el trámite de las solicitudes de extradición, sino que se hace una simple enunciación del último paso del proceso pertinente.

Cuando el artículo VII de la mencionada Convención establece que cada Gobierno procurará el arresto personal del reo, tampoco hace referencia específica a que sea voluntad de las altas partes contratantes el consagrar el sistema administrativo como trámite de la extradición. Nótese que incluso se hace la salvedad de que esta función del Gobierno, posible dentro del sistema administrativo, el judicial o el mixto, está limitada a la facultad que las leyes internas de cada Estado le confieran al Ejecutivo, con lo cual se reconoce la necesaria combinación de la ley interna con las disposiciones del Tratado para definir la extradición.

En las Convenciones aprobadas por la Ley 66 de 1888, la 8ª de 1943 y la 27 de 1980, recientemente declarada inexequible, no se regulan específicamente los pasos que a nivel interno del Estado se deben dar a la solicitud de extradición, ni menos aún se dispone lo relativo a la defensa del requerido, ni a la representación de la sociedad, ni a la protección de los intereses del Estado requirente, ni muchas otras condiciones del proceso. En consecuencia, forzoso es concluir que todos estos vacíos, deberán llenarse con la aplicación de las normas de derecho interno que regulan la materia, las cuales están contenidas en el Código de Procedimiento Penal para el caso de Colombia, y dentro de ellas se estatuye la obligatoria intervención de la Corte Suprema de Justicia para la emisión de su concepto, con la regulación precisa de que se tramitará como un incidente, y se respetarán las garantías de defensa consagradas en la normatividad vigente.

Este trámite, obviamente, no se contrapone en ningún momento con la cumplida ejecución que debe darse al Tratado, ni viola los principios en él contenidos, ni contraría sus propias disposiciones, sino que simplemente garantiza la legalidad de la resolución final de extradición, la seguridad del Estado, y respetando la soberanía nacional, compromete de manera más íntegra y segura la voluntad del Estado manifestada por medio de la orden de extradición del solicitado.

Ni el Código Contencioso Administrativo, ni en ninguna ley procesal se encuentra regulación específica en torno al fenómeno de la

extradición; sólo existe ésta en el Código de Procedimiento Penal, razón por la cual en atención a la especialidad se deben aplicar dichas normas al trámite del incidente de extradición. Apelar a la generalidad del procedimiento administrativo, es desconocer las garantías constitucionales del artículo 26 e imponer a un asunto perfectamente reglado un procedimiento extraño a él, en detrimento de los principios que orientan el estado de derecho.

Las anteriores razones son las que respetuosamente me llevan a discrepar de la decisión mayoritaria de la Sala.

Edgar Saavedra Rojas.

Fecha *ut supra*.

LIBERTAD CONDICIONAL

No basta haber satisfecho el primero de los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal, sino, además, observar por los menos conducta "buena"

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

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta número 037.

Vistos:

Recibida la documentación del procesado *Julio César Arias Lemus* y aclarada el Acta del Consejo de disciplina, procede la Sala a resolver sobre la petición de libertad elevada por el citado recluso quien invoca el artículo 72 del Código Penal y la Ley 32 de 1971, pues, considera que el tiempo efectivo en detención y el que le corresponde como redención de pena por trabajo, resultan suficientes para obtener su excarcelación provisional.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha emitido concepto desfavorable pues su personalidad puesta en evidencia al momento de la consumación del reato, ciertamente denota factores complejos de desadaptación social, como quiera que para reducir a la víctima a la impotencia y al estado casi de inconsciencia, se valieron de una violencia desbordada y de una inusual sevicia.

Consideraciones de la Corte:

El peticionario fue condenado por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Cali mediante sentencia de 15 de enero de 1985 a la pena privativa de la libertad de *setenta y dos (72) meses de prisión*, como coautor responsable del delito de acceso carnal violento. El Tribunal Superior de la misma ciudad, confirmó en todas sus partes la decisión de instancia en fallo de 26 de abril siguiente.

Arias Lemus se halla detenido desde el 3 de junio de 1983, es decir, ha descontado efectivamente en prisión *cuarenta y ocho (48) meses*. Por trabajo acredita 3.004 horas que le dan derecho a una rebaja de *cuatro (4) meses y cinco (5) días*, para un total acumulado de *cincuenta y dos (52) meses y cinco (5) días*, superiores a las dos terceras partes de la sanción impuesta.

En providencia de fecha 26 de marzo del corriente año, la Sala negó el beneficio de excarcelación al procesado porque "... el Acta del

Consejo de Disciplina de Arias Lemus, por hallarse en formato impreso, se contradice en sus extremos, pues, al ser calificada su conducta como 'regular', no puede, al mismo tiempo decirse que, el procesado se ha dedicado al trabajo, no ha sido sancionado y ha colaborado con la administración, respetuoso con sus compañeros de cautiverio y con los empleados del penal, observando claros signos de regeneración y recomienda el otorgamiento del beneficio solicitado".

La Dirección de la Penitenciaría Nacional de Palmira donde actualmente se encuentra recluido el procesado, con Oficio número 151 de fecha 12 de mayo último, aclara el Acta del Consejo de Disciplina antes comentado y, al respecto manifiesta que "...En cuanto a la calificación de la conducta 'regular' obedeció a que Arias Lemus, fue sancionado por faltas disciplinarias con diez (10) días de aislamiento en Cárcel del Distrito Judicial de Cali, lugar donde estaba recluido antes de ingresar a este establecimiento y donde su conducta fue calificada de *'pésima'*.

"Fue así que de acuerdo con el Reglamento Penitenciario Decreto 1817 de 1964 en sus artículos 300, 320 y 323 marca las pautas a seguir en las calificaciones de conducta se refiere, *pésima, mala, regular, buena y ejemplar*, por períodos de noventa días, con facultades a los Consejos de Disciplina para las modificaciones necesarias y en concordancia con la norma en comento".

El artículo 72 del Código Penal faculta al juez para otorgar al procesado que haya cumplido las dos terceras partes de la pena de arresto superior a tres años o a la de prisión que excede de dos, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario *y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.*

Quiere decir lo anterior que además del cumplimiento de las dos terceras partes de la pena privativa de la libertad impuesta, el procesado para ser acreedor al beneficio de libertad condicional, debe acreditar su "buena o ejemplar" conducta durante el tiempo en reclusión, de ahí que deba ser calificada periódicamente por el Consejo de Disciplina ya que resulta ser fuente importante de información respecto de la debida y oportuna rehabilitación del recluso.

No basta, pues, haber satisfecho el primero de los requisitos previsto en el artículo 72 del Código Penal, esto es el de temporalidad, no registrar antecedentes penales ni de policía o disciplinarios y laborar o estudiar dentro del establecimiento carcelario, sino, además, observar por lo menos conducta "buena". Y si, como en el presente caso, Arias Lemus en la Cárcel del Distrito Judicial de Cali fue sancionado con aislamiento y calificado su comportamiento con el más bajo grado, es decir, de "pésima", con ello está demostrando su poco interés en readaptarse socialmente, razón por la cual no tendría derecho al beneficio de excarcelación provisional.

Su conducta última, si bien es cierto ha mejorado según consta en el Acta del Consejo de Disciplina realizado el 20 de enero del corriente año que la calificó como "regular", no alcanza el grado que determina la norma, lo cual, impide realizar un diagnóstico cierto de su rehabili-

tación para vivir en sociedad. Solamente sería posible ésto, cuando luego de varias evaluaciones periódicas, su conducta sea calificada como "ejemplar", esto es, que su comportamiento sea motivo pleno para que las directivas penitenciarias puedan, así mismo, apoyar cualquier solicitud de excarcelación por considerar que el procesado ha obtenido el más alto grado de resocialización.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, *niega* al procesado Julio César Arias Lemus el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Leonel Olivar Bonilla, Conjuez.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PREVARICATO

La inadecuada costumbre de enviar el expediente al juez que se considera competente, para que sea él quien decida sobre la libertad del detenido, cuando está próximo a vencerse el término que da la ley para ello, no configura un delito, pero sí una falta disciplinaria

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

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta número 37.

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de proceder de fecha 12 de septiembre de 1986 por el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar compromete en juicio a la Exjuez 7º de Instrucción Criminal de esa ciudad, doctora *Yamile Aníbal de la Peña*, por el delito de prevaricato.

Hechos:

El 17 de julio de 1985 fue puesta a disposición del Juzgado 7º de Instrucción Criminal de Valledupar, del cual era titular la doctora Yamile Aníbal de la Peña, la denuncia formulada por tentativa de homicidio contra Hugues Suárez, junto con el sindicado, quien había sido capturado dos días atrás. En esa misma fecha la funcionaria dictó auto cabeza de proceso y ordenó oír en indagatoria al acusado, diligencia ésta que se surtió en debida forma el día jueves 18. Durante los subsiguientes hábiles (19, 22, 23 y 24) la funcionaria practicó pruebas, y el último oyó en ampliación de denuncia a Andrés Núñez. La presencia de éste en ese día con una herida en el rostro que pudo observar la juez, la determinó a considerar que se trataba de un delito de lesiones personales (fl. 31, cd. fot.), por lo cual ordenó remitir el expediente al Juzgado Penal Municipal mediante auto al cual se dio cumplimiento en esa fecha.

El día 26, la Juez 5ª Penal Municipal le resolvió la situación jurídica al procesado e informó a la Procuraduría lo que en su criterio podría ser falta disciplinaria de la juez que le remitió el asunto por dejar vencer el término para hacer tal pronunciamiento, lo que dio origen a que esta entidad adelantara la correspondiente averiguación y presentara resolución acusatoria en contra suya (fls. 1 a 27 cuaderno principal).

Resultando y considerando:

1. Entendieron el juzgador de primer grado y el Ministerio Público en las dos instancias, que la conducta reprochable de la juez acusada era el haber dejado transcurrir el término para resolver la situación jurídica del sindicado sin hacerlo, y finalmente en forma extemporánea, remitirle el expediente al Juez Penal Municipal al que consideró competente por razón del delito que creyó era objeto de la investigación, y en este orden de ideas se produjo el auto de enjuiciamiento por prevaricato en su forma omisiva, providencia ésta de la que por apelación se ocupa la Sala.

2. *En primer lugar ha de anotarse que el término para resolver la situación jurídica se contabiliza en días laborables de acuerdo a lo normado en los artículos 186 y 191 del Código de Procedimiento Penal, criterio reiterado en distintos pronunciamientos de esta Sala, y que no se opone a la prescripción especial del artículo 149 del mismo Estatuto, el cual habilita todos los días para la práctica de diligencias investigativas, pero que no impone la obligación de tomar decisiones con relación a las distintas actuaciones procesales durante los días que la ley considera de vacancia judicial (autos 16 de julio 1981, mayo 4 de 1982, abril 8 de 1987).*

3. *La evidencia procesal indica que la funcionaria ordenó la remisión del expediente al otro juzgado por auto del 24 de julio de 1985, esto es, dentro del término que la ley le otorgaba para la definición de la situación jurídica, ya que entre la fecha de la indagatoria —18 de julio— y la de la remisión, se interpusieron el festivo del 20 y el dominical del 21, de donde resulta que el término tenía vencimiento el día 25.*

4. *No es entonces una conducta omisiva la que podría serle atribuida, sino la positiva manifestada en la providencia del 24 en la que aduciendo carecer de competencia por razón de la clase de delito en que a su entender había incurrido el sindicado, ordenó la remisión de lo actuado al Juzgado Penal Municipal. Habrá entonces de elucidarse si dicho pronunciamiento fue manifiestamente contrario a la ley, e imputable penalmente a la funcionaria.*

5. Al analizar la conducta de la juez cumple establecer cuál era su deber a partir del momento en que oyó en indagatoria al sindicado.

La ley otorgaba 5 días para resolverle la situación jurídica, bajo el entendido de que este lapso es aprovechado para avanzar en la investigación recopilando elementos de juicio o cotejando los existentes con el dicho del acusado para formarse un criterio sobre su comportamiento. No otro sentido tiene la concesión del referido término.

Por mandato de la Ley 2ª de 1984 (art. 59) tenía competencia para iniciar e instruir el proceso por tratarse de un presunto delito de homicidio (aunque en grado de tentativa), pero resulta claro que este aspecto sería mejor establecido con más y diversas pruebas, para cuyo allegamiento no escatimó esfuerzos según lo revela la copia fotostática del sumario que adelantaba, en el cual aparece la constancia de haber citado a 10 testigos, entre ellos al Comandante de la Subestación de Policía que adelantó la captura y además al lesionado, quien compareció el día 24 y amplió su denuncia (fls. 20 a 29 cd. fotocopias). En esta

misma fecha solicitó al médico legista el reconocimiento del lesionado (fl. 30 ibidem). La observación directa de éste la determinó a calificar objetivamente el delito causa del sumario como de lesiones personales, y así lo dijo en el mismo auto en que dispuso la remisión del expediente al Juzgado Municipal (fl. 31), sin que, como antes se anotó, se hubiera vencido el término señalado por la ley para resolver la situación jurídica del sindicado.

Esta conducta no viola ningún mandato legal, por lo que es evidente que tampoco se configura el prevaricato por acción, haciéndose forzoso proceder a sobreseer definitivamente al juez De la Peña.

Sin embargo, *no quiere la Sala dejar desapercibida la oportunidad para recordar a los jueces el deber que tienen de practicar todas las diligencias y tomar todas las decisiones más urgentes que demande el proceso de instrucción del sumario, aún en los casos en que no sean competentes para conocer del delito, pues así lo impone la guarda de la justicia o la preservación de la libertad de los ciudadanos.*

La inadecuada costumbre de enviar al juez que se considera competente, el expediente para que sea él quien decida sobre la libertad del ciudadano detenido, cuando está próximo a vencerse el término que da la ley para ello, no configura ciertamente un delito, pero sí constituye una gran falta disciplinaria al "retardar injustificadamente el despacho de los asuntos a su cargo", según reza el numeral a) del artículo 61 del Decreto 52 de 1987. pues ello conduce casi siempre a que se le prive injustamente de su libertad. Como en el presente caso se adelantó la correspondiente investigación por la Procuraduría, no se ordenará compulsar copias para el efecto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

Resuelve:

Revocar el auto de proceder recurrido, y en su lugar *sobreseer definitivamente* a la Exjuez 7º de Instrucción Criminal de Valledupar doctora Yamile Aníbal de la Peña por hechos objeto de esta actuación sumaria.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PRUEBAS. Estimación legal

Establecida la legalidad en la aducción de la prueba, corresponde al juzgador analizarla individualmente para luego proceder a compararla, mediante la síntesis, con todo el conjunto probatorio

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

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado Acta número 37.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a decidir sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *Gonzalo Carreño Nieto* contra la sentencia de agosto 9 de 1984, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá lo condenó a la pena principal de 54 meses de prisión como autor responsable del delito de extorsión.

Hechos:

El 16 de mayo de 1983, la Gerencia de los Almacenes "Carulla" puso en conocimiento del Jefe de Seguridad de la empresa, una carta recibida en sus oficinas de Bogotá, por medio de la cual, quien firmaba como "un hombre resuelto", exigía la entrega de $ 2.850.000.oo y amenazaba con colocar alimentos inyectados de veneno en los distintos establecimientos de atención al público y comunicar ese hecho a los medios de información, si se satisfacían sus pretensiones.

Reiterada esta exigencia en otro escrito enviado como "última oportunidad"y varias llamadas telefónicas, en las cuales se determinaron las instrucciones a cumplir para la entrega del dinero exigido, se dispuso el correspondiente operativo por parte de las autoridades policivas colocando la suma requerida en la amenaza, procediendo a capturar a Gonzalo Carreño Nieto junto con otros individuos.

Actuación procesal:

1. Con fundamento en las diligencias adelantadas por la Policía Judicial, el Juzgado 93 de Instrucción Criminal, inició la investigación e indagó a Gonzalo Carreño Nieto, quien admitió ser el autor de los hechos.

2. Proferido el auto de detención en su contra por el delito de extorsión mediante providencia de 7 de junio de 1983 y proseguida la instrucción del proceso, el Juzgado 40 Penal del Circuito de esta ciudad lo llamó a responder en juicio por dicho delito el 4 de octubre siguiente.

3. Rituada la causa y celebrada la audiencia pública, el juzgado de conocimiento, condenó al enjuiciado por el delito que fue encausado, a la pena principal de 36 meses de prisión; con fundamento en los anónimos, las llamadas telefónicas intimidadoras y en la confesión de Carreño Nieto, consideró el juzgado de primera instancia que la extorsión se consumó, pues se trata de un delito formal y en esas condiciones, las amenazas conocidas en autos, tenían la capacidad suficiente para causar alarma frente a cualquier persona.

4. El Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de agosto 9 de 1984, confirmó la decisión de primera instancia, modificando la pena principal en el sentido de aumentarla a 54 meses de prisión por cuanto concurrían las circunstancias genéricas de agravación punitiva consagradas en los numerales 4 y 5 del artículo 66 del Código Penal referidas a la preparación ponderada del delito y al abuso de las condiciones de inferioridad de la víctima.

Demanda de casación.

Al desaparecer este proceso en los hechos acaecidos en la Corte en el mes de noviembre de 1985, se procedió a su reconstrucción de conformidad con lo prescrito en el Capítulo II del Decreto 3829 de 1985, sin que haya sido posible allegar copia de la demanda de casación, a pesar de los esfuerzos que se hicieron para este fin, pues ni el procesado conoce el nombre de la abogada casacionista.

No obstante, en el concepto emitido por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se hace una concreta reseña de los razonamientos y peticiones formulados por la censora, lo cual obvia aquella falencia por expresa autorización del precitado Decreto.

Con base en el cuerpo segundo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se ataca la sentencia impugnada por violación indirecta de la ley sustancial, en razón de haber incurrido el juzgador en manifiestos errores de hecho en la apreciación de la prueba.

Dos son los cargos que se formulan al fallo del Tribunal, así:

a) El primero se concreta en el hecho de haberse dejado de aplicar por el juzgador de segunda instancia el artículo 22 del Código Penal que regula la tentativa, por haber ignorado la existencia en el proceso del testimonio del Jefe de Seguridad de los almacenes "Carulla", de acuerdo con el cual las amenazas no produjeron en su siquis y en su voluntad el resultado que exige el delito de extorsión, pues la empresa no entregó suma alguna, habiéndose limitado a simular en una caja previamente dispuesta, el contenido del dinero exigido y con la cual fue capturado el procesado.

Luego de señalar detalladamente los elementos constitutivos del delito de extorsión e indicar el alcance del artículo 355 del Código

Penal, la demandante se identifica con la tesis que afirma que es delito de resultado y por lo mismo admite la tentativa, y concluye, que: "Se violó por falta de aplicación del artículo 22 del Código Penal, porque ante la ausencia de resultado, mal podía sostenerse la presencia de consumación delictual";

b) El segundo cargo se refiere a que el sentenciador incurrió en manifiesto error de hecho al deducir las circunstancias de agravación punitiva indicadas en los numerales 4 y 5 del artículo 66 del Código Penal, con fundamento en prueba material y procesalmente inexistente.

El Tribunal, sin argumento ni prueba alguna, consideró que concurrían en la comisión del hecho, como circunstancias de agravación de la pena, la preparación ponderada del delito y el abuso de las condiciones de inferioridad del ofendido, siendo que la versión del propio acusado, permite justamente llegar a la conclusión contraria.

En primer lugar: Porque desde la idcación del plan delictivo hasta su ejecución, ocurrió un tiempo muy breve que de por sí indica que no pudo preparar sin riesgo su propósito y, en segundo lugar, porque ninguno de los actos del agente tuvieron capacidad para doblegar la voluntad de la víctima; es decir, que resultaron insuficientes para lograr el resultado, máxime si se atiende la circunstancia de que en todo momento estuvo bajo el control de las autoridades policivas que asesoraron al sujeto pasivo.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en concepto que precede, solicita de la Sala no se case la sentencia impugnada por cuanto ninguno de los dos cargos presentados por la demandante están llamados a prosperar, debido a que:

a) Respecto al primero, el fallo condenatorio censurado encontró fundamento para concluir que se trataba de un delito de extorsión consumado en la carta enviada por Carreño a sus víctimas y desde luego, en su propia confesión y "ninguna de tales pruebas, sin embargo, son objeto de censura por el actor".

Por tanto, ninguna trascendencia puede exhibir la prueba que se dice no apreciada en el fallo acusado y, "por lo mismo, inútiles resultan los esfuerzos del actor para demostrar que la empresa no canceló a los plagiarios dinero alguno, o que no se doblegó la voluntad de la víctima".

Además, estima el colaborador Fiscal, que si bien la casacionista estudia el problema probatorio, lo cierto es que en el fondo de lo que se trata es demostrar que el fallador le dio un alcance y sentido distinto al artículo 355 del Código Penal al considerar el delito de extorsión como formal y no de resultado para que sea posible la tentativa; por tal motivo se equivoca la demandante al invocar una causal notoriamente inadecuada, pues la censura tendría cabida en el concepto de violación directa de la ley sustancial;

b) En cuanto al segundo cargo, replica el señor Procurador, que tampoco está llamado a prosperar porque el reconocimiento de las referidas agravantes genéricas es la conclusión de todo el análisis probatorio que el Tribunal hizo en la sentencia; de ahí que no pueda afirmarse que se fundamentaron en prueba inexistente, pues aspecto distinto es que la recurrente tome únicamente una parte del fallo para hacer tal afirmación, lo cual no puede ser válido, debido a que la sentencia debe tomarse en su integridad y no dividirla arbitrariamente para lograr sustentar las personales apreciaciones del impugnante.

Consideraciones de la Corte:

Dos son los cargos por los cuales se ataca la sentencia impugnada con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, al considerar la censora que el juzgador incurrió en manifiestos errores de hecho en la apreciación de la prueba.

Si bien los dos cargos se amparan en la misma causal, impera analizarlos por separado, pues la inexistencia de prueba que se aduce hace referencia a situaciones jurídicamente diversas.

Primer cargo. Reiterativa ha sido la Corte al afirmar, que tanto el fallo de primer grado, como la sentencia del Tribunal, forman una inescendible unidad que no se puede desconocer en casación.

Este recurso extraordinario se interpone contra el fallo de segunda instancia, pero al confirmar el de primer grado, es lógico que se comparte el criterio expuesto en la sentencia revisada, y por ende, el análisis probatorio que sirvió de fundamento a aquella decisión; por tanto, ninguna duda queda respecto a que el Tribunal se relevó de estudiar el alcance del tipo de extorsión descrito en el artículo 355 del Código Penal por compartir el criterio del Juzgado 40 Penal del Circuito de esta ciudad en el sentido de que se trata de un delito formal, que como tal no exigía la entrega del dinero como resultado.

Y como resalta el Procurador Delegado, en el fallo de primer grado, luego del correspondiente análisis dogmático, se estudia el porqué las cartas enviadas a la Gerencia del almacén "Carulla" constituyeron el medio eficaz y serio para constreñir, razón por la cual y bajo la previa consideración del delito formal, se concluyó que la extorsión investigada se consumó.

Son entonces, las cartas, las llamadas telefónicas y la propia confesión del procesado Carreño Nieto, los elementos de convicción que sirvieron de base al juzgador de instancia para llegar a aquella conclusión y ninguna de estas pruebas han sido acusadas por la casacionista.

El error de hecho para que pueda quebrar la sentencia impugnada además de ser ostensible, debe incidir directamente en la parte resolutiva del fallo en tal forma, que de haberse tenido en cuenta la

prueba cuestionada, el juzgador hubiera definido la situación en sentido distinto del contenido en la decisión recurrida, lo cual, no sucede en este caso.

Es la falta de específica valoración del testimonio rendido por el Jefe de Seguridad del referido almacén, la prueba que afirma la censora no se tuvo por el fallador; pero ante el criterio fijado por el Tribunal de acuerdo con las pruebas que le sirvieron de sustento, ninguna trascendencia puede atribuírsele a la declaración que se dice no fue apreciada en la sentencia; por tanto, resulta estéril el esfuerzo de la demandante para demostrar el hecho de que la citada empresa no entregó el dinero exigido, o que el envío de las cartas y las llamadas telefónicas no doblegaron la voluntad de la víctima.

Ha adoptado la casacionista, en consecuencia, una vía equivocada, pues si se tiene en cuenta que su argumentación conduce a pretender demostrar que el Tribunal le dio un sentido y alcance diverso al artículo 355 del Código Penal, al considerar como formal el delito de extorsión cuando de acuerdo con la recurrente debe ser de resultado, tal forma de pensar tendría cabida en el concepto de violación directa de la ley sustancial, causal ésta que no requiere comprometerse con la prueba allegada al proceso y que al no haberse alegado no puede la Corte proceder a su estudio oficiosamente.

Es cierto que esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la extorsión es un delito de resultado y admite la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa, pero su discusión en sede de casación, debe radicarse en la violación directa. Por tanto la vía escogida no ha sido la conducente.

Por tanto, este cargo no prospera.

Segundo cargo. El ataque a la sentencia del Tribunal por haber incurrido en manifiesto error de hecho al reconocer las circunstancias genéricas de agravación punitiva prescritas en los numerales 4 y 5 del artículo 66 del Código Penal con fundamento en prueba inexistente, tampoco está llamado a prosperar.

Desconociendo la unidad del fallo, la casacionista entresaca una parte del mismo para centrar su análisis crítico y concluir, que sin argumento ni prueba alguna, el sentenciador atribuyó a su defendido la preparación ponderada del delito y el abuso de condiciones de inferioridad del ofendido.

Así tomado el reconocimiento de dichas agravantes y concibiendo un esquema eminentemente formalista, la demandante hecha de menos las específicas pruebas que sirvieron de base al Tribunal para agravar la pena.

En estas condiciones la falta de sustento y demostración del cargo alegado es ostensible. *La decisión es, incuestionablemente, la consecuencia de las premisas planteadas y valoradas en su motivación, constituyendo una unidad monolítica, razón por la cual no es posible dividirla*

arbitrariamente, pues la valoración de la prueba es integral y precisamente el desconocimiento de este fundamental supuesto, es el que permite en este caso, que se alegue un error de hecho donde no lo hay.

Impera tener en cuenta, que establecida la legalidad en la aducción de la prueba, corresponde al juzgador analizarla individualmente para luego proceder a compararla mediante la síntesis con todo el conjunto probatorio y obtener su criterio de convicción de acuerdo con la regulación legal.

Este proceso vertido al proferimiento escrito del fallo, corresponde, entonces, a la correlación análisis-síntesis, motivo por el cual no puede afirmarse la no valoración de una prueba determinada o la fundamentación en una inexistencia porque el juzgador no la independizó formalmente en la sentencia, no la trató en acápite separado o no refirió específicamente el nombre de un testigo, pues la concreción de la referida operación mental debe ser sustancial para que sea posible encontrar la verdad. Y conforme lo afirmó la Sala en reciente decisión: "Lo que interesa es que la conclusión se logre teniendo en cuenta la universalidad probatoria y que, desde luego, no exista duda respecto a que el discurrir dialéctico comprendió todas las pruebas válidas del proceso" (Casación de abril 7 de 1987, Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga).

Si la valoración es integral, resulta errado adoptar procedimientos como el de la casacionista, que además de servir de un tácito reconocimiento de que el error alegado no es ostensible, rompe con la ya referida unidad del fallo.

Es esta forma de raciocinar la que le ha permitido a la censora, reclamar la inexistencia probatoria respecto a las precitadas circunstancias genéricas de agravación punitiva, toda vez, que si se considera la sentencia en su indivisible unidad, es claro que el Tribunal concretó el fundamento fáctico de sus conclusiones, demostrando que el procesado preparó ponderadamente el delito y abusó de las condiciones de inferioridad del ofendido.

La propia confesión de Carreño Nieto, prueba ésta que constituye base de la sentencia y que por tanto, fue detenidamente valorada, además de los medios extorsivos utilizados, los cuales fueron analizados en todo su alcance, no dejan duda respecto a que las mencionadas agravantes encontraron pleno soporte en la sentencia recurrida y que de otra parte, la contundencia de las diversas pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal, no podían implicar una conclusión distinta; de ahí que si la censura se hubiera hecho en legal forma, necesariamente la conclusión de la demandante tenía que ser diversa.

El afirmar que el no haber logrado Carreño Nieto, el fin propuesto significa que el delito no fue preparado ponderadamente, equivocado, dado que un tal planteamiento llevaría a colegir, que ningún delito en el grado de tentativa podría ser agravado por esta circunstancia y que su aplicación estaría condicionada a su consumación o agotamiento, lo cual no es cierto.

En estas condiciones no prospera el cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

USURPACION. PREVARICATO

El actual Código de Procedimiento Penal no regula los trámites o medidas específicas para los procesos que se adelantan por perturbación de la posesión sobre inmuebles, pero ante ese vacío es preciso acudir a las regulaciones civiles y sus procedimientos, sin que ante esa sola razón el juez incurra en delito de prevaricato

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

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 036 del 26 de mayo de 1987.

Vistos:

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo que fuere pertinente con relación al recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Bogotá contra la providencia de esa misma Corporación de fecha once (11) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), por medio de la cual se sobreseyó definitivamente al doctor *Luis Eduardo Mariño Ochoa*, Exjuez 47 de Instrucción Criminal, de los cargos que en su contra se formularon por los presuntos delitos de *prevaricato* y *detención arbitraria.*

Hechos:

El doctor Luis Eduardo Mariño Ochoa, cuando se desempeñaba como Juez 47 de Instrucción Criminal de esta ciudad, fue comisionado por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bogotá para adelantar diligencias investigativas dentro del proceso que por el delito de perturbación de la posesión sobre inmueble se adelantara en contra de Rafael Ariza Andrade, Alirio Mediorreal Páez, Campo Elías Granados Bermúdez y otros, en virtud de denuncia formulada por el ciudadano Marcos Cano. En cumplimiento de dicha comisión, el funcionario acusado dictó providencia el día diez (10) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) en la cual consignó algunas medidas que fueron denunciadas como resoluciones manifiestamente contrarias a la ley. Tales decisiones fueron:

a) Ordenar librar oficio al Instituto de Desarrollo Urbano "IDU", a fin de que esta autoridad se abstuviera de correr escrituras públicas sobre el predio que venía poseyendo Marcos Cano y el cual fue objeto

de la perturbación. Este oficio, efectivamente se libró en los términos que más adelante se detallarán;

b) Ordenar oficiar al Comandante de la XII Estación de Policía de Bogotá a fin de que ésta colaborara con el denunciante Marcos Cano para que pudiera recuperar la posesión del terreno, y que ninguna persona lo interrumpiera en su derecho.

Posteriormente, uno de los sindicados, Granados Bermúdez, fue capturado por autoridades de Policía y puesto a disposición del hoy acusado, quien lo puso inmediatamente en libertad previa suscripción de diligencia de compromiso en la cual el señor Granados se obligó a abandonar el predio invadido en el plazo de un mes. Esta determinación, se reputó igualmente contraria a los ordenamientos legales.

Finalmente, se dedujeron cargos de detención arbitraria contra el acusado por haber ordenado, presuntamente, la captura del señor Granados Bermúdez a quien ya se hizo referencia.

Actuación procesal:

Presentada y ratificada la denuncia por el doctor Santiago Manuel Alvarez López, quien fuera sindicado dentro del proceso por perturbación de la posesión que se enunció en capítulo precedente, se aportó a la actuación copia auténtica de la providencia de fecha diez (10) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) emanada del Juzgado 47 de Instrucción Criminal, y en la cual, sobre los hechos materia de este proceso se consignaron las siguientes consideraciones:

"Igualmente, se ordenará el restablecimiento del derecho, es decir se impondrá a los sindicados la obligación de reintegrar la posesión del lote o triángulo ubicado en el costado oriental de la Avenida Boyacá, junto a la Mercedes Benz al señor Marcos Cano, *lo cual equivale a entregarle provisionalmente el objeto material del delito al denunciante y víctima.* De conformidad con lo dispuesto en el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 2ª de 1984, se otorgará la libertad provisional a los sindicados contra quienes se decreta la detención preventiva, con caución prendaria de cinco salarios mínimos para Rafael Ariza Andrade y Alirio Mediorreal Páez y dos salarios mínimos para los otros tres.

Con relación al pedimento del señor apoderado de los sindicados, se ordenará oficiar al Instituto de Desarrollo Urbano IDU, que se abstenga de realizar escrituras públicas con la Urbanización Normandía Limitada en liquidación, pero en relación con el predio que fue objeto de contrato de la promesa de compraventa número 135 de fecha 13 de junio de 1984".

Acorde con estas motivaciones, el juez acusado ordenó en la parte resolutiva del proveído el cumplimiento de tales órdenes, y dentro de las obligaciones que fijó a los excarcelados incluyó la de abstenerse de perturbar la posesión del denunciante Marcos Cano.

Así mismo, se aportaron al expediente copias del proceso adelantado ante los Juzgados 47 de Instrucción Criminal y 8 Penal del Cir-

cuito de Bogotá, y dentro de ellas se pueden destacar las siguientes actuaciones.

El día treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), el Juzgado 8 Penal del Circuito confirió comisión por el término de sesenta (60) días al 47 de Instrucción Criminal, con amplias facultades, para que adelantara algunas diligencias instructivas previamente señaladas. Este despacho recibió algunos testimonios e incorporó como pruebas algunos documentos que le fueron presentados. El día doce (12) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), recibió del apoderado de la parte civil una solicitud en el sentido de oficiar en forma urgente a la Alcaldía Menor de Fontibón para que tal autoridad administrativa se abstuviera de realizar cualquier acción sobre los terrenos en litigio, en atención que en dicha Alcaldía se pretendía "el desalojo fraudulento" de su actual poseedor. Esta petición, fue favorablemente despachada por el instructor en auto de 13 de febrero, quien ordenó librar el oficio respectivo, identificado éste con el número 0267 de la misma fecha y en el cual se consignó textualmente:

> "...atentamente me permito solicitar a usted, *se abstenga por el momento de adelantar cualquier acción* sobre dicho terreno, principalmente sobre una zona que no corresponde al Camino de Camavieja, *hasta tanto no se haya pronunciado el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la ciudad, que es el de conocimiento del presente proceso*" (resalta la Sala).

Pese a lo anterior, la Alcaldía Menor de Fontibón practicó el día catorce (14) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) una diligencia de restitución de bien de uso público.

Así mismo, libró el funcionario acusado el Oficio número 772 de fecha once (11) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) dirigido al Comandante de la XII Estación de Policía, en el que comunicó a la autoridad policiva que el juzgado a su cargo había decretado la detención preventiva, entre otras personas, de Campo Elías Granados Bermúdez; así mismo solicitó al Comandante de la Estación prestar la colaboración necesaria a Marcos Cano "para sacar de allí al sindicado Campo Elías Granados y demás personas que se encuentren y para que ninguna persona perturbe la posesión del señor Cano".

Con base en esta comunicación, el Comandante de la XII Estación de Policía capturó a Granados Bermúdez, a quien puso a disposición del Juzgado 47 de Instrucción Criminal mediante Oficio número 2051 calendado el 22 de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985); este escrito fue recibido en el juzgado el mismo día a las cinco de la tarde, como se desprende de la constancia secretarial, cuando ya el proceso había sido remitido al Juzgado Octavo Penal del Circuito. Pese a ello, el acusado dictó un auto que en su parte pertinente dice:

> "Teniendo en cuenta que este Despacho no ha ordenado la captura del sindicado ni se informa el motivo de su captura, se ordena conminarlo una vez más, ya que firmó diligencia de compromiso en la cual se le imponía la obligación de abandonar el predio que ocupa y su libertad".

Como corolario de lo anterior, se suscribió la diligencia ordenada, y en ella el acusado conminó al capturado a desocupar el inmueble por él habitado, para lo cual se le concedió plazo hasta el día veintidós (22) de junio de acuerdo a solicitud que en tal sentido hizo el sindicado. Así, se ordenó su libertad inmediata.

Finalmente, acorde con las motivaciones del auto de fecha diez (10) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) ya reseñado, el funcionario acusado libró el Oficio número 0484 de veintiuno (21) de marzo de ese mismo año, en el cual consignó textualmente:

> "Señor Director. Instituto de Desarrollo Urbano IDU. Ciudad. Referencia: *Comisión 307. Delito: Perturbación de la posesión sobre inmueble. Sindicados: Rafael Ariza Andrade y otros. Denunciante: Marcos Cano.* Por cuanto en este juzgado se adelanta en comisión el proceso número 307 por el delito de *'perturbación de la posesión sobre inmueble'*, seguido contra *Rafael Ramiro Ariza Andrade*, Liquidador de la Urbanización Normandía *'en liquidación'* y cinco personas más, siendo denunciante *Marcos Cano, atentamente me permito solicitar a usted y por su intermedio a la Subdirección Legal de la Administración de Inmuebles, se abstengan de celebrar escritura pública con la ya referida Urbanización Normandía Ltda., de predio alguno hasta tanto se obtenga el fallo del Despacho de Conocimiento, Octavo Penal del Circuito"* (Resalta la Sala).

Esta comunicación, fue luego ampliada con Oficio número 770 de once (11) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), en la cual se especificó el lote de terreno con respecto al cual estaba vigente la orden de no celebración de escritura pública, discriminando el inmueble por sus linderos y aclarando que era poseído por el señor Marcos Cano.

Además de las copias ya relacionadas, se aportaron como elementos de juicio en este asunto algunos otros elementos de prueba que adelante se detallarán. El denunciante, en memorial presentado el veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) ante el Tribunal Superior de Bogotá, puso de presente que el señor Marcos Cano es oriundo del Departamento de Boyacá, al igual que la gran mayoría de los testigos que respaldan sus pretensiones dentro del proceso que por perturbación de la posesión sobre inmueble instauró en contra de Rafael Ariza Andrade y otros; de la misma procedencia regional es el juez ahora acusado, lo que hace presumir al quejoso de las decisiones, en especial el auto de detención en contra de los sindicados, obedecieron a vínculos de paisanaje más que a decisiones ajustadas a las prescripciones legales.

Llamado a indagatoria el acusado, manifestó que efectivamente el señor Campo Elías Granados Bermúdez fue capturado sin orden del juzgado por parte de algunos efectivos de la Policía Nacional, y puesto a su disposición hacia las cinco de la tarde del mismo día en que el sumario se había remitido al juzgado del conocimiento. Ante esta eventualidad, el exjuez ordenó inicialmente la remisión del aprehendido

al Juzgado Octavo Penal del Circuito, mas el apoderado del capturado solicitó la resolución de su situación jurídica en algún sentido, razón por la cual el incriminado optó por ponerlo en libertad con la previa firma de una nueva diligencia de compromiso y sin más exigencias de las ya señaladas en el auto de fecha diez (10) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985). Con relación a su conducta que ordenó la restitución del inmueble al denunciante Marcos Cano y su protección como poseedor del predio, explicó el indagado que tal determinación la tomó con base en la interpretación teleológica y extensiva de algunas normas del Código de Procedimiento Penal, las cuales citó, que facultan al juez para ordenar el embargo y secuestro de bienes del sindicado, el comiso de los bienes objeto material o producto del delito, la restitución de los bienes aprehendidos durante la investigación a quien demuestre ser tenedor legítimo de los mismos, y otras disposiciones, amén de una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en similar sentido a su determinación. Así mismo, manifestó el acusado que dentro del proceso por él tramitado, y en otro que ya había sido fallado por el Juzgado 25 Penal del Circuito del cual se trasladaron algunas pruebas, se acreditó hasta la saciedad que el señor Marcos Cano era poseedor del inmueble por más de veinte (20) años, razón por la cual concluyó que no debía considerársele invasor sino poseedor legítimo con derecho a obtener declaración de pertenencia por prescripción ya que ejercía ánimo de señor y dueño en el predio por más de veinte (20) años, a la luz pública y pacíficamente; por tal razón, ordenó la protección policiva especial que invocó mediante los oficios por él librados, y prohibió la celebración de escritura pública de compraventa sobre el terreno. Por lo demás, alegó en su favor que la providencia presuntamente prevaricadora fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, y acogidas las decisiones allí plasmadas por el Juzgado Octavo Penal del Circuito, con lo cual, explica, se comprueba que eran ajustadas a las normas legales.

Cerrada la investigación, el Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Bogotá solicitó llamamiento a juicio en contra del acusado por el delito de prevaricato en concurso homogéneo, toda vez que en su sentir el implicado realizó conducta delictiva al ordenar la prohibición de suscribir escrituras que hizo al Instituto de Desarrollo Urbano, al haber dispuesto la restitución del inmueble a favor de Marco Canó, y al haber puesto en libertad, mediante una nueva diligencia de compromiso, al señor Campo Elías Granados Bermúdez; a su turno, pidió el sobreseimiento temporal del exjuez por el delito de detención arbitraria, ya que según su criterio no se pudo establecer si ordenó o no la privación de libertad de Granados Bermúdez.

Contrariando el pedimento fiscal, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante proveído de once (11) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), sobreseyó en forma definitiva al acusado, de todos los cargos contra él formulados. Contra esta decisión, el mismo fiscal presentó el recurso de apelación que fue concedido y ahora se resuelve.

Sustentación de la apelación:

El colaborador Fiscal, al interponer el recurso de apelación, consignó como fundamentos de su inconformidad:

"2. Cuando la honorable Sala se refiere al primer cargo del Ministerio Fiscal, constitutivo en su sentir de prevaricato, para desestimarlo, plantea situaciones no compatibles con ese tipo penal sosteniendo que no hubo atropello al derecho de nadie ni propósito de contrariar la ley en cuanto a la no aplicabilidad del artículo 354 del Código de Procedimiento Penal. Y a ese criterio agregó que la orden dada era inane pues la limitación ha debido dirigirse a la Oficina de Registro.

El delito de prevaricato no es de resultado, exigiendo que el sujeto activo profiera resolución manifiestamente ilegal y sin que la consumación del hecho punible dependa de los efectos o consecuencias derivables de la decisión tomada, opuesta a la ley.

. . . . . .

El delito de prevaricato no se diluye ni esfuma por aludirse o argüirse que la decisión administrativa así calificada era inane. No le parece al Ministerio que haya sido así, pues de cualquier manera, se resolvió sobre un aspecto para el cual no se contaba con auspicio normativo y se impuso una obligación o un comportamiento omisivo con imperatividad sin soporte legal. En eso estriba el prevaricato, es decir, en que por ejemplo dar una orden a quien no debe acatarla para que tome una actitud que tampoco se apoya en la ley...

3. ... A este Despacho le pareció y le parece que hubo delito, cuando el doctor Mariño ordenó el restablecimiento del derecho e impuso a los sindicados la obligación de reintegrar la posesión, puesto que esa orden suya, no correspondía a las disposiciones rituales aplicables al caso, como era el artículo 350 del ya citado estatuto de trámite penal.

. . . . . .

Le parece al Despacho que el prevaricato tampoco depende de los recursos que puedan o no proponerse contra la decisión contraria a la ley tomada. O sea que si la resolución manifiestamente ilegal admite recurso, no da lugar a que sea configurado el prevaricato. Esto le parece al Despacho inadmisible...

4. ... Cuando currió la 'conminación', no contaba el procesado, ni con respaldo material ni con apoyo normativo, para imponerle 'una vez más' ese compromiso y esa orden que debió afectar sicológicamente al capturado. ¿Y con qué razones y sostenes legales le recordaba el compromiso adquirido?".

La opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al momento de descorrer el traslado de ley, solicita la confirmación de la providencia recurrida ya que según su criterio no existen pruebas que modifiquen la decisión de primera instancia, ni análisis lógico que puedan contrariar tal determinación. Al efecto sostuvo que la presunta prevaricación al prohibir al Instituto de Desarrollo Urbano la celebración de escritura pública no se estructura, puesto que ninguna norma, de

carácter penal o civil, sustantiva o adjetiva, impide al funcionario que conoce de asuntos delictivos pronunciarse en forma provisional sobre aspectos meramente civiles relacionados con la conducta criminal que juzga; igual argumentación adujo para considerar no configurado el ilícito de prevaricato al imponer a los procesados la obligación de abstenerse de realizar actos perturbatorios de la posesión de Marcos Cano. Por lo demás, la decisión de poner en libertad a Granados Bermúdez una vez fuera puesto a su disposición, tampoco configura delito alguno en sentir del Procurador Delegado; lo primero, por cuanto que no hizo otra cosa que restituir el estado de libertad del aprehendido sin razón por las autoridades policiales, y lo segundo, porque la diligencia compromisoria que obligó a suscribir al capturado era totalmente intrascendente para el proceso porque ya anteriormente existía otra de igual contenido y que se hallaba ajustada a los ordenamientos legales. Finalmente, consideró el colaborador Fiscal que la acusación relacionada con la privación de la libertad de Granados Bermúdez es deleznable y ligera porque tal aprehensión obedeció a un error protuberante de las autoridades de Policía, que no se puede imputar en forma alguna al funcionario acusado.

Escrito del procesado:

En ejercicio del derecho de defensa, el procesado directamente presentó a la Corte un escrito en el que solicita la confirmación del auto recurrido, teniendo en cuenta que según su criterio no existió dolo alguno dentro de las conductas que se reputan contrarias a la ley, a más de que las mismas fueron inocuas y finalmente, que el proceso prosiguió con auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados.

Consideraciones de la Corte:

Con relación al primero de los cargos formulados contra el exjuez Mariño Ochoa por el presunto delito de prevaricato, debe la Sala considerar si el funcionario de instrucción contrarió manifiestamente la ley al prohibir al Instituto de Desarrollo Urbano la celebración de escritura pública sobre el globo de terreno que era materia del proceso penal por perturbación de la posesión sobre inmueble. En relación con ello, *sea lo primero destacar que el delito presuntamente configurado, consagrado en el artículo 368 del Código Penal, protege los derechos que sobre un bien raíz tengan sus poseedores, con exclusión de las demás personas que pretendan prerrogativas sobre la misma cosa, tales como el dominio, el usufructo, etc. No se consagró la figura como amparo al dueño del inmueble, sino como garantía de que quien está ejerciendo su poder directamente sobre el bien no será interrumpido violentamente, aún por su dueño, en sus actos de posesión que le reconocen a nivel jurídico, derechos que pueden llegar incluso a la adquisición del mismo a través de la prescripción de dominio. Lo cierto es que el juez acusado interpretando la protección penal que se da a la posesión consideró que estaba dentro de sus facultades dar las órdenes correspondientes para evitar su traspaso y reiteradamente ha sostenido la Corte que interpretaciones de la ley así no sean compartidas, no pueden por tal razón convertirse en conductas prevaricadoras.*

Ahora bien, el artículo 762 del Código Civil define la posesión como "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por persona que la tenga en lugar y a nombre de él"; por su parte, la misma legislación civil consagra prescripciones de amparo a los poseedores, llegando incluso a establecer la posibilidad de que el juez actúe hasta lograr la restitución de la posesión a favor de quien la alega, con prescindencia de los derechos de los terceros, perturbadores, para que estos, si se creen con derecho sobre el inmueble, inicien oportuna y adecuadamente las acciones restitutorias correspondientes. En este sentido, muy claro resulta el artículo 984 del Código Civil, cuando estipula: "Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiera instaurar acción posesoria, tendrá, sin embargo, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses. *Restablecidas las cosas y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan (Subraya la Sala).*

Quiere decir lo anterior que dentro del proceso penal que por perturbación de la posesión sobre inmueble se instaure ante un juzgado penal, el funcionario que conozca o instruya el proceso no puede desconocer las claras prescripciones de la legislación vigente, sino que debe acomodar su conducta en todo caso a las normas que amparan los derechos protegidos por la descripción típica. Así las cosas, y siendo que las diferentes ramas del derecho no constituyen conjuntos aislados, sino que todas ellas configuran una unidad inescindible, armónica y sistematizada, el juez penal ha de recurrir a los conceptos y normas de las demás vertientes que no son de su especialidad para aplicarlas en el campo penal en cuanto no sean incompatibles con este especial ordenamiento.

Cuando el funcionario acusado de cometer prevaricato ordenó al Instituto de Desarrollo Urbano no celebrar escritura de venta sobre el inmueble materia del delito que investigaba, no estaba desarrollando conducta diversa a la de proteger al poseedor en sus derechos, garantizándole de esta forma el ejercicio libre de su poder sobre el bien raíz, sin dirimir situación alguna sobre el dominio del mismo, que corresponde a la jurisdicción civil. El amparo, quizás de no frecuente utilización, debe admitirse, no resulta contrario a las normas legales sino que se erige en desarrollo de éstas.

Las explicaciones brindadas por el sindicado en este punto son referidas primordialmente a interpretaciones sobre la ley procesal penal que tiene también mecanismos que debe utilizar el funcionario jurisdiccional para evitar que su actuación sea burlada o resulte nula frente a las conductas de los particulares. No debe olvidarse, en este asunto, que la ley penal, y su ordenamiento procesal, están llamados a rendir unos frutos específicos que no se limitan al encarcelamiento de los responsables, sino que va más allá, trasciende a la protección de los derechos de los ciudadanos, que no otra explicación puede tener la legislación.

No era del caso declarar el dominio sobre el globo de terreno que era materia del proceso, más sí resultaba perentorio el restablecer las cosas al estado en que se hallaban antes de la consumación del hecho presuntamente delictivo, porque lo contrario sería poner a la justicia al servicio de los intereses particulares y utilizar los mecanismos legales para pretermitir las instancias judiciales adecuadas.

Si el dueño del inmueble pretendía aún derechos sobre el mismo, ha debido acudir a la justicia civil en busca de una sentencia reivindicatoria, o en todo caso, utilizar las vías legales correspondientes que le permitieran la recuperación del terreno, mas no proceder —como al parecer lo hizo por las vías de hecho para desconocer una posesión que el señor Cano adelantaba pacíficamente. Por ello, la actitud del juez acusado, de limitar la enajenación del bien y proteger al denunciante en sus derechos adquiridos con justo título o sin él, no puede considerarse contraria a los ordenamientos legales, máxime si se tienen en cuenta, como lo señalara el Procurador Delegado, que ninguna norma sustantiva ni de procedimiento le impide tomar estas medidas de protección a la pretendida víctima y de efectividad a las decisiones judiciales, que no otra cosa perseguía la prohibición de enajenar el inmueble.

Es verdad, como lo sostiene el Fiscal recurrente, que el delito de prevaricato no exige para su estructuración la concreción de un resultado determinado; pero no menos cierto resulta que la adecuación típica exige la demostración completa de todos los elementos constitutivos de la infracción, y en torno al asunto que se comenta a las claras se ve que el comportamiento del exjuez Mariño Ochoa no es contrario a la legislación vigente, menos aún de modo manifiesto, como lo exige el artículo 149 del Código Penal; en consecuencia, ante la atipicidad de la conducta, lo procedente es confirmar, por este aspecto, el auto de sobreseimiento definitivo pronunciado a su favor.

Iguales consideraciones a las precedentes avalan la confirmación de la providencia en cuanto al prevaricato configurado, presuntamente, por la orden de restituir la posesión del inmueble a favor de Marcos Cano, y los cargos, no plenamente formulados, de haber conminado a los procesados para que se abstuvieran de ejercer actos de nueva perturbación de la posesión.

Todas estas conductas, como se anotó, tendían únicamente al amparo de los derechos del denunciante Cano, quien había acudido a la justicia como poseedor de un globo de terreno, probó tal circunstancia, y por ende, debía forzosamente ser protegido por el funcionario judicial en su posesión, incluso en su mera tenencia. Surgen así no solamente lógicas sino adecuadas las explicaciones brindadas por el sindicado Mariño Ochoa en su indagatoria y en sus escritos; como se trataba de proceso por perturbación de la posesión sobre inmueble, era menester acudir a mecanismos que permitieran la efectividad de las decisiones judiciales, esto es, medidas que realmente permitieran al denunciante Marcos Cano continuar gozando del bien raíz sin interrupción de ninguna naturaleza, porque carecería de sentido adelantar proceso penal para que sus actuaciones y resultados se tornaran en letra muerta en detrimento de la víctima que acude en busca de protección a los organismos competentes del Estado.

Debe advertirse, por lo demás, que el actual Código de Procedimiento Penal no regula en modo alguno trámites o medidas especificas para los procesos que se adelantan por los delitos de perturbación de la posesión sobre inmuebles, existiendo allí un vacío legislativo que día a día se torna más profundo precisamente por las especiales circunstancias de despojo y miseria que se presentan en nuestra sociedad, tanto que han tornado en delitos de frecuente ocurrencia la invasión, la perturbación de la posesión, la usurpación de tierras, institutos que carecen de adecuadas consagraciones legislativas para su investigación y fallo. Ante este vacío de la ley procesal, preciso resulta acudir a las regulaciones civiles y sus procedimientos, como además expresamente lo autoriza el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, o a leyes especiales que regulen la materia, para dar concreción a las decisiones de los jueces.

Es cierto que la ritualidad penal no contempla la medida de "restitución de la posesión" como una de las acciones que puede tomar el funcionario jurisdiccional dentro del trámite de los procesos por perturbación de la posesión sobre inmueble, pero no menos verdad resulta que tampoco ley alguna prohibe esta determinación, y sí en cambio la patrocina y consagra dentro del articulado del Código Civil, como ya se vio. Por ello, ninguna determinación contraria a derecho implica la decisión del exjuez Mariño Ochoa de ordenar la restitución al presunto ofendido y la abstención de ejercer actos perturbatorios que impuso a los procesados. Débese, en consecuencia, confirmar la providencia recurrida también por este aspecto.

Finalmente, a las claras se ve la necesidad de proferir sobreseimiento definitivo a favor del implicado por el presunto delito de privación ilegal de la libertad de Campo Elías Granados Bermúdez. La captura de este ciudadano se produjo por un error de las autoridades de Policía, y no por la acción del acusado; para ello, basta ver los documentos oficiales que se libraron en dicha ocasión.

Inicialmente, el exjuez Mariño Ochoa libró el Oficio 772 de fecha once (11) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) al Comandante de la XII Estación de Policía, documento en el cual comunicó a la autoridad que se había decretado auto de detención en contra de Granados Bermúdez, y que solicitaba su concurso para "sacar de allí (el inmueble, aclara la Sala) al sindicado Campo Elías Granados"; en ningún momento se ordenó la aprehensión del procesado Granados Bermúdez, ni se solicitó la conducción del mismo a las instalaciones del juzgado, ni se pidió realizar conducta alguna que llevara a la privación de la libertad del ciudadano aludido.

Pese a lo anterior, el Comandante de la Estación de Policía mal interpretó el oficio y decidió capturar y poner a disposición del juez al señor Granados Bermúdez, y así se lo comunicó en su Oficio número 2051 de veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), en el cual hizo expresa alusión que la privación de la libertad la había realizado con base en la orden contenida en el Oficio 772 del Juzgado 47 de Instrucción Criminal.

Cometido el error, no quedaba al acusado otro camino que tratar de remediar en la mejor forma posible la falta cometida y no imputable

a él; como el proceso ya no se encontraba bajo su gobierno, más sí conocía las incidencias del mismo y el contenido del Oficio 772 librado por él, procedió a liberar al aprehendido en forma inmediata, desarrollando así perfectamente el contenido del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal, que dispone la libertad en caso de captura ilegal.

La acción subsiguiente de hacer firmar al capturado una nueva diligencia de compromiso, esta vez con la obligación de restituir la posesión del inmueble a Marcos Cano dentro de un plazo determinado, resulta irrelevante para el derecho penal si se tiene en cuenta que ya anteriormente el mismo sindicado se había comprometido a no realizar actos perturbatorios de la posesión y el juez había ordenado la mentada restitución, decisiones que, como se vio, no son contrarias al ordenamiento penal.

En consecuencia con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Confirmar en todas sus partes la providencia recurrida.
Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. Admisión

Contra el auto de liquidación de perjuicios que es por naturaleza interlocutorio, así esté estrechamente relacionado con la sentencia, no tiene cabida el recurso de casación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cinco de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta número 35. Mayo 20 de 1987.

Vistos:

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá en sentencia de 29 de septiembre de 1982 condenó a los procesados *Gilberto Cubillos* y *Luis Fernando Jaimes Rodríguez* a la pena principal de veintiún (21) meses y diez (10) días de prisión y multa de mil pesos ($ 1.000.oo) a favor del Tesoro Nacional, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, a la indemnización —en abstracto— de los perjuicios ocasionados por la infracción y concedió en su favor la ejecución condicional de la condena. Las anteriores determinaciones relacionadas con el delito de estafa en perjuicio de los intereses de la Siderúrgica del Muña S. A., con sede en Sibaté (Cundinamarca), en forma continuada y en hechos de los cuales dan cuenta los autos.

Interpuesta apelación por el defensor de Cubillos, el Tribunal al resolver el recurso mediante fallo de 16 de noviembre de 1983, confirmó dicha providencia con las modificaciones de reducir la pena principal a veinte (20) meses de prisión y adicionar la pena accesoria de suspensión de la patria potestad por el mismo término, respecto a los dos procesados.

En firme el anterior fallo, la parte civil promovió incidente de liquidación de perjuicios, el que culminó con decisión de 2 de febrero de 1985, aclarada en providencia de 15 siguiente, determinándose las cantidades que estaban obligados a pagar solidariamente los procesados a la entidad perjudicada. Apelada esta providencia por el defensor de Cubillos, el Tribunal la confirmó en auto de 16 de diciembre de 1985. Contra éste interpuso casación el señor defensor mencionado, recurso que por reunir los requisitos exigidos, se concedió debidamente.

Cumplida en la Corte la tramitación de rigor, oído el concepto del Ministerio Público y corridos traslados a las partes no recurrentes, se procede a dictar el fallo correspondiente.

Hechos:

Se resumieron en el fallo del Tribunal en los siguientes términos, con arreglo a la realidad procesal:

"En el mes de junio de 1978, en la Empresa Siderúrgica del Muña S. A., se descubrió que en una de las formas 'sipsa', que controlan o controlaban la entrada de materia prima para la fabricación de productos, se anotó el pesaje de una chatarra ingresada a la entidad más no así el medio de transporte utilizado, que necesariamente debía anotarse también. De tal irregularidad se dio cuenta el empleado José Alvaro Prieto Sanabria quien fuera tentado por Luis Fernando Jaimes a través del ofrecimiento de dinero que éste le hizo para que guardara silencio sobre la anomalía por él observada.

"Se estableció que las facturas adulteradas eran expedidas a nombre de Gilberto Cubillos, un proveedor de la Siderúrgica, determinándose que las cantidades anotadas en las formas sipsa números 33739, 33775, 33559 y 33986, no correspondían a la realidad, en la medida en que las mismas no registraban el automotor o automotores transportadores, cuestión indispensable puesto que las básculas de pesaje no funcionaba manualmente, sino que el mecanismo en ellas se ponía en movimiento mediante la colocación de los vehículos" (fls. 5 y 6 cuaderno del Tribunal).

Actuación procesal:

Iniciada la investigación por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté (Cundinamarca) y practicadas algunas pruebas, se dispuso la detención de Luis Fernando Jaimes y Gilberto Cubillos. Cumplidos los requisitos pertinentes, la empresa perjudicada fue admitida como parte civil (auto de 15 de junio de 1978), señalando como cuantía de los perjuicios materiales "... así como la indemnización de los mismos ... un total de dos millones de pesos moneda corriente, en razón de la apropiación de dineros sin una causa lícita, causando de esta manera innumerables daños para el crecimiento de la empresa. La anterior cuantía me permitiré probarla a lo largo del proceso y en correspondiente alegato final". Y también se causaron perjuicios de orden moral "... los cuales junto a su indemnización serían del valor de doscientos mil pesos moneda corriente ($ 200.000.oo) tomados en forma subjetiva y objetiva, en consideración a que la firma afectada ve restringida su capacidad negociable ante las personas que conocen de estos hechos, quienes en un futuro podrían apartarse de seguir comerciando con la misma".

En el proceso, los perjuicios fueron avaluados por peritos en la suma de $ 642.685.50. Determinada la competencia en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad, se calificó el sumario con enjuiciamiento para Luis Fernando Jaimes Rodríguez, Gilberto Cubillos y Nepomuceno Cabanzo por estafa, decisión modificada por el Tribunal para sobreseer temporalmente en favor del último. Tramitado el juicio, se falló el proceso en la forma ya expresada.

En firme la sentencia de segunda instancia, se procedió a la liquidación de perjuicios, para lo cual el señor representante de la parte

civil presentó escrito en el que señalaba su cuantía, partiendo de la suma indicada en el trámite por los peritos en $ 642.685, correspondiente a material no entrado por los procedimientos ilícitos ya reseñados, calculando a partir del 1º de junio de 1978 y a una tasa de 5% mensual, una suma mensual de $ 32.134.25, que en 72 meses ascendió a $ 2.313.666, más $ 400.000 de honorarios al abogado, para un total de $ 3.356.351.

Y con respecto a los perjuicios morales, dijo que "... en realidad, fueron considerables en razón del mal ejemplo dado a una empresa de cerca de mil trabajadores y de la burla que los procesados y condenados hicieron de las directivas y de los controles puestos por ellos. Como no son susceptibles su objetivación y consiguiente tasación solicitamos la condena de conformidad al artículo 106 del Código Penal, o sea la cantidad de un mil gramos oro".

Cumplidos los trámites correspondientes y con base en dictamen rendido por perito designado por el juzgado quien tuvo en cuenta constancia de la Superintendencia Bancaria en cuanto al valor del Upac en mayo de 1978 y en la actualidad y del Banco de la República en relación al valor del gramo de oro en la fecha de la certificación, dictamen que fue ampliado por disposición del juzgado y objetado por el defensor del procesado, se procedió a regular la indemnización a cargo de los encausados (auto de 2 de febrero de 1985), en la siguiente forma:

"... Por perjuicios materiales tres millones doscientos ochenta y siete mil quinientos pesos con noventa centavos ($ 3.287.522.90). Y perjuicios morales la suma de cuatrocientos treinta y siete mil quinientos sesenta y dos pesos ($ 437.562), para un total de tres millones setecientos veinticinco mil ochenta y cuatro pesos con noventa centavos ($ 3.725.084.90)", providencia aclarada —como ya se dijo anteriormente— y confirmada por el Tribunal mediante la recurrida en casación.

La demanda:

El señor apoderado resume en su demanda los hechos y la actuación procesal, con detenida referencia al trámite de liquidación de perjuicios y sus antecedentes e invoca contra la sentencia *la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil* por "... no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas por el demandado...".

El cargo único con referencia a la providencia del Tribunal de 16 de diciembre de 1985, lo concreta el actor en los siguientes términos:

"La sentencia al impartir confirmación al fallo de regulación de perjuicios proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, calendado el dos de febrero de 1985, que los reguló en $ 3.287.522.90, los perjuicios materiales, y los morales en $ 437.562.oo, para un total de $ 3.725.084.90, incurrió en un vicio de actividad que se traduce en el pronunciamiento de una decisión incongruente, por cuanto decide sobre más de lo pretendido en la demanda o en oportunidad posterior, incurriendo en *ultra petita*, toda vez que el quántum de los perjuicios excede en mucho el valor señalado en la demanda principal, inclusive el señalado en el propio escrito de liquidación de perjuicios.

"Es más, la sentencia al impartir confirmación al fallo de regulación de perjuicios del dos de febrero de 1985 incurrió igualmente en vicio de actividad traducido en la aceptación y aprobación del daño emergente, no incluido en las pretensiones y quántum de la demanda principal como tampoco en el escrito de liquidación presentado, incurriendo así en una *extra petita*, vicio de actividad que se traduce en pronunciamiento de una decisión incongruente".

Para sustentar el cargo, se refiere el demandante a la cuantía de los perjuicios materiales y morales señalados en la demanda de constitución de parte civil, a la cual se hizo referencia. Transcribe seguidamente lo expresado en cuanto al mismo aspecto en el escrito de liquidación y la providencia respectiva en primera instancia, confirmada por el Tribunal. El escrito antes indicado "... nada dijo del daño emergente y de otra parte desbordó la cuantía, como ya se dijo de la pretendida en la demanda principal, cual es la de constitución de parte civil...".

Conforme al artículo 105 del Código de Procedimiento Civil el demandado no podrá ser condenado "por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda..." y se incurrió por tanto "... en *extra petita*, al estimar un daño emergente que ni se pidió o pretendió" en la demanda principal y menos en el escrito de liquidación, sin que exista congruencia, por lo cual "... se ha lesionado el interés jurídico de la demanda..." y solicita casar la providencia referida para dictar la que corresponda.

Concepto del Ministerio Público:

Considera el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal improcedente el recurso, por cuanto la providencia que regula los perjuicios y decide el incidente respectivo "... es un auto de naturaleza interlocutoria, que si bien tiene su antecedente procesal en una sentencia, no por ello pierde su carácter (decide trámite incidental art. 351 del C. de P. C., numeral 5), de auto interlocutorio susceptible del recurso de apelación", sin que por tanto se trate de sentencia, ni pueda hacerse una interpretación extensiva de las normas, aunque para ello tenga que aducirse que se integra a la sentencia, de acuerdo con anteriores jurisprudencias y se refiere a salvamento de voto (Magistrado doctor Serrano Abadía).

Además, el recurso debe interponerse en término preciso de quince días siguientes a la notificación del fallo. Y en este caso, ejecutoriada la sentencia, se falló el incidente dos años después y podría pensarse además en la interposición de varios recursos de casación, sólo uno de éstos contemplado legalmente. Sin que ante este planteamiento resultara nugatorio el derecho de alguna de las partes, por cuanto la situación de la parte civil ante condena en abstracto, se solucionaría con la interposición del recurso oportunamente, recurriéndose al artículo 370 del Código de Procedimiento Civil para establecer la cuantía y el procesado tendría facultades para intervenir en la regulación de perjuicios, con todas las vías y recursos legales.

Dicha regulación es actuación posterior a la sentencia y propia de las instancias, en las cuales las partes hacen valer sus derechos, sin

que la Corte pueda conocer en casación de providencia que no es sentencia.

La parte civil puede recurrir las sentencias que condenan en forma genérica al pago de perjuicios, con la limitación relacionada con la cuantía en cuanto a los perjudicados con el ilícito, quienes pueden pedir a través de perito que se señale la parte insatisfecha de su pretensión.

Aparte de lo anterior, el cargo se encuentra mal presentado, por cuanto, debería dirigirse no con respecto a la demanda para constituir parte civil, sino en relación con el escrito de liquidación para señalar la cuantía de los perjuicios, sin que tampoco pueda prosperar por este aspecto.

Se considera:

El cargo formulado por el apoderado del procesado tiene como fundamento el que en el incidente de liquidación de perjuicios posterior a la sentencia se señalaron éstos en suma que excede la cuantía que la parte civil precisó en la demanda presentada para su reconocimiento en tal calidad en el proceso, con lo cual se incurrió en desacuerdo de la sentencia con las pretensiones de la demanda.

Debe en primer término examinarse la procedencia del recurso, dado que se trata de actuación posterior a la sentencia, separada de ésta y que culmina con providencia susceptible de los recursos ordinarios. Punto sobre el cual el Ministerio Público llega a conclusión negativa, por no tener cabida conforme a las normas procesales respectivas.

Corresponde, para poder adoptar un criterio al respecto, determinar la naturaleza de la decisión reclamada. Esta tiene por finalidad concretar o precisar el monto de los perjuicios ocasionados por la infracción, cuando no se fija en el fallo, por no existir suficientes elementos de juicio, por lo cual complementa aquél y tiene su fundamento en el mismo.

Sin embargo, esto no significa que no obstante tal directa relación, la decisión referida, dictada en el incidente respectivo, se integre a la sentencia, o forme parte de ésta. La decisión sustancial es la de condena en perjuicios, que se decreta en la sentencia y como consecuencia de ser contraria al procesado, al declarársele responsable de la infracción, cuyo daño debe indemnizar, concediendo la ley a las personas afectadas el poder de liquidar estos perjuicios, cuando no se señalaren en el fallo, por separado o bien en incidente posterior y tramitado conforme a la legislación procesal civil.

Por manera que tratándose de decisiones que si bien estrechamente relacionadas son diferentes, no puede dársele el efecto, ni el carácter de sentencia al auto de liquidación de perjuicios, que es por su naturaleza interlocutorio, sin que en consecuencia tenga cabida contra el mismo el recurso de casación.

Podría alegarse que se trata de resolución que es de interés y afecta tanto al procesado como a la parte civil o perjudicada, pues ambas

requieren que la graduación resulte adecuada, el primero para que no se le obligue a cubrir más que la suma que indemnice los perjuicios realmente causados y la segunda que la suma señalada restituya en lo posible su derecho vulnerado.

Con todo dicha apreciación no varía el carácter mencionado de la decisión y en cuanto a los derechos de las partes, éstos quedan a salvo, mediante su intervención en el incidente para presentar las peticiones y pruebas que estimen necesarios y proponer oportunamente los recursos que la ley autoriza o contempla.

Lo anterior lleva a reafirmar, que no es procedente el recurso de casación en el caso examinado, por tratarse de decisión interlocutoria, para la cual no se halla previsto este medio extraordinario de impugnación. Sin que el hecho de implicar una decisión definitiva, en cuanto al punto que es objeto de controversia —la cuantía de los perjuicios—, constituya argumento suficiente en contrario, pues basta hacer referencia a providencias de la misma naturaleza y que no obstante decidir sobre aspectos sustanciales y poner —éstas sí— fin a la actuación, tampoco son susceptibles del mismo, como son los autos de cesación de procedimiento y de sobreseimiento definitivo.

Por otra parte, admitir lo contrario llevaría a consecuencias inaceptables en relación con preceptos procesales, como sería la de que en el mismo proceso caben dos recursos de casación, uno contra el fallo y otro contra la decisión incidental y también a que en cuanto a esta última, puede interponerse extemporáneamente en vista de la fecha del fallo y de la respectiva notificación (art. 573 del C. de P. P.).

Así mismo la mencionada interpretación llevaría a que el recurso de casación se extendiera por esta vía a situaciones no previstas, como ocurriría para considerarlo procedente respecto a delitos que en razón de la pena prevista inferior a cinco años, o de la autoridad falladora en segunda instancia Juez de Circuito Penal, no están sometidos a este medio extraordinario de impugnación (art. 569 del C. de P. P.) con lo cual, aparte de desconocerse la norma expresa, se ampliaría indebidamente el alcance del mismo.

Se presenta también en favor de la interpretación referida, el argumento de que la comprobación de los perjuicios y su cuantía, es uno de los objetos de la acción penal (arts. 319, 334 del C. de P. P.) para sí poder disponer y concretar la correspondiente investigación y en consecuencia es aspecto esencial de la sentencia respectiva. Para concluir que en tal forma, la decisión posterior se integra al fallo y es susceptible de casación.

No obstante, es preciso aducir en contra de este razonamiento que, como ya se dijo, lo sustancial es la condenación en perjuicios, como consecuencia de la responsabilidad del procesado, la cual puede fijarse posteriormente —cuando se decretare en abstracto— en el trámite incidental de liquidación, previsto en tal forma en el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal, y sin que pueda tener la providencia un carácter distinto al que se le asigna en la legislación referida, por ser de igual contenido.

No puede dársele a ésta por lo tanto, el carácter de sentencia, del cual carece por tratarse de trámite separado y destinado, en beneficio de la parte civil, a suplir o enmendar inactividad o deficiencia de la

nisma en el proceso, en cuanto a la determinación del daño causado. Además de que por el solo hecho de integrar la decisión interlocutoria unidad con el fallo condenatorio para constituir título ejecutivo, no puede tener aquella el alcance de fallo, en relación con el recurso de casación, con variación de su naturaleza y para hacerla susceptible de reclamación que la ley no contempla respecto a la misma.

Señala la Procuraduría Delegada en su concepto:

"Resulta oportuno destacar que el recurso de casación sólo puede interponerse dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la sentencia de segunda instancia; por ello producida la ejecutoria, precluye para las partes la oportunidad para provocar la impugnación, por cuanto el recurso no procede en contra de sentencias ejecutoriadas.

"En el caso que nos ocupa, operada la ejecutoria de la sentencia de segundo grado, fue promovido el incidente de regulación de perjuicios, que tuvo culminación dos años después. De admitirse lo contrario, podría pensarse en la interposición contra una misma sentencia de sucesivos recursos de casación, pero sólo uno de ellos dentro del marco estrictamente legal".

"Lo anterior no significa que estableciéndose que el recurso procede contra las sentencias y no contra el auto que regula los perjuicios, se haría nugatorio el derecho de alguna de las partes, por cuanto la situación de la parte civil en sentencia que condene en abstracto al pago de los perjuicios, quedaría solucionada con la interposición del recurso antes de la ejecutoria de la sentencia, recurriéndose con el objeto de determinar su interés al mecanismo establecido en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, y el procesado tendría todas las facultades de ley, para intervenir en la actuación que para la regulación de los perjuicios promueve la parte civil. En el incidente de regulación de perjuicios, el condenado tiene facultad para oponerse a las pretensiones aducidas, para objetar los dictámenes y para acudir a los recursos previstos para esta clase de actuación en las instancias.

"Resulta lógico y jurídico predicar que siendo el mencionado incidente un mecanismo propio de las instancias, posterior a la ejecutoria de la sentencia, es allí donde las partes pueden ejercer sus derechos, ya que se tornaría improcedente pretender que la Corte Suprema conozca por vía de casación, de una providencia cuya clasificación no aparece como sentencia y que por lo tanto resulta extraña al recurso".

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

Resuelve:

Desechar la casación solicitada.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

COMPETENCIA

Por la consagración de un fenómeno de competencia funcional y específica, considera la Sala que la designación y trámite de la investigación y juicio (penal y disciplinario) de los Jueces Laborales de los Circuitos de Buga, Cartago, Roldanillo y Tuluá corresponde al Tribunal Superior de Buga

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado Acta número 38.

Vistos:

Procede la Corte a dirimir el conflicto de competencias (negativa), suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y su análogo de Cali, dentro de este proceso adelantado contra *Luis Felipe Salcedo Wagner*, Juez Laboral del Circuito de Buga, sindicado de un delito de responsabilidad.

Había la Sala Penal del Tribunal de Cali emitido su pronunciamiento de diciembre 9 de 1986, por medio del cual se abstenía de iniciar investigación penal contra el susodicho juez, cuando el Fiscal, una vez recibió notificación de la mencionada determinación, interpuso los recursos ordinarios de reposición y apelación, con base en los siguientes argumentos: "Si los hechos integrantes de la conducta endilgada al doctor Luis Felipe Salcedo Wagner, en su carácter de Juez Primero Laboral del Circuito de Buga se agotaron en jurisdicción territorial de esa municipalidad, el juez competente para conocer del delito de 'prevaricato', con capacidad funcional para negar la apertura del proceso, según los artículos 33 y 41 del Código de Procedimiento Penal, lo es la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga.

"Como el proveimiento inhibitorio fue proferido por otro despacho no habilitado legalmente, conforme al artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, en este caso se ha incurrido en una nulidad por incompetencia del juez y en tales circunstancias debe formalizarse esa declaración y ordenar que la actuación sea remitida al que corresponde".

La reposición sufrió el trámite de ley y el 22 de enero de 1987, la correspondiente Sala, por mayoría, dispuso "reponer para revocar el auto de fecha 9 de diciembre del año próximo pasado" y "el envío de las diligencias al honorable Tribunal de Buga", con base en las siguientes consideraciones:

"El doctor Felipe Salcedo Wagner fue acusado por el doctor Evelio López Herrera, por el delito de *prevaricato*. Obvio es suponer que la acusación recae contra el juzgador por un hecho realizado en el ejercicio de sus funciones, puesto que a pesar de la existencia de un denuncio penal y de un auto de detención proferido en contra de unos probables falsarios continuó con un juicio ejecutivo laboral que se tramitaba en su despacho.

"...Las normas citadas por el Ministerio Público hacen referencia, artículo 33, numeral 2º del Código de Procedimiento Penal, a la competencia para conocer de las Salas de Decisión Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y efectivamente está dentro de su órbita la de los delitos cometidos por los Jueces del Circuito. El artículo 41 de la obra citada determina la competencia territorial, entendida como la capacidad de juzgamiento atendiendo únicamente lo relativo al lugar en donde se cometió el hecho punible.

"Es de observar, siempre se ha sostenido, que la competencia es la medida de la jurisdicción y en relación con este último aspecto de mayor amplitud puede afirmarse que la jurisdicción laboral en el Valle del Cauca sólo la tiene el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

"Pues bien, dada la calidad del funcionario denunciado, Juez Laboral de Buga, dependiente del Tribunal Superior de Cali y además posible sujeto-agente de un hecho punible de responsabilidad, se radicó la competencia en Cali, atendiendo el fuero, que es otro de los elementos a considerar para determinar la capacidad de juzgamiento.

"...Sin embargo se desestimó el factor penal, definitivo para el caso cuestionado, pues se trata, como ya se dijo, de la posible comisión de un hecho ilícito el cual se habría agotado en la ciudad de Buga, lugar donde ejerce sus funciones el doctor Salcedo, factor territorial.

"Ahora bien, es evidente que el factor del fuero, surgido de la investidura de la persona, no se pierde, dado que el Distrito Judicial de Buga tiene Sala Penal con la suficiente capacidad funcional para el juzgamiento de un Juez del Circuito, que si bien es cierto es Laboral, se le sindica de la comisión de un hecho punible de responsabilidad, y si esta situación es de la órbita exclusiva del derecho penal corresponde a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Buga conocer de este investigativo".

El Magistrado Alfredo Cruz Caicedo salvó su voto, así:

"..., el superior jerárquico de los Jueces Laborales del Valle del Cauca, lo es el Tribunal Superior de Cali, por más que desempeñen sus funciones en ciudades y poblaciones del Distrito Judicial de Buga, como Cartago, Tuluá, Sevilla, Buga, Roldanillo, etc. y, por ende, es al Tribunal Superior de Cali a quien le corresponde juzgar disciplinariamente y, en algunos casos, los penales a sus jueces laborales;...".

El Tribunal Superior de Buga devolvió las diligencias, proponiendo colisión de competencia negativa, fundamentándola así:

"... por el fuero especial que ampara a los Jueces del Circuito Laboral del Valle del Cauca, fuero que tiene su base de sustentación o su razón de ser en la dependencia y subordinación directa de ellos a dicho Tribunal (Cali), debido a que éste es el que ha venido designándolos. Es decir, que tal entidad judicial es, obviamente, el superior jerárquico de los citados jueces laborales..

"De lo dicho, por lógica consecuencia, resulta que el Tribunal Superior de Buga nada tiene que ver con los jueces laborales radicados en el territorio de su distrito judicial, porque carece de jurisdicción laboral y porque no ha designado juez laboral alguno. Y, penalmente hablando, el juzgamiento de los hechos punibles que, con ocasión o por causa del servicio, cometan los aludidos jueces, tampoco son del resorte o de la competencia de la Sala Penal del Tribunal de Buga porque si su respectivo superior es el Tribunal de Cali, como se ha dejado sentado y es evidente, es a dicho Tribunal al que compete conocer y juzgarlos, por mandato claro y expreso del inciso primero del artículo 160 de la Constitución Nacional, que al respecto dice:

"'Los Magistrados y los Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determine la ley, ni depuestos por causas de infracciones penales sino a virtud de sentencia judicial proferida por el respectivo superior'.

"El fuero especial que cobija a los jueces del circuito laboral radicados en el distrito judicial de Buga, rompe excepcionalmente la competencia de carácter territorial expresamente delineada o atribuida a los Tribunales Superiores por el numeral 2 del artículo 33 del Código de Procedimiento Penal; y ello es así porque en la mayoría de los Departamentos de Colombia hay un solo Tribunal Superior del cual depende la totalidad de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y a ese mismo Tribunal le corresponde su juzgamiento, ya sea de carácter penal, civil o disciplinario".

El Tribunal de Cali aceptó el conflicto y por eso está el proceso, para la resolución de lo pertinente, en la Corte.

Breves consideraciones de la Sala:

1. *Es verdad de Perogrullo que la colisión de competencias se ha presentado por la inexistencia de la Sala Laboral en el Tribunal de Buga, a pesar de la presencia de juzgados laborales en la misma ciudad, Cartago, Roldanillo y Tuluá. Es este hecho el que ha llevado obscuridad en torno a quién es el competente para conocer de un delito de responsabilidad atribuido al Juez* Primero *Laboral del Circuito de Buga. Esta penosa circunstancia, la de que todavía existen Tribunales que sólo cuentan con Salas Civiles y Penales o en los cuales se promiscúa la actividad laboral con la civil, sólo se explica por el descuido gubernamental y legislativo en que se mantiene a la Rama Jurisdiccional, a la cual se le niega hasta lo imprescindible y vital, las soluciones exigibles, operantes, actualizadas, sentidas como algo necesario, no se dan ni siquiera tardíamente. Y eso que hay un Ministerio de Justicia, encargado de advertir sus problemas y de aportar remedios. Pero una es la teoría y la otra la dura realidad. Por eso la congestión de los despachos judiciales, las trabas de variada índole y amplio espectro obstaculizante*

que los afecta, la negación de elementos técnicos de acción y hasta, como en el caso comentado, situaciones donde un juzgado, radicado y actuante en un distrito, parece pertenecer a otro y relacionarse por entero con éste. Cuando hay un quebranto de la natural organización judicial o un desacomodamiento normal de las competencias, es explicable que surjan conflictos como éste que ahora ocupa la atención de la Sala, en donde se empieza por estar perplejos respecto de quien nombra a un determinado juez y quién lo juzga tanto en el campo disciplinario como en el penal.

2. *El Decreto número 900 de* 1969 *(mayo 31), dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó al Presidente de la República la Ley 16 de 1968, en su artículo 20, establece la división territorial del país, determina los despachos judiciales con los funcionarios y empleados que le corresponden, fija la fecha de iniciación de períodos de Magistrados de Tribunal, Fiscales y Jueces y dicta normas para el tránsito legislativo.* Allí, entre otras cosas, se dispone:

"Artículo 1º Establécese la siguiente División Territorial Judicial del país para la administración de la justicia:

"...*XXII. Departamento del Valle del Cauca.*

"El Departamento del Valle del Cauca se divide en dos Distritos Judiciales: El Distrito Judicial de Cali y el Distrito Judicial de Buga.

"*A. Distrito Judicial de Cali.*

"I. El Distrito Judicial de Cali tiene un Tribunal Superior de Distrito Judicial con sede en la ciudad de Cali y competencia en los circuitos de Buenaventura, Cali y Palmira.

"*La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali tiene competencia en todo el Departamento del Valle, o sea en los Circuitos de Buenaventura, Buga, Cali, Cartago, Palmira, Roldanillo, Sevilla y Tuluá* (Las subrayas son nuestras).

"...*4. Circuitos laborales.*

"En materia laboral el Distrito Judicial de Cali tiene los siguientes Circuitos:

"El de Buenaventura, con sede en dicha ciudad y competencia en el Circuito de Buenaventura.

"El de Cali, con sede en dicha ciudad y competencia en el Circuito de Cali.

"El de Palmira, con sede en dicha ciudad y competencia en el Circuito de Palmira.

"...*B. Distrito Judicial de Buga.*

"*I. El Distrito Judicial de Buga tiene un Tribunal Superior de Distrito Judicial, con sede en la ciudad de Buga y competencia, en materia civil y penal, en los Circuitos de Buga, Cartago, Roldanillo, Sevilla y Tuluá* (subrayas de la Sala).

"...*4. Circuitos laborales.*

"En materia laboral el Distrito Judicial de Buga tiene los siguientes Circuitos:

"El de Buga, con sede en dicha ciudad y competencia en el Circuito de Buga.

"El de Cartago, con sede en dicha ciudad y competencia en los Circuitos de Cartago y Roldanillo.

"El de Tuluá, con sede en dicha ciudad y competencia en el Circuito de Tuluá.

"...*Artículo 2º* La composición de los Despachos Judiciales y del Ministerio Público correspondientes a la distribución territorial de la administración de justicia, es como sigue:

"*XXII. Departamento del Valle*

Distrito Judicial de Cali

Tribunal Superior

Salas:

Civil . . . . . 5 Magistrados

Penal . . . . . 7 Magistrados

Laboral . . . . . 6 Magistrados

Distrito Judicial de Buga

Tribunal Superior

Salas:

Civil . . . . . 4 Magistrados

Penal . . . . . 10 Magistrados

. . . . . ".

3. *Constituye verdad de simple enunciado afirmar que la ley es fuente y medida de la competencia. De ahí que de la citada disposición, por medio de la cual se señaló la atribución de conocimiento de la* Sala Laboral *del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en todo el Valle del Cauca, no sea dable desprender cosa distinta a lo que claramente dispone: La consagración de una excepción en* materia laboral *a las normas generales sobre competencia. Restricción legal, obviamente, que no se puede extender por interpretación a otros aspectos y funciones. Recuérdese que, en tratándose de competencia, sólo es de recibo una hermenéutica que no sea extensiva.*

Así las cosas, la valoración correcta del precepto comentado es la de señalar que la segunda instancia de los Juzgados Laborales del Circuito de todo el Departamento del Valle del Cauca está en la Sala Laboral del Tribunal de Cali, pero nada más. Es simplemente la consagración de un fenómeno de competencia funcional y específica. De allí, en manera alguna, se sigue que el nombramiento y juzgamiento de los jueces laborales de los Circuitos de Buga, Cartago, Roldanillo y

Tuluá, se deba realizar por el Tribunal de Cali, sencillamente porque eso no fue lo que dijo la ley.

No se puede deducir de la mencionada disposición aquellas facultades, porque, con exégesis semejante, fácilmente se llegaría al absurdo de afirmar que es la Sala Laboral la que debe hacer la designación y adelantar la investigación y juicio (penal y disciplinario) de los tales jueces.

Considera, entonces, esta Sala que tanto lo uno como lo otro corresponde al Tribunal de Buga, siguiendo las normas generales de competencia. Esta interpretación, de otra parte, atempera el desajuste que el mencionado Decreto introdujo a nuestra organización, armonizando, no agravando, los puntos de conflictos que el tema, por la forma como está legislado, suscita.

Sería, por decir lo menos, sumamente extraño y grave que un juez no pudiera ser nombrado y juzgado por su Tribunal natural, que es obviamente el de su territorio y el que está, según el orden lógico de las cosas, en más inmediata relación con él, conocimiento que debe prohijarse en uno y en otro evento.

Menester es afirmar, sin hesitaciones de ninguna naturaleza, que del texto de la ley se desprende claramente que cuanto quiso el legislador fue buscarle solución al problema nacido exclusivamente del hecho de no haber él mismo dispuesto la creación de los cargos de Magistrados Laborales para el Tribunal de Buga, a lo cual en nada contribuye la aseveración de que el Tribunal de Cali es el competente para conocer de los delitos de responsabilidad de los jueces laborales o el encargado de designarlos o de procesarlos disciplinariamente. Esta es la interpretación que, teleológicamente, se aviene con la situación planteada.

Es evidente, por consecuencia, que el juzgamiento penal del Juez Laboral de Buga, sindicado de un delito de responsabilidad, corresponde a la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, como así lo dispone el artículo 33-2 del Código de Procedimiento Penal. *Sostener lo contrario es restarle vigencia, sin razón ninguna, a aquella disposición del Decreto de marras, que dice:*

"1. El Distrito Judicial de Buga tiene un Tribunal Superior de Distrito Judicial, con sede en la ciudad de Buga y competencia, en materia civil y penal en los Circuitos de Buga, Cartago, Roldanillo, Sevilla y Tuluá" (subrayas de la Sala).

Finalmente, buscando el Tribunal de Buga fundamentar su criterio de que no es el llamado legal y constitucionalmente a conocer de estas diligencias, cita el artículo 160 de la Constitución Nacional, al que coloca fijando competencias penales. Tal apreciación es totalmente ajena al mencionado texto. Cuando en él se lee: "Los Magistrados y los Jueces no podrán ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determine la ley, *ni depuestos por causa de infracciones penales sino a virtud de sentencia judicial proferida por el respectivo superior*", se está haciendo obvia referencia

a que éste, que es el *titular* de la *acción disciplinaria*, es quien podrá, por sentencia judicial, deponer al respectivo juez por infracciones penales. Inclusive la Corte, en alguna oportunidad, trató el asunto para significar que no bastaba la mera investigación penal, sino que era imprescindible la sentencia condenatoria. Sólo así procedía la *remoción disciplinaria*, por infracción penal, del cargo. Se trata, pues, ciertamente, de la delimitación de una competencia, pero a nivel disciplinario, *no penal*.

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

Resuelve:

1. Asignar al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga —Sala Penal— la competencia para conocer de este asunto.

2. Para su información, envíese copia de esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Dentro del cuerpo segundo de la causal primera, por violación indirecta de la ley, no todos los medios probatorios pueden ser atacados durante la primera hipótesis de error de derecho

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 037 del 3 de junio de 1987.

Vistos:

Por sentencia del veintinueve (29) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, reformó la pena impuesta a Belisario Flórez Mantilla para aumentársela a cuarenta y dos meses (42) de prisión, como autor responsable del delito de acceso carnal violento cometido en perjuicio de la menor Josefina Rangel Bautista. El Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad había impuesto en sentencia de primera instancia del catorce de julio del mismo año pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue admitido y posteriormente la demanda se consideró ajustada a las exigencias legales. Se escuchó el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien solicitó se rechazara la impugnación planteada.

La Sala de Casación Penal de la Corte procede a resolver lo pertinente luego de sintetizar los siguientes

Hechos:

El veinticinco (25) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) Belisario Flórez Mantilla salió de Saravena, con destino a Pamplona, conduciendo un camión cargado con envase de cerveza, deteniéndose en las horas de la madrugada del veintiséis (26) de mayo al pasar por Saralito, donde se le pidió el favor de que llevara a una niña Josefina Rangel Bautista, hasta San Bernardo de Batá. El conductor aprovechó la circunstancia y comenzó a realizar caricias sobre la niña, hasta que finalmente tuvieron relaciones sexuales violentas de acuerdo al criterio de la menor ofendida y perfectamente consentidas de acuerdo a la versión del procesado. La familia de la menor se dio

cuenta de lo sucedido al observar los sollozos de la menor, a quien su victimario le había dado la suma de un mil pesos ($ 1.000.00).

Actuación procesal:

Se dictó auto cabeza de proceso el treinta (30) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

Flórez Mantilla fue indagado el dieciséis de julio, habiéndose dictado auto de detención el veintidós del mismo mes.

Por auto del seis (6) de noviembre el Juzgado del Circuito dictó auto de proceder por el delito de actos sexuales abusivos.

Revisado el anterior por apelación, el Tribunal de Pamplona reformó el auto de proceder, llamando a juicio al procesado por el delito de acceso carnal violento.

Realizada la diligencia de audiencia pública se dictó sentencia de primera instancia el catorce (14) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986), condenándose al procesado a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, aumentada por el Tribunal a cuarenta y dos (42) meses por medio de providencia del veintinueve (29) de agosto del mismo año.

Consideraciones de la demanda:

La sentencia atacada lo es por la causal primera, cuerpo segundo, al considerar el impugnante que fueron erróneamente apreciadas la declaración de la ofendida y el dictamen médico legal, equivocada apreciación que llevó al juzgador de segunda instancia a considerar probado el acceso carnal violento, hecho que no está legalmente acreditado.

"...o, por lo menos, ésta cobijada por un notable manto de duda. Con fundamento especial en la apreciación equivocada de las dos pruebas aludidas se concluyó erróneamente al hacer la adecuación típica al artículo 298 del Código Penal, estimando que de la experticia médica y del testimonio perjudicado resultaban satisfechos los elementos integrales del hecho punible consagrado en esta disposición. Se trata, pues, de un error de derecho que de no haberse producido habría dejado sin estructura básica probatoria el cuerpo del ilícito y, por consiguiente, no se hubiese presentado el fallo condenatorio por esa figura delictiva. Agrego además que en el fallo a que se refiere esta demanda fue desconocido integralmente el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal que contiene los requisitos para dictar sentencia condenatoria, desconocimiento normativo que resulta de la imputación del acceso carnal violento al acusado y que a la larga repercute en la violación de la disposición contenida en el artículo 298 del ordenamiento punitivo".

Y más adelante,

"En el caso bajo estudio sostengo que fue equivocada la apreciación probatoria del Tribunal Superior de Pamplona porque precisamente consideró la existencia del elemento violencia sin

analizar correcta y suficientemente el material probatorio, limitándose a producir conclusiones cuyo respaldo expedencial no se encuentra, pues las mismas tienen más carácter subjetivo que procesal.

¿Cuáles son las demostraciones sobre la alegada violencia para obtener el acceso carnal? De una parte se tiene el dictamen médico de quien actuó como perito ocasional. Este galeno señala una serie de daños y lesiones en la humanidad de la menor ofendida que lo llevaron a concluir en la aseveración precipitada de encontrarse frente a una 'violación carnal'. Considero que no hubo tal violencia ante esta prueba. En efecto, los daños y lesiones físicas que reseña en el reconocimiento son inherentes a una penetración del miembro viril en la vagina de una menor. Se trata de una desproporción en los órganos de la mujer y el varón. Tales lesiones en torno a la región púbica, perineal y vaginal se producen al introducir un miembro desarrollado en una vagina pequeña, haya o no violencia por parte de quien realiza el acto sexual. No pueden tomarse esas lesiones propias de ese coito tan especial, como constitutivas de un acceso carnal violento, porque, repito, con el consentimiento o sin el consentimiento de la víctima, la penetración originia ese tipo de lesiones.

De otra parte, se apreció erradamente el testimonio de la ofendida desechando con razones desde luego muy respetables pero de eminente saber subjetivo lo expresado por aquella en la ampliación de su testimonio. En tal oportunidad la menor ofreció una serie de aclaraciones y explicaciones que llevan a la conclusión de que ella sí prestó su consentimiento para el acto sexual. Por qué desconoce el fallo recurrido que la menor no presentó huellas de violencia, cuando es ella misma y el reconocimiento médico quienes ni insinúan tales huellas? Por qué se rechaza la versión ampliatoria de la menor, sin tener sostén probacional para hacerlo? Acaso la misma perjudicada no manifestó: 'que yo me dejé?'. La propia menor no le dijo al juzgado interrogador que sus padres eran en extremo severos y brutales, razón por la cual les tienen miedo? Con qué fundamentos se desecharon estas manifestaciones?

Implícitas al testimonio de la perjudicada y contrariando el contexto del mismo van las deducciones que contiene el fallo objeto del recurso. En efecto, el ir en un vehículo con rumbo a un acto religioso no implican la violencia que vicia el consentimiento de la persona; el tratar de evitar la acción y los gritos que diera la ofendida no prueban que existiera la violencia por parte del sujeto agente, porque sería contradecir lo expresado por ella misma en el sentido de haber permitido el acceso. Otra cosa es que en desarrollo del mismo hubiese sido lastimada, pero distíngase bien, no fue por razón de la violencia ejercida contra ella para lograr el acceso, sino por razón de lo doloroso del coito para el cual, como ella misma lo dice, prestó su voluntad, se dejó.

¿Cuál es la demostración de la violencia o la fuerza en este tipo de delitos sexuales? Estimo con todo respeto que se concreta en tres clases de pruebas: la proveniente directamente de la víctí-

ma y del sujeto agente: la proveniente del experticio médico-legal y la que llega a través del testimonio de terceros. Por consiguiente, si el sujeto pasivo manifiesta que no fue forzada al ayuntamiento sexual, si expresamente manifiesta que dio su consentimiento porque 'me dejé'. Si examinada tempranamente por el médico no presenta huellas de violencia en sitios distintos a su región genital, no tiene laceraciones, raspaduras, hematomas, equimosis, desgarramientos, etc., cómo puede concluirse razonablemente en que sí existió violencia y que, por consiguiente, se tipificó el acceso carnal violento de que da cuenta el artículo 298 del ordenamiento represor? Solamente por una errada valoración de la prueba puede llegarse a tal conclusión.

Ahora bien, en el fallo impugnado se toman como plena prueba del acceso carnal violento el dicho equivocamente valorado de la ofendida y el dictamen médico, así como algunos hechos deducidos por el mismo Tribunal en la sentencia. Precisamente ahí está el grave error en la estimación de la prueba y por tal razón se llegó a aplicar en forma indebida el artículo 298 del Código Penal. Que es un grave error nos lo está diciendo la condena que con fundamento en él se produjo y se cuestiona. En verdad ni la versión de la perjudicada, ni el dictamen médico legal, ni las deducciones de la honorable Sala Penal tal como aparecen en autos son suficientes aisladas o conjuntamente para constituir la plena prueba que exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal para condenar, norma ésta que fue de paso violada para quebrantar en forma indirecta el artículo 298 del estatuto punitivo vigente".

El concepto del agente del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicitó no se casara la sentencia impugnada fundamentando su petición en las siguientes argumentaciones:

"Es evidente la carencia de técnica del censor al formular el cargo. En efecto, al proponer la impugnación en el marco de la violación indirecta de la ley, específicamente en lo que atañe al error de derecho por falsa interpretación de la ley, olvida que en lo que atañe al testimonio y a la prueba pericial no puede alegarse ya que '...el legislador abandonó la tarifa probatoria remitiéndose expresamente a los conocimientos del juez y a su capacidad razonadora, para de tal modo permitir que con estos factores, de suyo extranormativos, haga la valoración de esas pruebas. Entonces, si la dicha valoración deviene de factores extraños a la normatividad, por que están sustancialmente fuera de ella, no es posible que el fallador caiga en violaciones de la ley al determinarla' (C. S. J., junio 24 de 1980).

Por esto, y en lo que atañe al error de derecho, únicamente puede proponerse en el marco del juicio de legalidad, en el evento de que se piense que se ha negado al testimonio o a la peritación su validez jurídica o se les haya otorgado mérito sin haberse reunido los requisitos exigidos por las normas que establecen su rito. Y este no es el caso ya que el actor pretende controvertir con

su particular visión, el testimonio de la ofendida y el peritazgo que comprobó las lesiones sufridas en sus genitales al introducirse el asta viril del procesado, convirtiendo su impugnación en un alegato de instancia, en donde pretende que la libre apreciación del juez sea sustituida por la suya propia.

La demanda no prospera".

Consideraciones de la Sala:

El único cargo desarrollado por el impugnante en contra de la sentencia con la que se manifiesta en discrepancia es por la existencia de un supuesto error de derecho por haber apreciado equivocadamente el testimonio de la menor y el peritazgo médico-legal, pruebas de las que concluye el *ad quem* la existencia de la violencia física para llegar a la adecuación del acceso carnal violento, pero debe advertirse que el error de derecho en cuanto al acervo probatorio puede darse de dos maneras distintas, por dársele a la prueba un valor diferente al que la ley le ha señalado de manera concreta, cuando se aprecia una prueba que viola sus ritos de formación, cuando se le niega de modo absoluto el valor que la ley le asigna.

Dentro de las diversas hipótesis contempladas legalmente como errores de derecho, dentro del cuerpo segundo de la causal primera, por violación indirecta de la ley, no todos los medios probatorios pueden ser atacados durante la primera hipótesis de error de derecho, esto es, otorgársele a la prueba un valor probatorio diferente al que concretamente le ha señalado la ley, y no puede alegarse en relación con todos los medios probatorios porque el sistema legal que rige el sistema probatorio del proceso penal es híbrido en el sentido de que en relación con algunos medios impera la tarifa legal, mientras que en otros se consagra la libre apreciación de la prueba de acuerdo al criterio del juzgador; en las condiciones anteriores la impugnación por errónea interpretación sólo es factible en relación con aquellos medios probatorios a los que el legislador les asigne una tarifa probatoria y como ni el testimonio, ni la prueba pericial están sometidos a esta tarifa, sino que por el contrario pueden ser libremente apreciadas por el juez, debe concluirse que ellas no admiten este tipo de impugnación, de allí que le asiste la razón al Procurador Delegado cuando critica la demanda por problemas de técnica y concluye solicitando se deseche el recurso planteado.

Las pruebas que antitécnicamente ataca el censor, podrían serlo dentro de las otras alternativas contempladas en el error de derecho, porque es posible que puedan ser atacadas en relación con los falsos juicios de legalidad, puesto que se impugnen los procesos de aducción y producción de este tipo de pruebas. Lamentablemente el censor escogió el único camino prohibido para atacar dentro de la perspectiva del error de derecho la prueba testimonial y pericial.

La falta de técnica es evidente, porque el impugnante trata de confrontar la apreciación de las pruebas, la del juzgador con su personal perspectiva de analizar las pruebas y esto lo lleva a convertir su alegación en un memorial de instancia, pero que no cumple con los exigentes requisitos que exige la técnica de la casación.

Debe entonces concluirse lógicamente que el recurso interpuesto debe desecharse.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

COMISION. JUICIO

Durante el término probatorio de la causa la ley expresamente prohíbe a la Corte, Tribunales, Jueces Superiores y de Circuito, comisionar para la práctica de diligencias dentro de la sede

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 38.

Vistos:

El Tribunal Superior de Valledupar mediante sentencia del 11 de diciembre de 1986, condenó al doctor *Pedro Nicanor González Manjarrez,* Exjuez Sexto de Instrucción Criminal ambulante de ese Distrito Judicial, a la pena privativa de la libertad de un año de prisión y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y accesorias de rigor, pero, a su vez le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional por un período de prueba de dos años, por el delito de peculado.

La citada decisión fue recurrida por el procesado y su defensor y durante el trámite de la instancia, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita de la Sala, impartir confirmación integral al fallo respectivo.

Consideraciones de la Corte:

Debería la Sala entrar a revisar el mérito de la providencia recurrida, si no se observara que el Tribunal Superior de Valledupar, no tuvo en cuenta en el juzgamiento normas legales de obligatorio acatamiento, cuyo desconocimiento lesiona el debido proceso, hasta el punto de que puede afirmarse que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad.

En efecto: *Dentro de la causa y en el término previsto en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, el procesado solicitó la práctica de varias pruebas que consideró pertinentes para su defensa y el Tribunal por auto del tres de mayo de 1986, decretó su práctica y para tal efecto comisionó al Juez 3º Penal del Circuito* de la ciudad de Valledupar *con claro desconocimiento de lo establecido en el artículo 9º de la Ley 22 de 1977, que prohíbe a la Corte y a los Tribunales, comisionar durante el término de la causa, para la práctica de pruebas dentro de la sede.*

El citado precepto, que sustituyó al artículo 49 del Código de Procedimiento Penal autoriza a la Corte, Tribunales, Jueces Superiores y de Circuito a comisionar para la instrucción *a cualquier autoridad, fuera o dentro de su sede. Pero, durante el término probatorio de la causa, la ley expresamente prohibe comisionar para la práctica de pruebas dentro de la sede.*

Dice así el artículo 9º de la Ley 22 de 1977:

"Artículo 9º El artículo 49 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

"La Corte Suprema de Justicia en asuntos de su competencia, podrá comisionar para la instrucción a cualquier autoridad judicial de la República.

"Los Tribunales Superiores podrán comisionar a cualquier juez para practicar diligencias dentro y fuera de su sede.

"Durante el término probatorio del juicio, sólo podrán comisionar cuando las diligencias deban practicarse fuera de la sede...".

La Corte, en diversas ocasiones ha sostenido, que el desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 22 de 1977 trae como consecuencia sanción de nulidad por el cumplimiento de actos procesales con inobservancia de la forma que prescribe la ley y por juez que no tenía competencia para ello.

En auto del 26 de noviembre de 1979. con ponencia del *Magistrado Velásquez Gaviria,* se dijo por la Corte lo siguiente:

"El juicio, ha dicho esta Sala, es en efecto, la etapa del proceso en que se realiza el examen de fondo de las imputaciones que se hace a una persona a quien se considera responsable de un hecho delictuoso plenamente demostrado y ese juicio, en consecuencia, sólo puede adelantarse por los jueces competentes, que, por lo mismo, y para un mejor entendimiento de sus delicadas funciones, no pueden delegar ni siquiera parcialmente el cumplimiento de los trámites, actuaciones y formalidades de esta fase trascendental del proceso que a ellos incumbe en forma privativa y excluyente, por expreso mandato del artículo 26 de la Constitución Política, a cuyo tenor, 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Tribunal competente y observando a plenitud las formas propias del juicio'.

"Sobra advertir que si en el caso que se examina la prueba fue percibida, en la etapa probatoria del juicio, por funcionario comisionado y no por el juez competente, que lo es el Magistrado Sustanciador, se ha violado por el Tribunal Superior de Pasto —Sala de Decisión Penal— una de las garantías fundamentales de las partes en el juicio o sea, 'la legalidad del procedimiento', tan importante como las que se entrañan en los principios de 'legalidad del delito', 'la legalidad de la pena' y 'favorabilidad'.

"De lo expuesto fluye que la actuación en este proceso es nula desde el momento mismo en que el Tribunal de Pasto, por auto de diecinueve de octubre de 1978, ratificado posteriormente, impartió

comisión para practicar pruebas dentro de la etapa pertinente del juicio 'al juez que designe el señor Director de Instrucción Criminal' de esa Seccional, nulidad que una vez declarada por la Corte obligará a reponer la actuación afectada de invalidez, con cuanto mayor razón si la prueba solicitada por el defensor del exjuez Libardo Guerrero Muñoz se enderazaba, en su totalidad, a destruir los fundamentos de los cargos que se formularon en el auto de proceder".

Este modo de pensar fue mantenido por la Corporación en auto del 8 de septiembre de 1981 con ponencia del honorable Magistrado Velásquez Gaviria.

Hoy debe la Corte, ratificar dicho criterio porque es manifiesto que el desconocimiento de tan claro precepto, desfigura el esquema del proceso, convierte en procesalmente defectuoso el término probatorio de la causa y hace que las pruebas pedidas por el procesado no tengan validez por haber sido practicadas por funcionario que no estaba facultado para hacerlo, todo lo cual trae como consecuencia jurídica, la ineficacia del acto procesal, la violación de las normas que regulan el debido proceso, con menoscabo del derecho de defensa.

Por ello la Sala decretará la nulidad de la actuación cumplida a partir del auto de 3 de mayo de 1986 (fl. 240) exclusivo, para que las pruebas válidamente decretadas sean practicadas por el Magistrado Sustanciador y se reponga la actuación subsiguiente.

En mérito de lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º *Declarar nulo* todo lo actuado en este proceso seguido contra el doctor Pedro Nicanor González Manjarrez, a partir del auto de fecha tres (3) de mayo de 1986, exclusive, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2º Vuelvan los autos al Tribunal de origen, para que se reponga la actuación viciada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

EXTRADICION

En las solicitudes de extradición de ciudadanos colombianos que formule el Gobierno del Perú, la Corte debe emitir concepto, cuando el ciudadano reclamado esté detenido, cuando medie solicitud de detención provisional o pueda lograrse su comparecencia personal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta número 40.

El Ministerio de Justicia mediante nota de abril 21 de 1987 pide a la Sala Penal de la Corte concepto sobre la extradición del ciudadano colombiano *Evaristo Porras Ardila,* solicitada por el Gobierno del Perú, para cuya decisión la Sala hace las siguientes consideraciones:

1. De acuerdo con el concepto emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país, esta petición de extradición se regula por el Acuerdo sobre Extradición firmado en Caracas el 18 de julio de 1911, la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes y el Protocolo de Modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes.

La Sala comparte este criterio, pues según el informe del Ministerio de Relaciones Exteriores anexo a la solicitud, tanto Colombia como Perú suscribieron el Acuerdo de Extradición de 1911, habiéndose depositado los instrumentos de ratificación por Colombia el 28 de julio de 1914, y por Perú el 22 de agosto de 1915. Igualmente ambos países son Partes en la Convención Unica sobre Estupefacientes de 1961, cuyos instrumentos de ratificación fueron depositados por Colombia el 3 de mayo de 1975, y por Perú el 22 de julio de 1964.

2. Participa igualmente del criterio del Ministerio de Relaciones Exteriores cuando considera que es procedente tramitar las solicitudes de extradición formuladas por el Gobierno del Perú con relación a ciudadanos colombianos que sean procesados en dicho país por delitos de narcotráfico cometidos dentro del territorio de su jurisdicción, pues aunque en el Tratado suscrito en Caracas no se incluyó este delito dentro de la lista de los que daría lugar a ella, tanto en la Convención Unica de 1961, como en el Protocolo de Modificación de la misma, se dice expresamente que "cada uno de los delitos enumerados en el párrafo 1º y en el inciso 11 del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo se considerarán incluidos entre los delitos que den lugar a

extradición en todo tratado de extradición celebrado entre las Partes" (Literal -b- del numeral 2 del artículo 14 del Protocolo de Modificación).

Los delitos enumerados en el párrafo 1º mencionado son: "El cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas en venta, distribución, compra, venta, despacho por cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición de tránsito, transporte, e importación y exportación de estupefacientes". Los mencionados en el inciso 11 del apartado a) son: "La participación deliberada o la confabulación para cometer cualquiera de esos delitos, así como la tentativa de cometerlos, y los actos preparatorios y operaciones financieras", ralativos a los delitos antes mencionados.

3. Es jurisprudencia reiterada de la Sala la de que la extradición se debe tramitar de acuerdo con los respectivos tratados y no por las normas del Código de Procedimiento Penal, por mandato expreso del artículo 17 del Código Penal. Sin embargo, cuando en el Tratado mismo se dispone que el trámite de ella se deberá sujetar a la legislación del país requerido, como ocurre en el caso en estudio, son las normas internas de éste las que se deben aplicar. Para nuestro caso, ellas corresponden al procedimiento establecido para la extradición en el Capítulo III del Título IV del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, en el Tratado de 1911 no se mencionan las autoridades que deben tramitar o decidir la extradición. Ninguna mención de las distintas Ramas del Poder Público se hace en él, por lo que no se puede colegir si las partes contratantes quisieron establecer un sistema Administrativo, Judicial o Mixto.

Por otra parte, en el inciso 3º del artículo VIII del Tratado suscrito en Caracas dice: "La extradición de los prófugos, en virtud de las estipulaciones del presente Tratado, se verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se hace la demanda". Igual previsión se toma en la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, y en el Protocolo adicional de ésta. En el inciso iv) del literal b) del numeral 2 del artículo 14 de este último se dice textualmente: "iv) La extradición será concedida con arreglo a la legislación de la Parte a la que se haya pedido...".

4. *Ha dicho* igualmente *la Sala que para que la Corte pueda asumir el estudio de la petición de concepto formulada por el Gobierno, es necesario que la persona de cuya extradición se trate esté detenida. En providencia de octubre 21 de 1986, con ponencia del Magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz*, se dijo:

> Si la extradición pasiva consiste en la entrega que un Estado hace a otro Estado, de un individuo acusado o condenado que se encuentra en su territorio, para que en ese país sea juzgado o cumpla la pena, es obvio que como requisito indispensable, inherente a su naturaleza y previo a su aceptación, debe demostrarse,

plenamente, que la persona solicitada se encuentra en el territorio del Estado requerido. No tendría sentido alguno poner en marcha todo el aparato estatal, para terminar ordenando la entrega teórica de quien se ignora si se halla en el territorio nacional.

La necesidad de demostrar que la persona reclamada se encuentra en el territorio del Estado requerido, surge clara del artículo primero del Tratado de Extradición suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América (aprobado por la Ley 27 de 1980), en el cual se dispone que "las partes contratantes acuerdan la entrega recíproca, conforme a las disposiciones estipuladas en el presente Tratado, de las personas que *se hallen en el territorio* de una de las partes contratantes" (...).

En plena armonía con lo anterior, el Código de Procedimiento Penal que regula el trámite que ha de dársele a la solicitud de extradición en la Corte Suprema de Justicia, preceptúa en su artículo 755 que "la solicitud de extradición se sustanciará como incidente, y la primera providencia que se dicte será notificada personalmente al reclamado". Lo que en el Tratado tenía simple formulación teórica, aquí encuentra su concreción práctica: ¿Qué mejor manera para garantizar que la persona solicitada se encuentra en Colombia, que exigir que la primera providencia que se dicte dentro del incidente de extradición, le sea notificada personalmente a ella. Y qué forma más eficaz para garantizar los derechos relacionados con su defensa, porque quién está en mejores condiciones que el reclamado, para acreditar que no es él la persona cuya extradición se solicita (art. 755 del C. de P. P.), o que se trata de una investigación o condena por un delito político o militar (art. 4º del Tratado), o que ya fue juzgado por el mismo ilícito que motiva la solicitud de extradición (art. 5º del Tratado)?

Queda en claro, pues, que los dos estatutos son concordantes y complementarios: El Tratado exige como condición indispensable por la misma naturaleza de la extradición, que la persona reclamada se encuentre en el territorio colombiano, y el Código de Procedimiento Penal, al concretar tal exigencia, ordena que la primera providencia que se profiera dentro del incidente adelantado por la Corte se "notifique personalmente al reclamado", imposibilitándose así la continuación del trámite en ausencia o contumacia, porque como ya se dijo, es de la esencia misma de la extradición (pasiva) que la persona solicitada se halle en el territorio del Estado requerido.

Como consecuencia de lo expuesto, cuando no pueda hacerse la notificación personal ordenada por el artículo 755 del Código de Procedimiento Penal, el trámite de la solicitud de extradición ante la Corte, debe paralizarse.

(...)

Cuando media solicitud de detención provisional por parte del Estado requirente (art. 11 del Tratado en armonía con el 742

del C. de P. P.), Colombia "tomará las medidas necesarias para asegurar la detención de la persona reclamada" (art. 11-2 del Tratado). Si la orden de detención provisional se hizo efectiva y la persona reclamada continúa privada de su libertad al momento de dictarse la primera providencia por la Corte dentro del incidente de extradición, se le hará notificación personal de ésta y se continuará el trámite hasta su terminación con concepto favorable o desfavorable para la entrega. Si la detención provisional solicitada no ha podido cumplirse y a pesar de ello se envía la solicitud a la Corte, ésta deberá devolverla al Ministerio de Justicia para que insista en la captura del solicitado, toda vez que esta medida no es de su incumbencia. Cuando se haga efectiva la aprehensión y se reciba de nuevo la solicitud, se iniciará el trámite y se hará la notificación personal de que trata el artículo 755 del Código de Procedimiento Penal y se proseguirá con el incidente.

A pesar de que la jurisprudencia transcrita corresponde a una solicitud formulada por el Gobierno de los Estados Unidos de América, y con base en los Tratados que regulan la extradición con dicho país, ella es aplicable en todas sus partes al caso en estudio, por cuanto el Tratado suscrito con el Perú, tiene normas similares en lo que a este punto se refiere. En efecto, en el artículo 1º del Tratado de 1911 se dice:

Artículo 1º Los Estados contratantes convienen en entregarse mutuamente, de acuerdo con lo que se estipula en este Acuerdo, los individuos que procesados o condenados por las autoridades judiciales de uno cualquiera de los Estados contratantes, como autores, cómplices o encubridores de alguno o algunos de los crímenes o delitos especificados en el artículo 2, dentro de la jurisdicción de una de las Partes contratantes, busquen asilo o se encuentren dentro del territorio de una de ellas *(Subraya la Sala).*

Es pues necesario que la persona solicitada en extradición esté asilada bajo la protección de las autoridades colombianas, o se encuentre en nuestro país, hecho éste que sólo puede acreditarse con su detención preventiva, pues según la nota de solicitud de concepto enviada por el Ministerio de Justicia, dicho organismo dictó auto de detención en su contra.

5. *De acuerdo con lo anterior se tiene:*

1. Las solicitudes de extradición de ciudadanos colombianos que formule el Gobierno del Perú se deben tramitar de acuerdo con las normas correspondientes del Código de Procedimiento Penal, en las cuales se prevé que la Corte Suprema de Justicia tiene que emitir concepto sobre ellas.

2. Para que la Corte pueda cumplir este requisito en las solicitudes de extradición formuladas por este país, es necesario que el ciudadano reclamado esté detenido cuando medie solicitud de detención provisional del Estado requirente, o que pueda lograrse su comparecencia personal para hacerle las notificaciones que exige la ley.

Como en el caso en estudio la Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia informa a la Corte, en el mismo oficio con que remite el expediente del señor Evaristo Porras Ardila, que éste no se encuentra detenido, a pesar de mediar la solicitud correspondiente, la Sala aplaza el estudio de la petición hasta cuando él pueda ser adelantado según lo expresado en los párrafos precedentes.

Comuníquese al Ministerio de Justicia la anterior decisión, y devuélvase el expediente respectivo.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

REVISION. NULIDAD

Si el procesado menor de 16 años no ha sido juzgado por la jurisdicción especial, no sería ese un hecho nuevo, que sólo conduciría a la nulidad por vicios en el juzgamiento, aspecto que no está contemplado como causal de revisión

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta número 40.

Vistos:

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte sobre la admisibilidad del recurso de revisión interpuesto por el Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, en su calidad de agente del Ministerio Público, del proceso tramitado en esa oficina y en el Tribunal de dicho Distrito Judicial, en relación con el menor *César Augusto Leguizamón Diaz*, condenado en ausencia por concierto para delinquir.

Antecedentes:

Acompaña el demandante copias auténticas de las sentencias de primera (junio 16 de 1986) y de segunda instancia (agosto 20 de 1986), por las cuales el menor citado, fue condenado, junto con otros, a la pena principal de tres años y tres meses de prisión por concierto para delinquir, y constancias de encontrarse privado de libertad, en cumplimiento de tales providencias, a partir del 14 de enero de 1987.

Además, se agregó copia del registro civil de nacimiento y constancia sobre el mismo, expedida por la Notaría correspondiente, conforme a éstos el menor nació el 5 de enero de 1969.

Se considera:

1º Conforme a los fallos dictados en el proceso mencionado, cuyas copias obran en autos, los hechos ocurrieron entre agosto de 1984 y el 15 de octubre siguiente.

2º Con base en lo anterior y el registro de nacimiento, *alega el demandante que cuando ocurrieron los hechos*, César Augusto Leguizamón Diaz contaba apenas 15 años, 9 meses y 10 días de edad, *siendo por tanto en esos días menor de dieciséis años, no estando sometido así a la jurisdicción penal ordinaria, que lo juzgó, sino a la especial de menores (art. 34 del C. P.).*

Presenta tal hecho como nuevo, de acuerdo con las pruebas mencionadas no conocidas en el proceso, ya que en éste no se comprobó la edad del incriminado, juzgado en ausencia. Lo que fundamenta la impugnación de la causal quinta de revisión, según el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal.

3º De lo anterior se desprende que el recurso de revisión se basa en afirmar la invalidez de la actuación, toda vez que por no tener la edad mínima señalada, en la fecha de los hechos, el condenado no podía ser sometido a la jurisdicción ordinaria sino a la especial de menores, con la aplicación de las medidas y legislación propias de esta última.

No se alega por tanto, como motivo de revisión, la inocencia o irresponsabilidad del procesado, ya que no se discute su intervención en los hechos o circunstancias que hicieran desaparecer su tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, sino la circunstancia indicada que conduciría a la invalidez de la actuación, para proceder al juzgamiento por el funcionario competente.

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que la revisión se dirige a infirmar el valor de la cosa juzgada para corregir o enmendar graves errores judiciales ante el desconocimiento de los hechos o situaciones que llevan a demostrar la inocencia o irresponsabilidad del procesado, que de haberse conocido por los falladores, hubieran llevado a exonerarlos o absolverlos en relación con los cargos formulados en su contra. Así se deduce de las causales que permiten la revisión, encaminadas a dejar sin efecto la condena impuesta ante la demostración suficiente de una de esas situaciones que no permitían, llegar a decisión condenatoria.

En el presente caso, *el menor no había llegado a la edad de dieciséis años*, aunque se encontraba próximo a la misma *y así, como lo anota el actor, debía ser juzgado por otro funcionario y con aplicación de régimen legal distinto.*

Pero este hecho conduciría a la nulidad por vicios en el juzgamiento, aspecto que no está contemplado como causal de revisión.

En caso que guarda similitud con el examinado, en cuanto se hacía relación a la imputabilidad del condenado, dijo esta Sala lo que se transcribe seguidamente:

"En casos similares al que se comenta, en los cuales no se cuestiona propiamente 'la inocencia o irresponsabilidad del condenado', sino la forma como penológicamente debería tratarse la conducta, esto es, si con la imposición de penas (imputable) o con medidas de seguridad (inimputable), la Sala ha sostenido por mayoría, lo que a continuación se transcribe:

"'... Este medio de impugnación busca corregir algunos errores judiciales de excepción que no pueden subsanarse de otra manera.

"'Se denominan errores judiciales los que la doctrina llama errores *in procedendo* y errores *in iudicando*. La revisión, como es lógico, no se ocupa de los primeros porque tienen su propio y específico medio de impugnación: La casación. Tampoco se ocupa de los segundos cuan-

do conforman errores jurídicos, por la misma razón; pero, cuando se trata de errores de hecho, sólo le corresponde a la casación penal los que comportan violación indirecta de la ley. Todos los restantes son del exclusivo resorte de la revisión. ¿Y cuáles son éstos? Los que consolidan una oposición o disparidad manifiestas entre la verdad formal o la verdad aprobada que presenta el proceso y la verdad de lo que aconteció en la vida real o realidad histórica del hecho imputado. En este sentido comprende únicamente errores de hecho *in iudicando* de carácter histórico que conducen a demostrar que de haberlos conocido a tiempo el juzgador, el fallo no hubiera sido de condena porque la inocencia o irresponsabilidad del procesado frente al delito eran indubitables.

"'Entonces, resulta claro que los errores aducidos por el recurrente prueban que, de haber sido advertidos en su oportunidad, la inocencia o irresponsabilidad del procesado hubiera tenido que ser reconocida con sentencias absolutorias. Y, no evidencian ese aspecto de fondo porque sólo constituyen errores *in procedendo*, ajenos, por su naturaleza formal, al recurso de revisión.

"'De aquí que la Corte siempre haya expresado con notable acierto:

"'... la revisión no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley; en este recurso el ataque es más a fondo...' (Sentencia de 12 de noviembre de 1943, LVI, 461).

"La finalidad del recurso de revisión es la de corregir un error judicial. Pero no toda clase de errores; porque para ello la ley ha establecido medios adecuados..." (Sentencia de mayo de 1945, LIX, 192).

"... La revisión, como se deduce de las causales que la fundan, mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente..." (Sentencia de 29 de enero de 1945, LVIII, 697).

"Mientras la casación tiende, pues, a la defensa y protección de la ley, la revisión protege y defiende la inocencia; y mientras que aquella les garantiza a la sociedad y al acusado la legalidad de los fallos, esta conduce al eventual levantamiento del castigo, cuando quiera que circunstancias especiales permitan entrever que el sentenciado puede ser inocente" (Sentencia de 13 de mayo de 1954, LXXXIII, 627).

"La jurisprudencia no tiene equívocos al respecto. Siempre ha excluido de este recurso los errores que afectan la legalidad del proceso y de la sentencia definitiva para circunscribir sus objetivos a aquellos errores que señalan la inocencia o la irresponsabilidad del condenado como lo demanda la filosofía que informa la revisión en la legislación penal colombiana.

"Cabe agregar que el fenómeno jurídico de la inimputabilidad no es, de suyo, causal de inocencia o de irresponsabilidad; sólo afecta la punibilidad" (Revisión de 15 de junio de 1982, Magistrado ponente doctor Calderón Botero).

De lo anterior se deduce, que si bien la demanda se presenta por quien tiene personería, ya que se trata de representante del Ministerio Público como Fiscal del juzgamiento en primera instancia, resulta im-

procedente, por lo cual debe adoptarse dicha decisión en esta providencia que decide sobre admisibilidad del recurso.

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

Resuelve:

Rechazar la demanda de revisión.

Ejecutoriada esta providencia, archívense las diligencias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA

Frente a sentencias dictadas en procesos en que interviene el jurado de conciencia, no resulta admisible jurídicamente la pretensión de que se case el fallo por violación indirecta de la ley sustancial

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado Acta número 40.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a decidir sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de *Carlos Arturo Cambindo Olave*, contra la sentencia de 25 de agosto de 1986 proferida por el Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, que condenó a dicho procesado a la pena principal de diez (10) años y seis (6) meses de prisión como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Edgar Trejos.

Hechos:

Los que dieron origen a este proceso ocurrieron el día 11 de septiembre de 1983, aproximadamente a las tres y media de la madrugada, en la calle 39 número 23-26 del barrio El Rodeo de la ciudad de Cali, cuando Carlos Arturo Cambindo Olave, le propinó herida en el tórax, causada con arma blanca, a Edgar Trejos, causándole la muerte.

Actuación procesal:

Con base en la diligencia de levantamiento del cadáver, el 12 de septiembre de 1983, el Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Cali, abierta la investigación, allegó el acta de necropsia y la de defunción, vinculando al proceso mediante indagatoria a Carlos Arturo Cambindo Olave; y una vez se recepcionaron los testimonios incriminatorios, el Juzgado Primero Superior de dicha ciudad profirió auto de proceder contra el sindicado, el 9 de mayo de 1984, decisión ésta que fue confirmada por el Tribunal Superior.

Abierto el juicio a pruebas, se recepcionaron testimonios y se practicaron varias diligencias de careo, pruebas éstas solicitadas por el defensor del procesado y el apoderado de la parte civil.

Celebrada la audiencia pública, el 9 de mayo de 1986, el jurado de conciencia, emitió veredicto de responsabilidad contra el procesado Carlos Arturo Cambindo Olave, el que fue acogido por el juez de primera instancia, profiriendo la precitada sentencia condenatoria, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali.

La demanda:

Con fundamento en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente solicita de la Sala, se decrete nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, por cuanto se violó la garantía constitucional del debido proceso consagrada en el artículo 26 de la Carta Política.

Luego de analizar y cuestionar la prueba testimonial allegada al proceso, concluye el casacionista que no existe plena prueba "directa" que permita atribuir el juicio de responsabilidad a su defendido como autor del homicidio causado a Edgar Trejos.

Afirma que el jurado no tuvo en cuenta que la prueba existente no reunía los requisitos exigidos por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, para condenar, razón por la cual el juez de derecho debió declarar la contraevidencia del veredicto y que al no hacerlo, el juzgador permitió la sentencia condenatoria sin existir prueba suficiente para tomar tal decisión.

En conclusión, el argumento demandante se remite a exponer que en este proceso se desconoció lo que denomina "garantía de autoría" al no haberse probado que Cambindo Olave, fue el sujeto activo de la acción delictiva, llegando al extremo, el jurado, de negar el principio de "necesidad de prueba".

Concepto de la Procuraduría:

Con apoyo en varias decisiones de la Corte, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita de la Sala no casar la sentencia impugnada, por cuanto la demanda no está llamada a prosperar.

Expresa el representante del Ministerio Público, que el censor equivocó la causal invocada, por cuanto al impugnar la prueba no le es posible alegar vulneración a la garantía constitucional del debido proceso, porque ésta no "toca...con el contenido de los actos procesales".

Afirma que en los juicios en los que interviene jurado y si el ataque se dirige hacia el fallo de primera instancia, una violación a las formas propias del juicio sería una incongruencia de la sentencia con el veredicto, ya que el fundamento de la sentencia es el veredicto y no los juicios de convicción aportados a los autos.

Concluye el Procurador Delegado, que la petición del impugnante trasciende los límites de la causal cuarta, trasladándose la impugnación a la causal primera, cuerpo segundo, inaceptable en los juicios con jurado, pues ésto implicaría que de casar la sentencia y dictar la correspondiente, se desconocería el veredicto.

Consideraciones de la Corte:

Es la falta de poder de convicción de las pruebas allegadas al proceso, la premisa básica en que el censor fundamenta la causal de nulidad invocada para atacar las sentencias de primera y segunda instancia. Considera que no podía el jurado emitir un veredicto de responsabilidad y que al haberlo hecho, el juez de derecho, debió declarar su contraevidencia.

La causal cuarta, es independiente y abierta a los diferentes medios de prueba, pero como lo ha sostenido la Sala, "exigente como las demás en su técnica y demostración" (diciembre 3 de 1976, Magistrado ponente doctor José María Velasco Guerrero). Por ende, si el proceso se tramitó de acuerdo a los requisitos exigidos por la ley, impera colegir, que el cargo formulado no se encuentra demostrado en cuanto a que se haya violado las formas propias del juicio, pues, la ley procesal le permite al jurado juzgar en conciencia y así lo hizo.

Reiterativa ha sido la Sala al fijar su criterio sobre este tema, al afirmar que: "...si se agotan los mecanismos procedimentales de primera y segunda instancia y la declaración de contraevidencia, no se produce, no puede plantearse dicho tema en sede de casación por la sencilla razón de que no puede ubicarse dentro de ninguna de las causales del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, ni puede buscarse al amparo del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque tal cosa sólo busca un remedio que compete exclusivamente a los juzgadores de instancia" (25 de enero de 1983, Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía; 12 de noviembre de 1986, Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga).

No es posible, por tanto, que prospere este cargo, ya que para que se pueda reconocer, así sea oficiosamente, el vicio de nulidad, éste debe aparecer en forma ostensible, evidente y grave y no como resultante del habilidoso tratamiento que le de el recurrente a unos fundamentos idóneos para sustentar otra causal, que por no ser de recibo en los procesos en que interviene jurado, se da traslado a la cuarta, pretendiendo darle a ésta un alcance inusitado. Lo cierto es que los argumentos presentados, constituyen un replanteamiento probatorio dirigido a demostrar el error en que —dice el casacionista— incurrió el jurado y el fallador al negar la escasa fuerza demostrativa de los elementos de juicio allegados al proceso, conceptos propios de la violación indirecta de la ley sustancial que en esta clase de juicios no pueden prosperar, debido a que frente a sentencias dictadas en procesos en que interviene jurado de conciencia, no resulta admisible jurídicamente la pretención de que se case el fallo por violación indirecta de la ley sustancial, bien que esta causal se haga provenir de apreciación errónea o bien de falta de valoración de determinada prueba, ya que en sede de casación resulta imposible cotejar críticamente el acervo probatorio obrante en autos con la determinación de conciencia de los jurados. Como lo afirma el señor Procurador Delegado y lo ha sostenido la Corte, al prosperar esta causal, se tendría que casar la sentencia para en su lugar dictar la que corresponda con desconocimiento patente del veredicto del jurado, lo cual no es posible.

Por tanto el cargo no prospera.

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 devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

CASACION. Requisitos

El Procurador General de la Nación puede ampliar la demanda que presenta el Fiscal, pero no presentar una nueva

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

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta número 41.

Vistos:

Procede la Sala a decidir sobre la demanda de casación presentada contra la sentencia del Tribunal del Distrito Judicial de Cali, por medio de la cual se condenó a *Tarcisio Osorio Vanegas* por los delitos de peculado y falsedad a la pena de cuatro años de prisión.

Hechos:

Los resume el Tribunal así:

Dio origen a la presente investigación, la denuncia penal elevada en agosto 18 de 1983, por el Edil de Cali, señor Fredy Prieto Banguero, donde puso al descubierto una serie de irregularidades acaecidas en la Auditoría General ante la Empresa de Servicios Varios "EMSIRVA" de la ciudad, consistentes —básicamente— en que el titular de esa Dependencia Auditora, señor Tarcisio Osorio Vanegas, protextando la necesidad de contratar personal especializado para actualizar el sistema contable del ente oficial, e, igualmente, sistematizar todo lo referente a nóminas, prestaciones sociales, etc., y a plazas de mercado, logró —previas resoluciones dictadas por él— el pago de sumas de dinero a tres personas que, como quedó debidamente establecido a través del proceso, en ningún momento realizaron la labor referenciada, siendo en últimas el real beneficiario de esos dineros estatales, precisamente, el señor Auditor Osorio Vanegas. Esto es, que aprovechando ese alto cargo, de tanta responsabilidad, falseó la verdad en varios documentos oficiales al disfrazar contratos de prestación de servicios, para apropiarse ilícitamente de dineros del erario público, en menoscabo patrimonial de éste y de la confianza ciudadana en sus funcionarios.

Demanda de casación:

El recurrente formula dos cargos contra la demanda.

Primer cargo: Violación directa de la ley por aplicación indebida del artículo 221 que sanciona la falsedad en documento privado, pues

los cheques girados eran documentos públicos, como lo reconoce el mismo Tribunal.

Segundo cargo: Violación directa de la ley por aplicación indebida del artículo 219 que sanciona la falsedad ideológica en documento público, pues el procesado "cuando produjo las resoluciones de reconocimiento de unos pagos, y el posterior giro y endoso de los cheques obraba sin aquella competencia específica que lo pudiera habilitar para la expedición legal de los mencionados documentos públicos". La razón de este aserto es, según el casacionista, que los hechos que sirvieron de base a las resoluciones y demás actuaciones del procesado eran ficticios, pues nunca existieron los contratos que sirvieron de pretexto al Auditor para expedirlas.

Como corolario de su argumentación concluye que se debió aplicar el artículo 220 del estatuto penal, que sanciona la falsedad material de particular en documento público.

El concepto del Ministerio Público:

El Procurador Delegado rechaza los cargos de la demanda, el primero de ellos por cuanto considera que en la nueva legislación penal sólo por excepción pueden considerarse los cheques como documentos públicos, y el segundo, porque en el caso en estudio se trata de una falsedad en documento privado, pues ambas figuras se subsumen en la extrínseca de un documento sino simplemente su texto o veracidad interior", y porque "resulta un tanto temerario que el señor Fiscal recurrente aluda a la ausencia de competencia del procesado para producir los documentos de marras".

Sin embargo, considera que la sentencia debe casarse parcialmente, aduciendo una nueva causal. Según él hay violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 133 y 221 del Código Penal, que tipifican los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado, pues ambas figuras sesubsumen en la conducta descrita en el artículo 222, inciso segundo, del Código Penal, en el que se integró como delito complejo la falsedad del documento público y cualquier otro delito que nazca del uso de éste, por lo que debió ser ésta la norma aplicada.

Consideraciones de la Corte:

1. Los delitos por los cuales fue sentenciado el procesado Tarcisio Osorio Vanegas fueron los siguientes: Delitos de falsedad ideológica en documento público (art. 219 del C. P.), por la expedición de tres resoluciones de reconocimiento a favor de personas distintas, y de los tres cheques correspondientes. Falsedad material de particular en documento público (art. 220 del C. P.), por haber endosado, como simple particular, para consignar en su cuenta y en la de su esposa, los mencionados cheques oficiales. Sin embargo consideró el Tribunal que por haber sido llamado a juicio el procesado por el delito de falsedad en documento privado, debía aplicársele la pena correspondiente a esta infracción por ser más favorable, apoyándose para ello en sentencia de la Corte de marzo 12 de 1985. Se le condenó igualmente por el delito

de peculado por apropiación (art. 133 del C. P.), por haber tomado para sí y para su esposa el valor de los cheques.

Hecha esta precisión, la Sala entra a analizar los cargos de la demanda.

2. *Primer cargo:*

El Fiscal recurrente considera que se ha violado directamente la ley al aplicar el artículo 221 del Código Penal que define la falsedad en documento privado, en vez de la falsedad en documento público, pues se trata de cheques emitidos por empleado público en cumplimiento de funciones.

No dice el recurrente en su demanda qué norma debe aplicarse en sustitución de la impugnada, dejando un vacío en la formulación del recurso que la Corte no puede oficiosamente llenar. Del texto de la fundamentación de la causal parecería ser que en su opinión el procesado debió ser condenado por falsedad en documento público, pero en otra parte de su argumentación dice que el correcto era absolverlo por la falsedad en documento privado.

Ha dicho reiteradamente la Corte que cuando se alega violación directa de la ley por aplicación indebida de una norma, está obligado el recurrente no sólo a determinar la que fue indebidamente aplicada, sino también la que en su lugar debe aplicarse, dando en cada caso las razones pertinentes, pues debiendo la Corte dictar la sentencia sustitutiva en caso de que el recurso prospere, estaría imposibilitada para ello si ésta no se determina.

No prospera, por tanto, el cargo.

3. *Segundo cargo:*

Dice el recurrente que se aplicó indebidamente el artículo 219 del Código Penal en lugar del 220, pues no se trata de falsedad ideológica en documento público, sino de falsedad material de particular en documento público, porque la causa jurídica en que se fundamentaba la expedición de las resoluciones de los cheques materia del delito era ficticia, lo que hacía que el Auditor no fuera competente para expedirlos, actuando entonces como particular.

Confunde el recurrente el ejercicio de funciones públicas con la justificación jurídica de dicho ejercicio. Precisamente lo que constituye la base de la falsedad ideológica en documento público es que se afirme una falsedad o se calle total o parcialmente la verdad. Si el contenido de lo afirmado en el documento coincidiera con la verdad, carecería de existencia material el delito.

Según el proceso, el Auditor de "EMSIRVA", que era el empleo que desempeñaba el procesado, era el funcionario competente para expedir las resoluciones de reconocimiento y los cheques correspondientes. El hecho de que las hubiera expedido sin existir un contrato de prestación de servicios no lo hace incompetente; al contrario, es la inexistencia del contrato lo que precisamente constituye el delito de falsedad ideológica que se le imputa.

No prospera el cargo.

El Procurador Delegado en lo Penal presenta un cargo distinto a los alegados por el Fiscal, por lo que la Sala se abstendrá de analizarlo.

El artículo 571 del Código de Procedimiento Penal dispone que el Procurador General de la Nación, por sí o por intermedio de los Procuradores Delegados podrá "ampliar" la demanda que presente el Fiscal. Sus atribuciones son pues muy claras, y no puede, so pretexto de ejercer la función que le asigna la ley, presentar una nueva demanda en forma extemporánea y sin estar legitimado para ello, máxime en este caso en que expresamente rechaza los cargos formulados por el Fiscal en su demanda.

La Corte sobre este punto dijo en sentencia de abril 12 de 1982, con ponencia del Magistrado, doctor Pedro Elías Serrano:

> *Cuando es un Fiscal de Tribunal Superior quien interpone recurso de casación, o un Agente Especial que lo haya desplazado en el proceso como aquí acontece, debe tenérsele como parte recurrente para los efectos de presentar la respectiva demanda dentro de los términos que señala la ley según preceptúa el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. Esa demanda podrá ser ampliada por el Procurador General de la Nación agrega la parte final de la disposición en cita.*
>
> *Ampliar es dilatar, extender, agrandar, aumentar, pero nunca corregir pues esto último equivale a enmendar a volver mejor y tiene como ideas afines, entre otras, las de rectificar, depurar, componer, transformar, cambiar, etc.*
>
> (...)
>
> También ha dicho la jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público en sus diferentes grados o peldaños constituyen "un todo inescindible" y resulta cierto lo dicho si en ellas puede hallarse armonía conceptual y no discrepancia o disparidad de criterios, verdaderas ampliaciones en los términos dichos en el párrafo anterior pero no rectificaciones, cambios o transformaciones. Lo indicado cuando se presentan estas actuaciones imposibles por parte de la Procuraduría es hacer a un lado ese aporte que, se repite, no constituye ampliación sino depuración o retoque que excede la función que le asigna la ley y examinar la demanda tal como fue presentada por la parte recurrente constituida por el Fiscal de Tribunal o por aquél que lo haya desplazado (art. 28 de la Ley 25 de 1974, 106 del C. de P. P.).

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

Resuelve:

No casa la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

EXTRATERRITORIALIDAD

No es extraño al procedimiento, en el caso de un representante diplomático, cuando se trata de delitos que tienen ejecución en el territorio nacional y en el extranjero, la simultánea actividad investigadora en uno y otro lugar, sin que prematuramente se invoque la garantía fundamental del artículo 26 de la Constitución Nacional, cuando concurran los factores de la naturaleza de la infracción y el vínculo que tiene el agente para con su país

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

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 041.

Vistos:

Procede la Sala a decidir oficiosamente sobre la cesación de procedimiento en el proceso que por el delito de tráfico de estupefacientes se adelanta contra el señor *Gustavo Jácome Lemus.*

Hechos:

Los resume el Tribunal Superior Militar:

En la ciudad de Madrid, España, en el mes de noviembre de 1984, la Policía española venía siguiéndole los pasos al individuo José Javier Gómez Ballesteros, reconocido por sus antecedentes delincuenciales y que se presumía estaba vinculado al tráfico de droga. En esos seguimientos la citada Policía estableció que el 14 de diciembre Gómez Ballesteros fue a las oficinas de Avianca a preguntar por un envío hecho desde Colombia por Valija Diplomática. También estableció que en las primeras horas del mismo día había estado en las oficinas de Avianca el señor Gustavo Jácome Lemus, Segundo Secretario de la Embajada de Colombia, reclamando unas valijas diplomáticas. También estableció que a eso de las diez de la mañana Gómez Ballesteros fue a la Embajada de Colombia y reclamó unos objetos que llevó luego a su apartamento para luego salir y botar en un tanque de agua unos recipientes. La Policía entonces logró la captura del individuo ese mismo día, recuperó los recipientes y en el garaje del apartamento de Gómez Ballesteros decomisó aproximadamente *tres kilos de cocaína.* Este hecho fue puesto en conocimiento en forma inmediata de la Embajada

de Colombia y lógicamente en conocimiento del Gobierno de Colombia, con el resultado por una parte de que el Segundo Secretario de la Embajada de Colombia en Madrid, Gustavo Jácome Lemus fue fulminantemente destituido de su cargo y detenido por la Policía española mientras que en Colombia el Presidente de la República ordenó una inmediata investigación para establecer las razones del presunto envío de cocaína por Valija Diplomática, con el resultado de que la Policía Judicial bajo la dirección del Coronel Miguel Maza Márquez encontró, el día veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en las Oficinas de Prensa Internacional de la Secretaría de Prensa de la Presidencia de la República, una tula que contenía *ochocientos cuarenta y dos (842) gramos de cocaína,* empacados en recipientes de los que se utilizan para el envío de películas y que eran similares a los rescatados en Madrid y que sirvieron para el transporte de la droga decomisada en esa ciudad. Estos hechos vienen siendo conocidos en la opinión pública como "El Caso de la Valija Diplomática".

Resultandos y considerandos:

El Magistrado Jaime Giraldo Angel, como sustanciador, presentó ponencia inicial en la cual se declaraba que el señor Gustavo Jácome Lemus no estaba amparado por el fuero diplomático, en razón de que en su opinión él sólo cubría a los Embajadores, los Ministros Plenipotenciarios y los Cónsules Generales, fundándose para ello en lo dispuesto en los numerales 5 y 20 del artículo 120 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 2º del Estatuto Orgánico del Servicio Diplomático y Consular (Decreto extraordinario 2016 de 1986). La Sala no aceptó esta ponencia por considerar que el artículo 1º, numerales c), d) y e) de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobada por la Ley 6ª de 1972, define como *agente diplomático* a cualquiera de los miembros del personal diplomático.

Frente a la determinación de la Sala, se continuó con el trámite de rigor.

2. Por los mismos hechos a que se refiere este proceso se adelanta investigación penal por la justicia penal española. De dicha actuación obran en el expediente copia autenticada de las siguientes providencias:

Auto de abril 17 de 1985 del Juzgado 31 de Instrucción de Madrid (fls. 295 y ss.), en el cual se declaró procesado por el delito de tráfico de estupefacientes al señor Gustavo Jácome Lemus.

Auto de junio 14 de 1985 del mismo Despacho (fl. 297), en el cual se negó la reposición de la anterior providencia, se amplió el procesamiento a la violación de la ley de contrabando, y se concedió el recurso de apelación.

Auto de junio 17 de 1986 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial (fls. 286 y ss.), en el cual se confirmó en todas sus partes el auto de procesamiento.

3. Por télex cifrado del 26 de diciembre de 1986 el Gobierno de Colombia renunció expresamente a la inmunidad diplomática del señor Jácome Lemus. El aparte pertinente del mencionado télex dice así:

"Señor Ministro: Tengo el honor de dirigirme a Vuestra Excelencia con objeto de poner en su ilustrado conocimiento que el Gobierno de Colombia ha decidido hacer expresa renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Ha tenido el señor Gustavo Jácome Lemus, Segundo Secretario de Embajada en esta misión diplomática hasta el día 22 del corriente mes" (fl. 139).

El régimen jurídico de la inmunidad diplomática está regulado por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobadas por la Ley 6ª de 1972, la cual dispone lo siguiente:

Artículo 31.1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor (...).

Artículo 32.1. El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de la jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad conforme al artículo 37.

2. La renuncia ha de ser siempre expresa.

3 (...)

4. (...)

4. Dentro del proceso que se adelanta en España contra el señor Jácome Lemus se solicitó el reconocimiento del derecho a la inmunidad, con los siguientes resultados:

Por auto de junio 17 de 1986 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial confirmó en todas sus partes el auto anterior.

5. *Concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal.*

Para este Ministerio Público resulta impertinente la finalización de este proceso, por la vía del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, y al efecto expresa:

"... Es que prima sobre los artículos 29, 30, 31 y 32 de la Convención de Viena, lo mismo que sobre la Ley 6ª de 1972 que aprobó dicho convenio, la Constitución Nacional, ya que el Gobierno colombiano bien podría renunciar a la inmunidad diplomática de Jácome Lemus, si tal privilegio dependiese de los ordenamientos legales, mas no, como en el caso *sub júdice* que depende de nuestra Carta Política, como claramente, sin lugar a interpretaciones se desprende del artículo 151 que dice:

1º "....."

2º "Conocer de las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o leyes, o por mal desempeño de sus funciones se promuevan contra los Jefes de Departamento Administrativos, el Contralor General de la República, *los agentes Consulares y Diplomáticos de la Nación...*".

(Subrayas fuera del texto).

"Siguiendo el texto del artículo en cita, no cabe la menor duda que el Gobierno colombiano, no podía ceder, bajo ningún pretexto, la

soberanía de la Rama Jurisdiccional, no importa que el posible hecho punible tuviera gran trascendencia para el Estado colombiano, entregando a un nacional con fuero amparado por la Carta a autoridades extranjeras para que lo juzgase, amén de la grave omisión de forma acto administrativo, que conlleva sanción de invalidez, a términos del inciso final del artículo 57 de la Carta Fundamental.

"No comparte este Despacho los respetables planteamientos del doctor Alfonso Bayona Martínez, en cuanto a la declaratoria de reo ausente del señor Jácome Lemus, por saberse donde se encuentra. Por lo tanto, lo conducente sería obtener la repatriación y una vez en territorio de la República proceder a indagarlo, o en su defecto dar aplicación a las normas que regulan las relaciones con las autoridades extranjeras (arts. 730 y ss. del C. de P. P.).

"Finalmente, estima este Despacho, por ser de suma importancia para hacer claridad en el presente asunto, recibir declaración jurada al señor Exministro de Relaciones Exteriores doctor Augusto Ramírez Ocampo, prueba cuya práctica solicito comedidamente, a fin de que explique las circunstancias que rodearon la toma de la decisión de renunciar a la inmunidad y a la ausencia de formal acto administrativo (Resolución, Decreto, etc.). En igual forma se solicita recibir declaración mediante certificación jurada al doctor Ramiro Andrade Terán Exembajador de Colombia en España y en la actualidad con fuero diplomático, sobre los mismos aspectos...".

6. *Aplicación de la ley penal.*

La legislación penal colombiana preceptúa:

Artículo 13. Territorialidad. La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional.

El hecho punible se considera realizado:

1. En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción.

2. En el lugar donde debió realizarse la acción omitida, y

3. En el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado.

Artículo 14. Territorialidad por extensión. La ley penal colombiana se aplicará a la persona que cometa el hecho punible a bordo de nave o aeronave nacional de guerra que se encuentre fuera del territorio nacional.

Se aplicará igualmente al que cometa hecho punible a bordo de cualquier otra nave o aeronave nacional, que se halle en alta mar, cuando no se hubiera iniciado acción penal en el exterior.

Artículo 15. Extraterritorialidad. La ley penal colombiana se aplicará:

1º A la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y la seguridad del Estado, el régimen constitucional, el orden económico social, la salud pública, la administración pública, o falsifique moneda nacional, documento de crédito público, papel sellado o

estampilla oficial, aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana.

En todo caso se tendrá como parte cumplida de la pena el tiempo que hubiere estado privada de su libertad.

2º A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa delito en el extranjero.

3º A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa en el extranjero delito distinto de los mencionados en el ordinal primero, cuando no hubiere sido juzgada en el exterior.

"....."

Esta preceptiva puede explicarse así:

a) Constituye irrefragable manifestación de soberanía mandar que toda acción u omisión delictivas cometidas dentro del territorio, entendido éste en sus máximas referencias, debe someterse a la ley penal colombiana, y a su administración de justicia (principio territorial o de territorialidad absoluto) siendo indiferente, por el llamado principio de equivalencia, que la conducta se inicie en el exterior y culmine dentro de nuestro país, o viceversa (art. 13-1, 2.3 del C. P.);

b) Lo relacionado con intereses jurídicos consustancialmente ligados a las condiciones básicas del Estado colombiano lleva a que, en caso de absolución o de pena de menor entidad, la justicia colombiana no la reconoce y se está a lo que diga la Rama Jurisdiccional de nuestro país en esta cuestión (art. 15-1 del C. P., principio real o de defensa);

c) La persona al servicio del Estado que goce de inmunidad según el derecho internacional y que delinca, cualquiera sea el delito presuntamente cometido, tiene un tratamiento similar al anterior. Colombia se reserva la plena efectividad de su pronunciamiento judicial, así al incriminado se le respete o desconozca la inmunidad que le asistía al momento de incurrir, obviamente que en el exterior, en la conducta delictuosa (art. 15-2, principio de personalidad o de nacionalidad absoluto ver además art. 16 del C. P.);

d) La persona sin inmunidad pero al servicio del Estado que incurra en delito distinto a los señalados en el artículo 15-1, si no ha sido juzgado en el exterior, entendiéndose, de una vez, lo que debe apreciarse por "juzgada", o sea conclusión definitiva de la averiguación, mediante sentencia absolutoria o condenatoria. Se relegan como ineficaces pronunciamientos de distinta característica, como sería, para aludir a ejemplos de la legislación vernácula, a autos inhibitorios que rechazan la apertura sumarial, cesaciones de procedimiento (art. 163 del C. de P. P.) y sobreseimientos (arts. 489 y 491 del C. de P. P.) (art. 15-3, principio de personalidad o de nacionalidad atemperado);

e) Al nacional que, de nuevo en territorio colombiano, sea sujeto activo de delito conminado con pena no inferior a dos años o por débajo de este quántum mediante acción promovida por el Procurador General de la Nación, siempre y cuando que no haya sido "juzgado" en

el exterior, tomada la expresión en el sentido institucional ya señalado (art. 15-5, principio de personalidad o de nacionalidad atemperado);

f) El extranjero, por fuera de los casos contemplados en el artículo 15-1 (delitos que implican condiciones básicas para la supervivencia del Estado colombiano), 2 (inmunidad) y 3 (servidor del Estado, pero sin inmunidad) a quien se impute delito que *de otra* manera perjudique a la Nación o a un nacional colombiano, siempre y cuando se sancione la conducta con pena privativa de la libertad no inferior a dos años y que no haya sido "juzgado" en el exterior, y se proceda a instancia del Procurador General de la Nación (art. 15-5, principio real o de defensa, por extensión); y

g) El caso del extranjero con acción delictiva sobre extranjero, que se encuentre en territorio colombiano, con sanción de pena privativa de la libertad no inferior a tres años, que no se trate de delito político y que solicitada la extradición no haya sido concedida (art. 15-6, principio de universalidad o de extraterritorialidad absoluta).

Del aspecto de la cosa juzgada o del *non bis in idem*:

Esta no se reconoce para los eventos determinados en los artículos 14, 15-1 y 2 del Código Penal. En los demás, es posible el mantenimiento de la absolución o la procedencia de la condena pronunciada por autoridad extranjera, así sea en cuantía menor o punición más benigna. En los casos exceptuados, las reglas que definen el concurso de sentencias (nacionales y extranjeras) se concretan a lo siguiente:

a) Prevalece la sentencia colombiana al punto que tiene imperio la condenatoria nacional sobre la absolutoria proferida en el exterior; y dentro de las de sanción, la de mayor gravedad, si es la nacional la que exhibe esta característica (ver además art. 16 del C. P.);

b) En todos estos tres casos de excepción (arts. 14, 15-1 y 2), "la pena o parte de ella que el reo hubiere cumplido en virtud de tales sentencias se descontará de la que se impusiere de acuerdo con la ley colombiana, si ambas son de igual naturaleza y si no, se harán las conversiones pertinentes" (art. 16, inciso 2º). Así se da aplicación al artículo 26 de la Constitución Nacional, advirtiéndose, como se deja anotado, que hay simplemente una preferencia de sentencias y una detracción de la pena en el caso de privaciones de libertad debidas a los fallos pronunciados.

Hay pues en juego aspectos de seguridad y existencia del Estado colombiano o de dignidad de representación internacional, que obligan a esta mayor severidad, debiéndose recalcar que el atributo de soberanía que implica el sometimiento a la ley y sentencias penales colombianas, no sufre restricciones ni tolera mengua ni decaimiento. Es irrestricta y de un efecto totalizante e insoslayable. En estos eventos los demás países, por lo mismo que tales conductas podrían tener para ellos una menor significación, no suelen presentar idéntico interés de persecución ni igual dureza de tratamiento. Colombia, en todo caso, parte del enunciado legal, plenamente explicable por las circunstancias dichas, de quedar satisfecha la protección de esos derechos de tan singular connotación, sólo con las decisiones de sus propios Tribunales.

7. La eficacia y alcance de la ley penal es uno de los temas de esta disciplina que, hoy más que nunca, readquiere características de suma importancia. El progreso de los medios de comunicación, que así como une al instante pueblos y traslada en la misma forma informaciones, también con la misma celeridad desplaza personas, delitos, problemas y consecuencias de la más variada índole; la necesidad de enfrentar idóneamente la protección de los intereses considerados fundamentales y comunes a toda sociedad, esté donde esté geográficamente ubicada; la coexitencia integrada de los países para asegurar la solución pacífica de los conflictos, por la aplicación del derecho; la urgencia de activar la lucha contra el delito y contra la impunidad; la justa e imprescindible correlación de soberanías y de las fuerzas estatales para lograr todos estos cometidos, explican por sí la significación y trascendencia de la cuestión. Hoy se vive una paradoja universal: A fuerza de estar próximos, contactados e interdependientes, nos confrontamos y desunimos. No hay, como fuera lo deseable, una unidad permanente de intereses, debidamente consolidada. Se forman constantemente grupos reunidos a base de un determinado propósito, pero así como surgen se resquebrajan o desaparecen. Transitoriamente nos aglutinan necesidades, agresiones, ideales, pero tan pronto se está en un bando se pasa rápidamente al contrario. Es un universo de vicisitudes y de encontradas posiciones. Todavía se juega, y en qué forma, a la soberanía hirsuta, que en ocasiones se confunde con vitales condiciones de supervivencia y que auspicia la lucha irracional, en la cual se justifican los medios por los fines, no distinguiéndose su carácter degradante e irreversible. Por eso unas veces se persigue con dureza las manifestaciones del delito (terrorismo, secuestro, narcotráfico, etc.) y otras se contemporiza con ellas y hasta se las protege y estimula. A pesar de todo, flota la necesidad de permanecer adheridos al compromiso internacional de luchar contra el crimen, máxime cuando éste ha perdido su lugareñismo y su relativa impotencia para universalizarse y representar una aterradora potencialidad de destrucción. La multinacional del crimen es otra verdad de nuestro tiempo y un producto del desarrollo material de nuestras sociedades que evolucionan no al amparo de la cultura, la inteligencia y la ética, sino al impulso de los instintos, la economía o la idea política. Lo que ayer juzgamos una innecesaria utopía legislativa (el principio de justicia mundial o de universalidad), que traducía en su óptima perspectiva la mayor oposición al crimen, así éste apareciese como lejano o de mediata repercusión, es hoy una fundamental exigencia, so pena de que si no se está integrado a ese conjunto o plan universal de acción, fácilmente se puede ser presa de los irreparables golpes del delito. Contemporizar con éste es labrarse la propia desgracia; pretender que éste sólo buscará lares ajenos, es propiciar su más rápida acción de contragolpe; imaginar que con la indolencia se aminorarán sus fuerzas, es volverlo más brioso y energizado; pensar, en fin, que así como aparece, casi que por generación espontánea, también se desvanecerá, es preparar su implantación definitiva e incuestionable.

De lo anterior se deduce, entonces, que no es extraño al procedimiento, especialmente cuando se trata de delitos que tienen ejecución en territorio nacional y en el extranjero, la simultánea actividad investigadora, ejercitable en uno y en otro lugar sin que, prematuramente,

se invoque la garantía fundamental del artículo 26 de la Constitución Nacional, que busca impedir el juzgamiento repetido por una misma conducta criminosa. Ya se ha advertido que investigar no es juzgar y que este último concepto representa la finalización de un proceso con sentencia. En el caso de pluralidad de procesos no se afecta el resguardo constitucional, pues propiamente éste va dirigido a impedir la multiplicidad de condenas sobre la base de un mismo comportamiento delictual, ya que es factible la pluralidad de la tarea averiguatoria, bien porque se ignore su coexistencia, bien porque las necesidades de evitar la impunidad o de proteger adecuadamente los intereses nacionales, impongan una concurrente instrucción, resolviéndose a la postre esta situación por la preferencia de lo realizado por las autoridades nacionales con exclusión de lo diligenciado por la jurisdicción extranjera (casos de los artículos 14, 15-1 y 2 del C. P.), con su pertinente detracción de pena, sin que esto prelación pugne con el citado artículo 26, pues éste tiene por punto de partida el atributo de soberanía que se expresa en reconocer como decisión primeramente reconocible la proferida por sus órganos con base en normaciones legales.

Hechas estas acotaciones, procede la Sala a darles aplicación concreta al caso de autos. Y es así, entonces, como puede aseverarse que la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer del comportamiento supuestamente delictuoso del señor Gustavo Jácome Lemus, puede apoyarse en dos factores determinantes de la competencia, sin que para ello sea óbice la tramitación que, por el mismo hecho, se adelanta en España, en virtud de la renuncia de inmunidad comunicada por el Gobierno colombiano.

Y esos dos factores son:

a) *La naturaleza de la infracción que se le imputa, la cual da paso a la aplicación del artículo 15-1 del Código Penal, pues las conductas contempladas en el Decreto 1188 de 1974 (hoy Ley 30 de 1986), merecen ser catalogadas entre los delitos contra la salud. El argumento de constituir un estatuto separado y la prohibición de establecer analogías para deducir competencias conforme al citado artículo 15, no resulta válido, porque si se repasa la razón de ser de su mención en el citado precepto, fácilmente se advierte que su intención no ha sido la de señalar que sólo los delitos que aparecen en el Código Penal bajo esos rubros, exactos unos y aproximados otros, pueden ser objeto de la previsión allí señalada. Basta, para estos fines, su asimilación. Es más, la no inclusión de algunas entidades delictivas, en tal ordenamiento sustantivo, obedece a simple factor de técnica legislativa pero no al reconocimiento de un divorcio definitivo entre sus dispositivos generales o especiales y ciertos grupos de normas que, por su extensión, su constante mutabilidad o por envolver aspectos de otra índole (contravencionales, etc.) demandan la conformación de un estatuto aparte. Así ocurre con la quiebra de los comerciantes y lo relacionado con los estupefacientes, para no citar sino los dos más visibles ejemplos. Cuando se dice que por fuera del Código Penal no existen delitos, se quiere significar que sus diferentes títulos consagran los* nomen juris *totales, a los cuales es necesario referenciar todas las actividades contempladas por la legislación, pues sólo así la* estructura *penal sustantiva responda a esta Nación integradora y unitaria, sin que sea dable*

acudir a la caprichosa teoría de los delitos "innominados", que equivaldría a reato sin específica área jurídica de protección. Por eso los delitos del estatuto nacional de estupefacientes, se incorporan a los delitos contra la salud pública. No está por demás comentar que las respectivas comisiones preparadoras del actual Código Penal, manifestaron, al momento de enfrentar estos dos tópicos, su conveniencia de elaborar reglamentaciones separadas pero manteniendo sí su parentesco con las figuras penales de la salud pública y el resguardo debido a los intereses patrimoniales económicos.

De otro lado, conteniendo el citado artículo una norma de tanta favorabilidad como la que implica la eventual detracción de la pena cumplida en el exterior, no conviene mantener ese pretendido deslinde, pues esta exclusión o siquiera su cuestionamiento, propiciaría un tratamiento restrictivo ajeno a la orientación benigna de nuestra Carta.

Pero también es dable deducir la hipótesis del 15-2. A este respecto se anota:

Primitivamente el mantenimiento de las inmunidades se identificaron con un absoluto atributo de soberanía. De ahí que personas que las ostentaran recibieran un cubrimiento tan intenso que su renuncia no era fenómeno atendible. Los intereses que suelen representar esas dignidades en el campo internacional y las vicisitudes que, por los mismos, deben afrontar y a las cuales se exponen, conducían indefectiblemente a mantener el juzgamiento en el país de origen. También se tuvo en cuenta para ello la reducida órbita que inicialmente comprendía. Pero las épocas han cambiado en tal forma que hoy abunda el número de personas y cargos protegidos por la inmunidad, aumento que, quiérase o no, conduce a un ingobernable desvío de funciones, y, también, al afán de concordar en el campo internacional, derechos absolutos. Por eso se ha llegado a la conveniencia o necesidad de abrir la posibilidad de renunciar en ciertos casos a la inmunidad de que goza, para la jurisdicción penal territorial, una determinada persona. Todo en aras de la integración internacional o para potencializar al máximo la lucha contra la impunidad, pues la delincuencia ha llegado a inimaginables infiltraciones a las cuales no es ajena la indebida protección estatal, o, por lo menos la aparición de un menguado interés por controlarla. De ahí la previsión de la ya citada Convención de Viena.

Pero esta renuncia a la inmunidad no implica la desaparición del vínculo que el representante diplomático tiene para con su país y la obligación de responder desde múltiples niveles (penal, disciplinario o político, etc.) ante sus propios Tribunales. El Presidente de la República, en ciertos casos de interés internacional o conveniencia nacional, puede levantar la inmunidad de su agente diplomático, pero esta disposición no comporta la pérdida de la competencia de los organismos judiciales ordinarios para conocer del hecho, simultáneamente, y resolver al término de las correspondientes averiguaciones y juzgamientos, la prelación o armónica coexistencia de las condenas proferidas, según la regla del artículo 15, incisos primero y segundo.

8. *Es cierto que inmunidad y fuero son aspectos distinguibles, pues es dable encontrar altos funcionarios que careciendo de la primera ostenten la segunda o que ninguna de estas dos características, pese a*

la significcción de su empleo, aparezcan o, como suele ocurrir, que la persona en favor de la cual se establece una exención de jurisdicción en el extranjero, esté aforada en su país de origen, pues resulta evidente que siendo tan notable su significación y tan trascendente los intereses a él confiados, su juzgamiento esté reservado a máximos Tribunales de justicia. Pero nada de éslo dice en favor o en contra de la tesis que posibilita la existencia independiente de procesos simultáneos, pues ésta tiene connotación y apoyo diferentes. En efecto, el artículo 15-3 del Código Penal, prevé la situación de empleado al servicio de Colombia, sin inmunidad, que a pesar de estar en condiciones de ser procesado en el extranjero, también lo debe ser en Colombia (art. 15-1), sin que para ello previamente se tenga que determinar su condición de aforado o no, pues en el primer evento conocerá el organismo judicial indicado expresamente para ello y, en el segundo aquél que corresponda según los criterios generales establecidos para determinar competencia. No es pues el fuero el que indica la retención de competencia por parte de Colombia, como tampoco, aunque suele ser más usual que así acontezca, el estar amparado por un factor de inmunidad porque con proceso en el exterior, o sin él, de todas maneras tiene que afrontarse el juzgamiento en el país representado, situación que se mantiene, por las razones ya apuntadas, así se produzca la renuncia de inmunidad y se abra paso la aplicación de la ley penal del territorio extranjero en donde se delinquió.

9. De ahí, entonces, que a pesar de la renuncia de la inmunidad, la Corte Suprema de Justicia mantiene su competencia sobre el señor Gustavo Jácome Lemus, porque era persona que *al momento de cometer el presunto delito contra la salud pública*, también gozaba de inmunidad. Lo sucedido posteriormente, según alternativas de la Convención de Viena, no modifica el vínculo procesal creado con la Corte Suprema de Justicia, ante la cual deben responder las personas a quienes la Nación y el derecho internacional les concedieron la inmunidad diplomática.

De donde, la competencia de la Corte, en esta Sala de Casación Penal, se evidencia mediante múltiples circunstancias influyentes en su determinación:

a) Porque el delito se inició en Colombia y se consumó en España. El principio de equivalencia da derecho, de manera simultánea, a las autoridades de una y otra parte para investigar y juzgar (arts. 13-1, 2-3);

b) Porque indiscutiblemente se trata de delito que atañe al interés jurídicamente protegido de la salud pública (art. 15-1);

c) Porque el señor Gustavo Jácome Lemus, al momento de ejecutar la acción de la cual se le sindica, gozaba de inmunidad (art. 15-3).

No hay, pues, motivo para resignar de una vez la competencia de la justicia colombiana porque mediante un mecanismo excepcional de derecho internacoinal se haya levantado la inmunidad para permitir un simultáneo accionamiento de la justicia, que busca preservar la función diplomática al indicar que su prestancia, poder y privilegios no son obstáculos para ser más severamente sometidos sus representantes a múltiple investigación. No es al momento de tomar determinaciones

que exigen resultados tanto en Colombia como en España y que la propia ley, armonizándose a cabalidad con los preceptos constitucionales, prevé para resolverlos justicieramente en favor de todos los intereses envueltos en el asunto, cuando se emitan, si a ello se llega, las sentencias pertinentes.

10. Como el traslado al Ministerio Público para conceptuar sobre la procedencia del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal se hizo bajo la consideración de no ser posible la simultánea existencia de dos procesos contra el señor Jácome Lemus, apreciación que según las razones expresadas por la mayoría de la Sala no viene al caso, debe entonces rechazarse la pretendida finalización de este proceso y ordenarse, como se hará, la continuación de la etapa sumarial.

Se continuará pues la averiguación y para ello se comisionará, por intermedio de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, a uno de sus jueces, para que éste perfeccione la averiguación en lo que es realizable en este país y solicite por intermedio de la Cancillería el envío de las diligencias realizadas en España, que aún se echan de menos y, se requerirá, igualmente, a los organismos internacionales de investigación que también tuvieron que ver con este caso, para que brinden la colaboración adecuada en orden a enviar la información que posean.

Conviene que el instructor realice el emplazamiento de rigor y dé cuenta de ello al señor Jácome Lemus, por intermedio de la Embajada de Colombia en España. Verificará todas las diligencias que sean necesarias y convenientes para realizar una efectiva y completa averiguación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, declara que no hay motivos para dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. La investigación debe continuar. Cúmplase a este respecto, lo señalado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Jaime Giraldo Angel, Con salvamento de voto; *Guillermo Duque Ruiz,* Salvó el voto; *Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.*

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente nos permitimos disentir de la mayoría de la Sala con relación a la competencia de la Corte para continuar conociendo del proceso penal que se adelanta contra el señor Gustavo Jácome Lemus por el delito de narcotráfico. Fundamos nuestro disentimiento en los siguientes puntos.

1. El Gobierno colombiano, por télex cifrado del 26 de diciembre de 1986, renunció expresamente a la inmunidad diplomática del señor Jácome Lemus como Segundo Secretario de la Embajada de nuestro país ante el Gobierno de España. El documento respectivo dice así textualmente:

> Señor Ministro: Tengo el honor de dirigirme a Vuestra Excelencia con el objeto de poner en su ilustrado conocimiento que el Gobierno de Colombia ha decidido hacer expresa renuncia a la inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ha tenido el señor Gustavo Jácome Lemus, Segundo Secretario de Embajada en esta misión diplomática hasta el día 22 del corriente mes (fl. 139 del expediente).

El fundamento de esta renuncia está consagrado en el artículo 32 de la Convención de Viena, que dice así:

> Artículo 32.
>
> 1. El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad conforme al artículo 37.
>
> 2. La renuncia ha de ser siempre expresa.
>
> (...)

Hecha esta renuncia por quien tiene competencia para ello según los cánones de nuestra Constitución Nacional, y de acuerdo con los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país, no se ve cómo ahora se le pretende negar eficacia jurídica, creando inclusive situaciones que pueden generar dificultades en las relaciones diplomáticas con las autoridades españolas.

Precisamente como consecuencia de esta renuncia la justicia española asumió la competencia para juzgar al señor Jácome Lemus por el delito de narcotráfico cometido en ese país el día 14 de diciembre de 1984, y lo vinculó al proceso que por este delito se estaba adelantando por el Juzgado de Instrucción 31 de Madrid.

Con miras a que la justicia española reconociera su incompetencia para vincular a dicho proceso al señor Jácome Lemus, su apoderado

solicitó al juez que adelanta la investigación que declarara la inmunidad diplomática de su defendido, petición que le fue negada por auto de julio 5 de 1985 (fl. 291). Esta providencia fue recurrida ante la Sección 5ª de la Audiencia Provincial, la que confirmó en todas sus partes por auto de junio 17 de 1986.

La actuación procesal adelantada ante las Cortes españolas en contra del señor Jácome Lemus que se encuentra incorporada al proceso que se sigue en esta Corporación, se puede sintetizar así:

Por auto de abril 17 de 1985, el Juzgado 31 de Instrucción Criminal de Madrid lo declaró procesado por el delito de tráfico de estupefacientes (fls. 295 y ss.).

Por auto de junio 14 de 1985 del mismo Despacho se negó la reposición de la anterior providencia, se cumplió el procesamiento de la violación de la ley de contrabando, y se le concedió el recurso de apelación (fls. 297 y ss.).

Por auto de junio 17 de 1985 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial se confirmó en todas sus partes el auto de procesamiento (fls. 286 y ss.).

2. Como la Corte Suprema de Justicia por auto de fecha marzo 11 de 1986 abrió investigación penal contra el señor Jácome Lemus, consideramos que se debe decretar la cesación de procedimiento, pues nuestro ordenamiento jurídico no permite que se sigan dos procesos por los mismos hechos y contra el mismo sindicado, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley, dentro de las cuales no está contemplado el caso en estudio.

En efecto, el numeral 3º del artículo 13 del Código de Procedimiento Penal dispone: "Artículo 15. La ley penal colombiana se aplicará: (....) 3. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa en el extranjero delito distinto de los mencionados en el ordinal primero, cuando no hubiere sido juzgada en el exterior".

El señor Jácome Lemus estaba al servicio del Estado colombiano cuando realizó los hechos que dieron origen a su vinculación al proceso penal, pero perdió su inmunidad diplomática por renuncia expresa que hizo de ella el Gobierno colombiano, y está siendo juzgado por la justicia española por razón de la comisión de este delito. Es obvio entonces que nuestro país sólo lo podría juzgar simultáneamente por la misma conducta, si el delito fuera uno de los mencionados en el ordinal primero del citado artículo 15.

Dicho numeral, en el que se señalan las excepciones a la prohibición de adelantar dos procesos contra una persona por el mismo delito dice así:

> Artículo 12. Extraterritorialidad. La ley penal colombiana se aplicará: 1. A la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y la seguridad del Estado, el régimen constitucional, el orden económico, social, la salud pública, la administración pública, o falsifique moneda nacional, documento de crédito público, papel sellado o estampilla oficial, aun cuando hubiere sido

absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana.

El delito de narcotráfico que se le imputa en este proceso al señor Jácome Lemus no puede considerarse entre los delitos contra la salud pública a que se refiere la norma transcrita, pues éstos están señalados en el Capítulo III del Título V del Código Penal, y allí no se encuentra incluido. Si el legislador de 1980 hubiera querido disponer que por este delito se pudieran adelantar dos investigaciones simultáneas, lo había incluido en dicho Capítulo, o en el numeral 1º del artículo 15 atrás transcrito, pues bien sabido es que el narcotráfico se tipificó como delito desde mucho antes de la reforma penal vigente en la actualidad. Las normas sobre competencia son de orden público y no pueden determinarse por analogía, mucho menos en el presente caso en que se pretende establecer una excepción al principio del *"nom bis in idem"*, la que sólo puede existir cuando la ley expresamente la prevea.

Y es que dicho principio está anclado profundamente en el principio de favorabilidad que consagra nuestra Constitución Nacional. Si la misma excepción que hace la ley en la forma transcrita parece que resquebraja este canon constitucional, ¿a qué título podría la jurisprudencia incluir dentro de estas excepciones otras conductas por considerarlas análogas a las que ella menciona? ¿Podría el juez colombiano en caso de que el señor Jácome Lemus sea absuelto por la justicia española continuar el proceso para condenarlo aquí, o en caso de que la pena que se le imponga no sea lo suficientemente gravosa de acuerdo con las previsiones de la ley colombiana, someterlo a una pena superior?

Son estas las razones que nos conducen a creer que ante la renuncia que hizo el Gobierno colombiano a la inmunidad diplomática que amparaba al señor Jácome Lemus, y al estársele adelantando por los hechos que motivaron dicha renuncia el proceso correspondiente por la justicia española, se debe disponer la cesación del procedimiento y el archivo de la actuación procesal.

Jaime Giraldo Angel, Guillermo Duque Ruiz.

INIMPUTABILIDAD

Es la intervención del jurado de conciencia en la audiencia pública, lo que hace variar las formas propias del juicio en los casos en que el procesado es inimputable

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

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*.

Aprobado Acta número 041.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a decidir sobre el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de julio de 1986, dictada por el Tribunal Superior de Villavicencio, que confirmó con algunas modificaciones, la de primera instancia, por medio de la cual condenó a *Adel Moreno Hoyos* a la pena principal de dieciocho (18) años de prisión por los delitos de *homicidio* y *hurto agravados*.

Hechos:

Estos sucedieron el día 23 de diciembre de 1983, en la Vereda de Caño Raya de la Inspección de Policía la Libertad, jurisdicción del Municipio de San José del Guaviare, cuando aproximadamente a las once y media de la mañana, Adel Moreno Hoyos le propinó 31 puñaladas al joven de 17 años, Germán Sánchez, con el fin de apoderarse del dinero que portaba este último.

Actuación procesal:

1. Iniciada la investigación, el 26 de diciembre de 1983 por el Juzgado Promiscuo Municipal de San José del Guaviare, se allegaron las pruebas tendientes a demostrar la materialidad del delito y la consiguiente responsabilidad de su autor, obteniéndose la confesión del procesado Adel Moreno Hoyos, quien pretendió calificarla mediante la legítima defensa.

2. Clausurada la etapa del sumario mediante auto de proceder proferido por el Juzgado Primero Superior de Villavicencio el 9 de junio de 1984, por medio del cual se llamó a juicio a Moreno Hoyos por los delitos de homicidio y hurto agravados, se tramitó en forma legal la causa convocándose a audiencia con intervención de jurado de conciencia.

3. Celebrado el debate público el 6 de septiembre de 1985, se puso a consideración del jurado dos cuestionarios, que en lo pertinente son del siguiente tenor:

Cuestión primera... "...*es responsable, sí* o *no*, de haber dado muerte con intención de matar, mediante el empleo de arma cortopunzante (cuchillo) para preparar, facilitar o consumar otro hecho punible, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los partícipes y con sevicia, a Germán Sánchez, según hechos ocurridos en la Vereda Caño Raya, Inspección Comisarial de Policía de la Libertad jurisdicción del Municipio Comisarial de San José del Guaviare, el día 23 de diciembre de 1983".

Cuestión segunda... "*es responsable*, sí o *no*, del delito de *hurto agravado*, según hechos acaecidos en la Vereda Caño Raya en la Inspección de Policía Comisarial de la Libertad, jurisdicción del Municipio de San José del Guaviare, el día 23 de diciembre de 1983, y contra los intereses de Germán Sánchez".

Es de anotar, que la audiencia pública se interrumpió por la petición de nulidad que hizo la defensa, argumentando la falta del examen psiquiátrico al procesado, prueba ésta que se había solicitado y ordenado oportunamente. Negada esta solicitud, se aplazó la audiencia mientras se practicaba dicho examen, el cual se obtuvo en el sentido de que Moreno Hoyos se "encontraba y se encuentra en capacidad de comprender sus actos".

En estas condiciones, la respuesta del jurado, por mayoría, fue para ambas cuestiones: "*Sí es responsable*".

4. Acogido el veredicto, el juzgado de conocimiento mediante sentencia de 25 de febrero de 1986, condenó a Adel Moreno Hoyos, a la pena principal de dieciocho (18) años de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio y hurto agravados, cometidos en concurso.

5. Surtida la consulta, el Tribunal Superior de Villavicencio, el 3 de julio de 1986, confirmó la sentencia de primera instancia, haciéndole algunas aclaraciones.

Demanda de casación:

Con fundamento en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, solicita el demandante se case la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, por haberse proferido en un proceso viciado de nulidad. Dos son los cargos en que apoya la censura:

El primero lo concreta en el examen psiquiátrico practicado al procesado en la audiencia; argumenta que éste ha debido realizarse en la etapa del sumario, conforme fue solicitado, mas no en el debate público.

El segundo lo remite a la errónea elaboración del cuestionario propuesto al jurado de conciencia en relación con el delito de hurto, pues considera que se vulneró el derecho de defensa al haberse inte-

rrogado por la denominación jurídica del delito contra el patrimonio económico en lugar de preguntarse por los hechos.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, impetra a la Sala, se desestimen los cargos formulados por el casacionista.

En relación con el primero, afirma que es legal que la prueba psiquiátrica se practique en la etapa del sumario o de la causa, dado que lo esencial es que en el proceso no quede duda respecto a la imputabilidad o inimputabilidad del procesado, sin que interese que esta prueba, formalmente, "haya sido un tanto tardía".

Respecto al segundo, afirma que es inocuo si se tiene en cuenta que en la audiencia los jueces de hecho, fueron ilustrados suficientemente sobre el apoderamiento del dinero que se le imputó a Adel Moreno Hoyos, y explica que aún para el lego es fácil comprender que reatos de tal índole siempre se relacionan con el apoderamiento de bienes ajenos.

Consideraciones de la Corte:

Primer cargo. Es la intervención del jurado de conciencia en la audiencia pública, lo que hace variar las formas propias del juicio en los casos en que el procesado es inimputable, pues en estos eventos el jurado no interviene mientras que en el caso de los imputables el veredicto popular es imprescindible.

Por tanto, es imperativo determinar en el proceso *si la persona a quien se le atribuye la autoría o participación en el delito se encontraba en capacidad de comprender la antijuridicidad del comportamiento y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, al igual que la relación causal entre su estado mental y su acción.*

Para lograr esa finalidad en el juzgamiento, la ley procesal penal dispone que se proceda al examen psiquiátrico del imputado tan pronto como se aprecie que por sus signos externos o cualquier otro medio, el procesado pudo haber actuado cuando se encontraba en incapacidad de comprensión su ilicitud; en consecuencia, si esta situación se presenta al inicio de la investigación o en cualquier momento en la etapa del sumario, impera la pericia psiquiátrica en esa oportunidad; pero si la posibilidad sólo aparece en la causa o en ella se advierte su omisión, es obvio que es en ese estado del proceso cuando debe ordenarse.

En uno u otro caso lo imperativo es que se practique el examen para que exista certeza en el proceso al momento de proferir el fallo sobre si procede la imposición de penas o de medidas de seguridad; por tanto, si ésta clase de prueba se realiza en el juicio, obliga a que la audiencia se lleve a cabo sin intervención de jurado, así el pliego de cargos se haya formulado por el trámite ordinario en que intervienen los jueces de hecho, pues innecesario sería la declaración de nulidad

por el enjuiciamiento en estas condiciones si en nada subsana la omisión y tampoco obvia que la convocatoria a la audiencia se haga sin jurado, por el contrario, ninguna consecuencia favorable al procesado se obtendría, a parte de la dilación que sufriría el fallo en perjuicio del imputado.

Ahora, si en el momento de celebrarse la audiencia pública, se advierte la falta del referido dictamen, la suspensión es legal, pues como se afirmó, lo fundamental es que en el proceso, *sumario o causa, se establezca aquel estado mental y si iograda la pericia se determine que se trata de un imputable, es obvio, que el llamamiento a juicio corresponde a la debida regulación legal y en nada se afecta el derecho de defensa, por el contrario lo que se ha hecho, es garantizar al máximo el debido proceso, resultando claro que carecía de realidad la posibilidad del estado de inimputabilidad.*

La irregularidad que arguye el demandante en relación con el aplazamiento de la audiencia, no puede ser fuente de nulidad, si se tiene en cuenta que el debate público se interrumpió antes de que se empezara la intervención de los sujetos procesales y que se prolongó únicamente lo necesario para que se practicara el examen psiquiátrico, el cual como se dijo perseguía garantizar el respeto a la legalidad del juzgamiento.

Como lo ha sostenido reiterativamente la Sala, para que pueda colegirse un vicio con carácter de nulidad constitucional es necesario que la irregularidad afecte las bases mismas del proceso, mas no, una simple informalidad como es la que pretende el demandante darle un alcance que no la tiene. En estas condiciones, este cargo no prospera.

Segundo cargo. La defectuosa confección del segundo cuestionario propuesto al jurado de conciencia, relacionado con el delito de hurto calificado, tampoco está llamada a prosperar. Como lo afirma el señor Procurador Delegado, no aparece como anfibológico o ininteligible, además en la audiencia los jueces de hecho fueron ilustrados suficientemente al respecto y aún para las personas que carecen de cualquier conocimiento legal, es fácil comprender que esta clase de delitos siempre se relacionan con el apoderamiento de bienes ajenos, máxime cuando el hurto atribuido a Moreno Hoyos concurría con el homicidio que sirvió de medio para el apoderamiento del dinero que portaba la víctima.

El veredicto que rindió el jurado, fue consecuencia de lo debatido en la audiencia y no como respuesta a un cuestionario que se presentara como aislado al juzgamiento público; del acta respectiva se determina que los hechos expuestos por los sujetos procesales que intervinieron se refirieron detenidamente al apoderamiento del dinero y en especial el defensor, quien explicó en múltiples formas porqué consideraba que no existía el delito de hurto, solicitando al jurado que se contestara negativamente el cuestionario por este delito; de ahí que no es posible entender que los miembros del jurado no hayan comprendido qué se preguntaba cuando en el cuestionario segundo se interrogaba por el hurto.

Así lo consideró la Sala en la sentencia por el Tribunal y por el Procurador Delegado, cuando se afirmó, que "...el empleo de esta

resión en el cuestionario por el delito de robo (refiriéndose a la islación anterior), no constituye el uso de una denominación jurídica, o más bien, al señalamiento de un proceder fáctico que todo el ndo lo entiende como el acto mediante el cual una persona despoja tra de algo que a esta última pertenece..." (Casación de 22 de rzo de 1983, Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero). l no existir razón jurídica alguna para modificar esta posición juris-idencial, impera concluir, que este cargo no prospera, pues el cues-nario atacado no quebranta las condiciones mínimas del juzgamiento.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación nal, administrando justicia, en nombre de la República y por autori-d de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, me Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, andro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

INIMPUTABILIDAD

La ebriedad es condición del sujeto que admite diversos grados y por su naturaleza e intensidad permite encuadres variados dentro del ordenamiento

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

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 41.

Vistos:

El Tribunal Superior de Cali en sentencia de julio catorce (14) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), confirmó integralmente la proferida por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, en la cual condenó a Raúl Grijalba a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión y a las accesorias de ley por el delito de homicidio. El procesado interpuso contra el fallo de segundo grado recurso de casación que fuera concedido por el *ad quem* y declarado admisible por la Corte. Presentada la demanda que se declaró ajustada a los requerimientos formales establecidos por el legislador y allegada la opinión del Ministerio Público, se procede a resolver lo pertinente en las presentes diligencias que, para los efectos legales consiguientes se declaran reconstruidas.

Hechos:

Ocurrieron el primero (1º) de enero de mil novecientos ochenta y dos (1982) en la ciudad de Cali (Valle), y, específicamente cuando Raúl Grijalba apuñaló por la espalda a Gustavo Zuluaga quien, como consecuencias de las graves lesiones sufridas falleció de manera inmediata (fls. 1 y ss.).

Actuación procesal:

1º La investigación fue iniciada por el Juzgado 19 de Instrucción Criminal de Cali que practicó varias diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos materia de la averiguación (fls. 1, C. de la Corte y 4 y ss. C. Nº 1).

2º El conocimiento de las diligencias se atribuyó al Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, y, concluida la etapa sumarial, el acusado fue llamado a responder en juicio por el delito de homicidio, con la especificación en la parte considerativa de la calificación de que concurría la circunstancia modificadora de responsabilidad penal prevista en

el ordinal 7º del artículo 324 del Código Penal, pues el autor del ilícito había actuado aprovechando las circunstancias de "desventaja, indefensión o inferioridad" en que se encontraba la víctima (fls. 92 y ss. C. Nº 1).

3º En mayo 24 de 1983 y por razón de las pruebas practicadas con posterioridad al auto de proceder, el departamento de siquiatría forense del Instituto de Medicina Legal examinó al encausado por petición de su defensor y en virtud de la embriaguez que se dijo padecía para el momento de los hechos, con el siguiente resultado:

"Examinado el sindicado, Raúl Grijalba, puede dictaminar".

"1º Que tanto en el momento actual como para el de los hechos, no presenta ni presentaba, trastorno mental o inmadurez psicológica, desde el punto de vista psiquiátrico forense, que le impidiera darse cuenta de la licitud o ilicitud de sus actos y/o determinarse en consecuencia".

"2º Que para el momento de los hechos se encontraba en un estado de embriaguez cuantitativa o normal" (fl. 138, C. Nº 1).

4º Tramitada la causa el 10 de abril de 1984 se celebró audiencia pública al transcurso de la cual el representante del Ministerio Público apoyándose en caso similar, pidió a los jueces del pueblo una respuesta afirmativa de responsabilidad por homicidio simplemente voluntario, por cuanto la ocodez del acusado le impedía conocer el estado de inferioridad de la víctima. A su turno, la defensa planteó al Tribunal Popular tres puntos de vista alternativos para que favoreciera al encausado con la justificante de la legítima defensa, con la circunstancia de la ira e intenso dolor prevista en el artículo 60 del Código Penal, o, con la declaratoria de su inimputabilidad para el momento de los hechos, pues, con relación a este aspecto afirma, tal decisión constituye una necesidad del plenario que consigna la estimable cantidad de licor que había ingerido con anterioridad hasta el punto de no recordar nada en su indagatoria acerca de lo acontecido.

Concluídas las intervenciones de las partes y la deliberación del jurado de conciencia, sus integrantes entregaron al presidente del debate el siguiente veredicto:

"Sí es responsable: Aprovechándose de la situación desventajosa en que se encontraba la víctima, pero actuó en estado de embriaguez".

El jure, igualmente firmó, los puntos de vista que por escrito le presentó el defensor de Raúl Grijalba (fls. 60, 67 y 69 C. Nº 2).

5º En abril 12 de 1984 el juez de primer grado acogió la determinación de los jueces populares, por estimarla claramente declarativa de responsabilidad en consonancia con los cargos del auto de proceder, y, por ser intrascendente el agregado de la embriaguez, ya que la misma, simple y de naturaleza voluntaria, para nada perturbó la sicología del autor del delito, que, por ello, resulta a su juicio plenamente imputable. Por ello, condenó a Raúl Grijalba a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión y a las accesorias de ley por el delito de homicidio agravado según el mínimo imponible en el artículo 324 del Código Penal por no concurrir circunstancias de agravación punitiva. Apelada

la decisión, fue aprobada en todas sus partes por el Tribunal de Cali (fls. 70 y 105. C. Nº 2),

La demanda de casación:

Al amparo de las causales 4ª y 3ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante concluye a través de tres cargos fundamentalmente que, la sentencia acusada se profirió en juicio viciado de nulidad y con apoyo en un veredicto contradictorio.

La censura consignada en el escrito sustentatorio del recurso extraordinario de casación que no se pudo allegar al expediente pese a los esfuerzos cumplidos en la etapa de reconstrucción del proceso, aparece reseñada por el Ministerio Público de la siguiente manera:

Causal cuarta:

Cargo primero: "Se acusa la sentencia por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad de rango constitucional, pues al haber el jurado estampado sus firmas tanto en el cuestionario formulado por el juzgado como en el escrito que les presentó el defensor, contentivo de las tres hipótesis, se incurrió en violación de las formas propias del juicio y de la garantía del debido proceso tutelada por el artículo 26 de la Constitución Nacional".

"Argumenta el censor que tal situación engendra una duda que impide saber con exactitud cuál fue la respuesta que realmente emitió el jurado. Se identifica el demandante, sin embargo de este planteamiento con el juez de derecho al reconocer que la veredicción es la escrita a continuación del cuestionario propuesto por el juzgado".

Cargo segundo: "Pretende el casacionista que se decrete por la Corte la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de la investigación, por cuanto el enjuiciamiento se debió proferir por homicidio voluntario y no por homicidio agravado, toda vez que el propio Fiscal del juzgado en el debate público se encargó de revelar el criterio del juez expresado en un caso idéntico lo que vinculaba necesariamente".

"El juez ya había admitido, dice el actor, en otro proceso que si el agente actuaba en estado de embriaguez no podía imputársele homicidio agravado por aprovechamiento de las condiciones de inferioridad de la víctima".

"Quiere ello significar —agrega— que a don Raúl Grijalba se le dio por el mismo distinguido funcionario un tratamiento diferente cuya explicación se encuentra en un principio en la realidad de que cuando él redactó y firmó el pliego de cargos no se había evacuado la diligencia de indagatoria ni practicado la prueba durante el juicio, pero que no se justificaba —ni se justifica— una vez surgida tal realidad y no de cualquier manera ni al azar sino justamente en el sagrado período del juicio criminal".

Causal tercera:

"Argumenta el demandante que al responder el jurado *'sí es responsable. Aprovechándose de la situación desventajosa en que se encontraba la víctima, pero actuó en estado de embriaguez'*, la veredicción

contiene dos conceptos diversos que se contraponen, pues la frase final, atendidas las alegaciones de las partes en la audiencia, las pruebas de la causa y la orientación culpabilista del nuevo Código Penal, reconoce la inimputabilidad del acusado o la afirmación de la responsabilidad pero por homicidio simplemente voluntario".

Respuesta del Ministerio Público y

consideraciones de la Sala:

Es claro como bien lo enfatiza la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal que, no le asiste razón al demandante, por las siguientes razones del orden jurídico y legal:

Respecto a la causal cuarta:

Cargo primero: Si el mismo censor como lo relieva el Ministerio Público, parte de la aceptación relativa a que la veredicción se concreta de manera exclusiva al texto que sirvió de apoyo a la sentencia atacada, carece de toda trascendencia el cargo y debe desestimarse.

Pero es más, si lo anterior no es suficientee, no puede olvidarse que, tal como lo consigna la propia acta de audiencia pública, la respuesta que los jueces del pueblo entregaron al presidente del debate luego de cumplidas las deliberaciones, no fue otra que la anotada y respaldada con su firma al final del cuestionario que se sometió a su consideración, quedando los manuscritos del jurado en los folios que recogen las proposiciones escritas de la defensa, como una clara y expresa determinación de rechazo a esos planteamientos.

Cargo segundo: Conforme al numeral 4º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, en la parte resolutiva del auto de proceder se debe señalar, como consecuencia de las consideraciones hechas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito pertinente el cual se determinará con la denominación que le de el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste se divida en capítulos... sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca.

En el presente caso al procesado se le llamó a juicio por el delito descrito y sancionado en el artículo 323 del Código Penal, en concordancia con el ordinal 7º del artículo 324 *ibídem*, anotándose en la motivación del auto de enjuiciamiento, con fundamentos de contenido lógico y jurídico, la presencia de la circunstancia calificante nacida del hecho de encontrarse la víctima para el momento de los hechos, en condiciones de inferioridad e indefensión que fueron aprovechados por el sentenciado.

Lo anterior indica que, el *a quo* al llamar a juicio a Raúl Grijalba en providencia que es ley del proceso, lo hizo por el delito de "homicidio", con lo que, en estricto rigor se ciñó a las prescripciones legales sobre la materia.

No sobra recordar que, la errada denominación jurídica del delito, alegada en este caso, se cumple en el auto de proceder que es el pliego de cargos que el Estado formula al acusado, cuando se da a los hechos una denominación legal que no les corresponde de conformidad con

la nomenclatura utilizada en el Código dentro del título o capítulo correspondiente y no cuando se califica la naturaleza jurídica de la participación de manera diversa a como lo considera el impugnante, como ocurre, precisamente en este expediente.

Ahora bien, conviene precisar por otra parte, que si la pretensión del censor se encaminó a sustentar el error invocado con fundamento en la prueba acopiada en la investigación, la Sala recientemente y de manera reiterativa ha concluido que tal forma de discurrir es antitécnica entratándose de los juicios en que interviene el jurado de conciencia, en los cuales, la valoración de los elementos de juicio en que apoya su decisión, es absolutamente libre y sometida a exclusivamente a los límites de su personal conciencia. Se observa aquí, en detrimento de la propia tesis del actor, que, para el Tribunal Popular no fue obstáculo la presencia de la embriaguez en el procesado para el momento de los hechos, pues, aceptándola, afirmó su responsabilidad de manera clara e inequívoca por homicidio agravado, con lo que, por otra parte, queda sin piso alguno la réplica de la defensa al apoyarse en otro caso distinto, donde el juez de derecho decidió en sentido diverso.

Respecto a la causal tercera:

Ha sido expresión doctrinaria de la Corte que la veredicción es contradictoria cuando contiene dos proposiciones, en una de las cuales se afirma lo que en la otra se niega, de modo que oponiéndose recíprocamente no pueden ser consideradas a un mismo tiempo verdaderas ni a un mismo tiempo falsas, lo que implica ausencia absoluta de decisión, de modo que la sentencia que en tales condiciones se profiera, carece del necesario fundamento.

La sentencia impugnada es, en este caso concreto, la inequívoca consecuencia del querer popular, que en el texto del veredicto se encaminó de manera clara y contundente, frente al desarrollo de la audiencia pública y de la realidad procesal, a relievar afirmativamente la responsabilidad del procesado en el delito materia del procesamiento.

Con lo anterior, no existe la menor duda, que los juzgadores de derecho procedieron en consonancia con el mandato contenido en el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, donde interviene el jurado de conciencia, el fallo que pone fin a las instancias se dictará de acuerdo con la voluntad de los jueces del pueblo respecto a los hechos sobre los cuales ha versado el debate.

Dispone igualmente el artículo 535 *ibidem*, que los jurados contestarán el cuestionario con un sí o un no; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas a las expresadas en el cuestionario, podrán señalarlo así brevemente en la contestación.

Respecto a la única cuestión planteada en el presente caso en cuyo contenido dentro del lenguaje que prescribe la ley se interrogó a los jurados por un delito de homicidio agravado en la persona de Gustavo Zuluaga, éstos no hicieron cosa distinta de proclamar la responsabilidad de Raúl Grijalba de manera unánime, resultando intrascendente la ratificación que hicieron de la indefensión de la víctima como circunstancia calificante del delito y lo relacionado con la ebriedad en

que se encontraba el acusado para el momento de los hechos, pues, en cuanto a lo primero tal situación aparecía descrita en detalle en el cuestionario, y, en cuanto a lo segundo, demostrado quedó en el plenario la naturaleza voluntaria de la embriaguez alegada por la defensa, la cual, no coloca al sentenciado dentro del concepto de inimputabilidad previsto en la vigente legislación penal.

Sobre este último aspecto es bueno precisar que *no es adecuado deducir idénticas consecuencias jurídicas para todo tipo de embriaguez y similares conclusiones respecto de todas las personas, pues, la ebriedad es condición del sujeto que admite diversos grados y por su naturaleza e intensidad permite encuadres variados dentro del ordenamiento.*

En desarrollo de lo anterior puede hablarse de embriaguez que ocasiona en el agente un trastorno mental que le impide comprender la ilicitud de su comportamiento cuya consecuencia jurídica es la imposición de medidas de seguridad; de la embriaguez de similares o superiores características provocada por el actor para la realización del hecho punible o para la ejecución de la conducta de la cual se derivó un resultado antijurídico previsible, ante lo cual será imputable y responsable por el dolo o la culpa en que se hallare respecto al hecho punible (cometido) en el momento de ubicarse en tal situación; y, de embriaguez voluntaria que no oscurece la conciencia y la voluntad del sujeto activo del ilícito que puede comprender la antijuridicidad de su proceder y autoregularse de acuerdo con tal comprensión, situación en la que, se está en presencia de un imputable al que cabe juicio positivo de responsabilidad con imposición de pena, radicando la diferencia solamente en la cantidad de sanción (circunstancias de agravación o atenuación, penas accesorias etc.).

En este caso, cuando el Tribunal Popular respondió afirmativamente sobre la responsabilidad de Grijalba *con la agregación "...pero en estado de embriaguez...", no hizo más que consignar una adición sin efecto alguno sobre el veredicto, aunque explicable si se tiene en cuenta que tal estado aparece como una realidad en el proceso, incluso en la peritación siquiátrica-forense en cuyo texto resolutivo se habla de la misma y se aclara que no tuvo la virtualidad de generar trastorno mental transitorio ni para el momento de los hechos ni para el momento del examen cumplido por el Instituto de Medicina Legal.*

No sobra agregar y ello constituye el punto de mayor importancia que el juez para tomar la decisión que corresponde frente a la analizada embriaguez, deberá atender los datos que arroje la investigación sobre la situación personal del sindicado para el momento de los hechos, para colegir, si de ello (circunstancias espacio-temporales etc.) se aprecia o no trastorno mental en el acusado, para en caso positivo, contar con el concurso de los respectivos galenos en la materia.

La investigación cuenta respecto del sentenciado con medios de convicción de señalado poder demostrativo, de los cuales es necesario concluir que, Grijalba, para el día 1º de enero de 1982 en actitud voluntaria y conscientemente dirigida a eliminar a Gustavo Zuluaga Hoyos, le agredió con arma mortal, determinándole lesiones de gravedad que de manera inmediata le ocasionaron la muerte. La forma como se armó

de cuchillo para el momento del suceso criminis, la actitud subsigui concretada en el instante en que aprovechando la indefensión d víctima le acuchilló por la espalda sin que tuviera la mínima opo nidad de repulsar el ataque, y, la subsiguiente conducta al desapar del escenario del crimen en reacción de fuga por el comportami realizado, son factores que, unidos, obligan la precitada conclus Este punto, lo refuerza sólidamente la peritación siquiátrica al desca que la obriedad alegada en el expediente, tuviera la virtualidad de a tar la conciencia del procesado, hasta el grado de no comprende antijuridicidad del hecho que se le atribuye, o, de comportarse en mismas condiciones.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque R Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jáco Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PENA. Ira

el caso de la ira, se ha sostenido invariablemente, que ello que atenúa la pena, no es el simple estado emocio- dentro del cual el agente actúa, sino la causa que lo era y que no puede ser otra que un comportamiento ajeno, grave e injusto

te Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y siete.

gistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

obado Acta número 42.

Vistos:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto el procesado *Nepomuceno Chaparro Mora* contra la sentencia de e septiembre de 1986 por medio de la cual el Tribunal Superior del strito Judicial de Bogotá, confirmó la dictada por el Juzgado Trece perior de esta ciudad, condenándolo a la pena principal de diez años prisión y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de micidio en la persona de Joselín Parra Rodríguez.

Hechos:

A eso de las nueve de la noche del 29 de septiembre de 1984, en mo- ntos en que Joselín Parra Rodríguez se retiraba de la cancha de o "Los Pijaos" del barrio Marco Fidel Suárez de esta ciudad, acom- ñado de su amante Blanca Cecilia Ruiz de Vanegas, fue agredido por sujeto Nepomuceno Chaparro Mora, propinándole una profunda chillada en la región del tórax anterior derecho, a consecuencia de cual falleció dentro de una buseta de servicio público en la que era nducido a un centro hospitalario.

Actuación procesal:

Practicadas las primeras diligencias, el Juzgado 52 de Instrucción riminal inició la investigación oyendo en indagatoria al sindicado, ortunidad en la que retractándose de lo afirmado en exposición ren- da ante funcionarios de la Policía Judicial, confesó la autoría del cho alegando haber obrado en defensa de su vida. Manifestó que ince o veinte días antes de los sucesos, el occiso lo atracó armado navaja automática, obligándole a entregarle doscientos pesos que n dicho fin le prestó su amigo Manuel Espinel, amenaza que repitió noche de autos cuando se encontraban los dos sentados en una mesa

de la cantina de la cancha de tejo tomándose una cerveza. Como protestara por el nuevo atraco de que era objeto, Joselín se levantó lanzándole una cuchillada que esquivó y de inmediato desenfundando el cuchillo que portaba se lo "mandó" al agresor sin darse cuenta si lo había herido, emprendiendo carrera hasta su casa seguido de varias personas (fls. 26 y ss. del expediente).

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Trece Superior de Bogotá calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio del procesado por el delito de homicidio voluntario, pronunciamiento impugnado por la defensa mediante el recurso de alzada, posteriormente desistido ante el Tribunal Superior (fls. 228 y ss. *ibidem* y 7 del C. del T. S.).

Concluido el debate público, el jurado de conciencia respondió por unanimidad el cuestionario único sometido a su consideración, en los siguientes términos: *"Si es responsable pero en estado de ira"*, veredicto acogido por el juzgado del conocimiento como simplemente afirmativo de la culpabilidad del acusado para condenarlo a la pena principal de diez años de prisión, descartando de antemano la existencia de la diminuente del artículo 60 del Código Penal, planteada por la Fiscalía y la defensa "en razón a que en el proceso no obra elemento de juicio alguno que indique que el procesado Nepomuceno Chaparro Mora fue objeto de una grave e injusta provocación por parte del occiso Joselín Parra Rodríguez; no existe en el plenario, prueba alguna atendible sobre la existencia de un comportamiento ajeno, grave e injusto, hacia quien reaccionó con cuchillo en mano y causó la muerte del occiso" (fls. 351 y 367 *ibidem*).

Apelado dicho fallo, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó sin ninguna variación mediante el que es objeto del recurso de casación, argumentando sobre el particular lo siguiente:

"En el evento examinado, evidentemente, como lo estimó el juez de primera instancia, la circunstancia diminuente reconocida por el Tribunal Popular no está apoyada probatoriamente como para deducirsela en el fallo de derecho. Basta con observar los principales testimonios allegados al proceso para inferir que el hoy Joselín Parra Rodríguez, en ningún momento provocó a Chaparro Mora para que éste hubiera reaccionado presa de un especial estado de ánimo que llegara a afectar sus esferas intelectivas y volitivas, o lo que es lo mismo, ningún comportamiento grave e injusto provino de Parra Rodríguez para desencadenar la ira en Chaparro Mora. Muy por el contrario, los deponentes advierten que los protagonistas centrales del hecho investigado rivalizaron jugando al tejo dentro de un ambiente normal, sin que entre ellos se hubiera dado nota discordante alguna. Téngase en cuenta lo asegurado por María Luisa Sanabria Ayala, quien explicó a la justicia, que Parra Rodríguez y Chaparro Mora '...jugaron medio palo mano a mano...', para seguidamente señalar que '...ahí no discutieron nada...', es decir, en el establecimiento público. En el mismo sentido depuso la declarante María Blanca Sanabria Ayala (fls. 139 y ss. c.o) quien pudo observar a Parra Rodríguez momentos antes de ser agredido".

"De otra parte, el hecho sobre el cual se quiso sustentar la configuración del estado de ira, relativo a que Parra Rodríguez, según Chaparro Mora, constantemente 'lo atracaba', nunca pudo probarlo éste último, a pesar de que citó dos personas que podían dar fe sobre tal aspecto, señores Misael Tovar y Manuel de Jesús Espinel, quienes aseveraron no conocer los incidentes relatados por Chaparro Mora" (fls. 44 y 45 del C. del T. S.).

Demanda de casación:

Con fundamento en la causal segunda de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia por haber sido dictada en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Afirma el censor que el jurado de conciencia al contestar "sí es responsable pero en estado de ira", aceptó la culpabilidad del acusado pero reconoció que el hecho había sido perpetrado en las circunstancias de atenuación específica del artículo 60 del Código Penal, conclusión a la que se llega basado en las alegaciones de audiencia pública y a los pedimentos que en tal sentido formularon el Ministerio Público como la defensa, veredicto desatendido por los juzgadores de instancia "con el argumento de no estar confrontado con la prueba recaudada".

Comentando las declaraciones rendidas por la dueña de la cancha de tejo, la esposa del sindicado, la compañera del occiso y las personas que conocían a los protagonistas de los hechos, según las cuales Joselín Parra Rodríguez aparecía como persona agresiva, prepotente e intimadora porque se embriagaba con la cerveza que le ofrecían los jugadores de tejo y "no gastaba nada", corrían rumores de que se dedicaba a atracar a las personas en compañía de otros sujetos; había tenido cuentas pendientes con la justicia y era dado a cargar armas, testimonios éstos que fueron leídos durante el debate público en el que además, se planteó la ira y el intenso dolor, opina que "todo ello fue tenido en cuenta por los miembros del jurado de conciencia para proferir su veredicto reconociendo la atenuante de la ira y el intenso dolor, pues como lo precisó el Representante del Ministerio Público, qué más injusta agresión que un atraco".

Agrega, que no es dable a los juzgadores de derechos desechar parte de la veredicción emitida sin haberla declarado contraria a la evidencia de los hechos, puesto que el jurado goza de autonomía en el reconocimiento de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado, según los claros términos del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, planteamiento apoyado en citas jurisprudenciales.

Termina solicitando casar la sentencia y dictar la que deba reemplazarla, rebajando a 40 meses de prisión la pena imponible al acusado.

Concepto del Ministerio Público:

La Procuraduría Delegada en lo Penal, remontándose a los orígenes históricos de la institución del jurado de conciencia critica la indiferencia con que ha sido tratado en el campo del derecho al punto de considerársele como un "intruso molesto".

"De ahí —agrega—, su poca estima en todos los niveles jurisprudenciales en los que sus decisiones son cuestionadas y muchas veces anuladas, so pretexto de ser un intérprete infiel de los hechos procesales".

Sin referirse a los hechos del proceso ni a los fundamentos de la impugnación, apunta que la persistente orientación doctrinaria y legislativa en esta materia ha sido la de cercenarle al jurado de conciencia la libertad de expresar frases aclaratorias en su respuesta "si juzgare que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario" al extremo de interpretar con estrechez dicha atribución hasta llegar a escindir lo inescindible: El veredicto.

Luego de otras consideraciones, afirma que "la controversia está pronta a culminar. Los partidarios de un jurado limitado a la afirmación o a la negación simples, impedido de manifestar sus propias convicciones, han ganado la partida. Ni la deliberación se les permitirá a estos falladores. Pero mientras llega el primero de julio, seguiremos sosteniendo la tesis de que el veredicto es uno solo en su esencia y que por tanto debe aceptarse o rechazarse en su integridad, sin que haya lugar a interpretaciones acomodaticias de los jueces en derecho, pues ellas rebasan la potestad que en estos casos les ha conferido la ley".

Estima que la demanda está llamada a prosperar y solicita casar la sentencia "dictando en su lugar una que acoja el veredicto en su integridad".

Consideraciones de la Corte:

El desacuerdo entre la sentencia acusada y el veredicto radica, según el actor, en que los juzgadores de derecho al interpretar la respuesta del jurado "si es responsable, pero en estado de ira", desconocieron la circunstancia diminuente de la responsabilidad allí reconocida con el argumento de que los hechos en que se fundamenta el estado emocional no tuvieron demostración en el proceso.

Debe reconocerse en verdad, que el fenómeno de la ira fue planteado por el Fiscal del juzgado en la audiencia pública solicitando del jurado que fuera reconocido, pedimento respaldado por la defensa; pero del contenido del acta que recoge lo sucedido en dicha diligencia, firmada sin ningún reparo por las personas que en ella intervinieron, se advierte que los jueces populares no fueron ilustrados sobre el sentido y alcance de tan calificada circunstancia aminorante de la culpabilidad, ni fueron informados respecto a los elementos estructurantes de la misma: Comportamiento grave e injusto por parte del provocador, realización del hecho por el provocado en estado emocional de ira o de intenso dolor, y relación de causalidad entre la provocación y la reacción del agente (Ver fls. 347 a 349 del expediente).

De ahí la razón por la que uno de los Magistrados aclaró su voto porque no se trataba "de la atenuante referida en el artículo 60 del Código Penal, sino de un simple agregado 'en estado de ira', cuya provocación grave e injusta no fue expresada por el jurado de conciencia, si (sic) planteada en audiencia, pues allí solamente se habló de la ira a

secas y obviamente esto no es planteamiento de la diminuente de responsabilidad, ni el pronunciamiento hecho por el jurado puede entenderse en tal sentido" (fl. 47 del C. del T. S.).

Se recuerda, que cuando el veredicto del jurado se concreta a una escueta afirmación o negación de la responsabilidad o contiene un agregado claro en sus términos, la labor del intérprete se facilita para acogerlo o desecharlo como fundamento inmediato de la sentencia (art. 519 del C. de P. P.).

La labor de interpretación se dificulta cuando la respuesta es incompleta o suscita perplejidad respecto de lo que en verdad quisieron expresar los jueces de hecho, evento en el cual, conforme a reiteradas enseñanzas de la Corte, se impone la necesidad de fijar su alcance acudiendo para ello al sentido literal de la contestación, a la realidad probatoria que emerge del proceso y principalmente a las alegaciones en audiencia pública, fuentes seguras y únicas para desentrañar y completar la voluntad del jurado sin que con tal proceder se cercene o desconozca la soberanía de que goza al decidir de acuerdo a su íntima convicción, sobre la responsabilidad o inocencia del procesado o de reconocer que el hecho se cometió en circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario.

En el caso sometido a consideración de la Sala, resulta que la circunstancia aminorante de la responsabilidad que ahora se reclama, no fue planteada en los alegatos que precedieron a la calificación del sumario, ni ella encuentra sustento en la etapa probatoria del juicio. Su reconocimiento fue propuesto en desarrollo del debate público, sin que el agente del Ministerio Público como la defensa que lo coadyuvó, se interesaran por ilustrar al jurado sobre su naturaleza y alcance a fin de que se pronunciara aceptándola o rechazándola; es decir, que en tema de tan connotada trascendencia para los intereses del procesado no contó el Tribunal Popular con la suficiente motivación, por lo que en la respuesta emitida se limitó a señalar que el hecho se había cometido "en estado de ira", sin precisar, como es natural, si ese estado emocional del agente fue provocado por comportamiento grave e injusto del occiso.

Y es importante, hacer esta distinción, porque si bien el jurado puede agregar a su respuesta afirmativa de la responsabilidad circunstancias que puedan modificarla, ese agregado debe tener un contenido jurídico. Y en el caso de la ira, se ha sostenido invariablemente que aquello que atenúa la pena, no es el simple estado emocional dentro del cual el agente actúa, sino la causa que lo genera y que no puede ser otro que un comportamiento ajeno, grave e injusto. Si así no fuera —ha dicho la Corte—, todo estado emocional o pasional habría de considerarse como aminorante de punibilidad, aunque tuviera el origen más innoble o antisocial. Por otra parte, es el jurado por regla general, el llamado a calificar la injusticia y gravedad de la provocación.

En cuanto a los antecedentes procesales, con los que se pretende acreditar el delito emocional, cabe anotar —como lo hicieron los juzgadores de instancia— que los testigos citados por el propio sindicado para demostrar el "atraco" de que había sido víctima días antes de los acontecimientos, manifestaron no constarles nada al respecto y que

conforme a la versión suministrada por la compañera de Parra Rodríguez, Blanca Cecilia vda. de Vanegas, en parte respaldada con otras probanzas la víctima no se encontraba armada ni provocó en forma alguna al procesado, por lo que éste tampoco fue objeto de grave e injusta provocación por parte de aquél.

De tal modo, que no conteniendo la respuesta del jurado, ninguna referencia a los elementos compositivos de la circunstancia aminorante que rebaja sensiblemente la punibilidad del hecho, porque los jueces populares no fueron ilustrados sobre la particular, y porque la provocación endilgada al occiso con los caracteres de gravedad e injusticia que exige el artículo 60 del Código Penal, tampoco tuvo demostración probatoria, mal podían los juzgadores de derecho al interpretar un veredicto incompleto en sus términos, suplantar la voluntad del jurado reconociendo una situación que no tuvo en mente reconocer, con las consecuencias jurídicas que reclama el censor.

Y es que esta específica circunstancia de atenuación punitiva, no opera por el simple hecho de que el agente haya actuado movido por la ira "pues el derecho solamente puede valorar positivamente las conductas humanas que tienen una motivación que las justifique, ya que si así no fuera, la diminuente tendría que ser aplicada a las personas irascibles que carecen de frenos inhibitorios que les permitan controlar su comportamiento en forma adecuada. De manera que no es la ira o el intenso dolor del agente lo que permite una rebaja de pena, sino la presencia de alguno de esos estados cuando ha tenido origen en un comportamiento ajeno, grave e injusto" (Casación de 3 de septiembre de 1985. Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo).

Volviendo sobre la posición doctrinaria de la Corte, en cuanto a la inocuidad del agregado "en estado de ira", cuando no surgen del proceso antecedentes probatorios que los justifiquen, expresó esta Corporación en casación de 27 de marzo de 1985, citada en la sentencia lo siguiente:

"En esa causa el cuestionario único fue respondido por los jueces de hecho, así: 'Sí 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 haya 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 ese estado síquico y su causa, en segundo. Esta ha de comprobar su eficacia de poder desencadenar aquél 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; aquél calificado comportamiento ha de ser su causa y basta 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 pueden ser intensos" (Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero).

Las anteriores consideraciones, ponen de manifiesto, que en el presente caso no puede afirmarse que el jurado hubiera desconocido la circunstancia aminorante a que alude el recurrente, no sólo porque es vaga e incompleta su respuesta, sino porque además de lo alegado por las partes y probado en el proceso, no aparece demostrado un comportamiento ajeno, grave e injusto por parte de la víctima que hubiera podido llevar al jurado a reconocer a favor del inculpado el estado atenuador que reclama el recurrente.

La respuesta del jurado es incompleta en su verdadero sentido o alcance, y el acervo probatorio no permite darle interpretación diferente a la que recibió por parte de los juzgadores de instancia.

No prospera la impugnación.

Decisión:

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida a nombre del procesado Nepomuceno Chaparro Mora, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. AUTO DE PROCEDER

Si en los procesos con intervención del jurado de conciencia se llegase a admitir como motivo de casación la nulidad del auto de proceder, sobre el argumento de que en esta providencia se cometieron errores en la apreciación de las pruebas, se estaría aceptando, aunque de modo indirecto, el ataque a la sentencia por violación indirecta de la ley, reclamo que según reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte no es de recibo en sede de casación

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 43.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Manuel Salinas* contra la sentencia de 28 de julio de 1986, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, al confirmar la del Juzgado Primero Superior, lo condenó a la pena principal de diez años de prisión, y a las accesorias de rigor, por el delito de homicidio.

Hechos y actuación procesal:

Los hechos origen de este proceso aparecen fielmente narrados por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"En las horas nocturnas del día viernes 31 de mayo de 1985, en el interior del establecimiento de cantina denominado 'La Machaca', ubicado dentro del plano urbano del Municipio de Salento (Quindío), el ciudadano Luis Roberto Sánchez Buitrago se encontraba libando algunas copas de licor, al tiempo que dialogaba animadamente con el propietario y administrador del local comercial, su amigo Walter Nieto Arboleda. En una de las mesas existentes en el sitio de diversión se encontraba también, Manuel Salinas, ingiriendo bebidas embriagantes. Aproximadamente a las diez horas y treinta minutos de la noche y, al parecer, cuando Nieto Arboleda se había retirado un poco del sitio donde conversaba con Sánchez Buitrago y momentáneamente se hallaba ocupado en alguna labor propia de su actividad, se escuchó (sic) detonaciones de un arma de fuego y Sánchez Buitrago cayó al piso, herido de muerte.

"Minutos después falleció en el propio teatro de los acontecimientos víctima de las heridas recibidas, en tanto que en la vía pública, y no muy lejos de este mencionado sitio, Salinas era capturado por las autoridades de Policía, cuando huía, llevando consigo un arma de fuego".

Por esos hechos se le formuló pliego de cargos a Salinas, providencia que no fue recurrida, rituándose entonces la causa con intervención del jurado de conciencia, el cual, por mayoría, declaró responsable a Manuel Salinas. El veredicto fue acogido por el juez, y en ambas instancias, se produjo la ameritada sentencia que es hoy objeto de impugnación extraordinaria, por parte del mismo defensor que intervino en el debate público.

La demanda:

Con apoyo en la causal cuarta de casación (art. 580-4 del C de P. P.) se acusa la sentencia de haberse proferido en un juicio viciado de nulidad constitucional.

Sustenta el actor que, por haberse violado el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal (norma que obliga a investigar sin discriminación los hechos y circunstancias que perjudiquen al procesado o las que lo favorezcan) se produjo el auto de proceder sin que obrara en autos una declaración creíble y/o indicios graves acerca de la responsabilidad del justiciable en el homicidio de Sánchez Buitrago. "Se profiere —dice— la providencia encausatoria, naturalmente con violación de las exigencias mínimas de responsabilidad señaladas en el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.

"Y sin estas exigencias precisadas por la ley, no puede tenerse auto de proceder válido, que abriera legítimamente el juicio.

"Es natural que si un proveído carece de requisitos legales, debe tenerse como inexistente, como inválido. Y sin auto de proceder válido, no puede seguirse en el proceso la etapa del juzgamiento.

"Al ser adelantado el juicio, sin auto de proceder legítimo, se violaron las formas propias del proceso, en cuestión de suma trascendencia, como es el pliego de cargos. Y esa infracción al debido proceso, constituye nulidad constitucional, por desconocimiento de la Carta, traída en el artículo 26".

Las pruebas que echa de menos el censor, son, en primer término "la prueba de guantelete de parafina", y, en segundo, el estudio de balística referente a si el proyectil hallado en el cráneo de la víctima, correspondía o no al revólver que le fue encontrado al procesado.

El resto del libelo acusatorio se dedica a criticar la prueba de cargo, y saca la conclusión de que no existía prueba para procesal.

Solicita, pues, la nulidad, y que la Corte "indique la parte del proceso que debe ser objeto de reposición".

El Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal empieza por observar que la demanda más parece contener un cargo por violación indirecta, dada la reapertura del debate probatorio que plantea.

Sin embargo, anota, la transgresión al mandato previsto en el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal (que, por concretar un "proceso inconcluso", generaría nulidad) es una afirmación que no consulta la realidad procesal, ya que, por el contrario, a casi la totalidad de las personas mencionadas en el expediente se les recibió testimonio "y el juez instructor tuvo el ciudado de formular a aquellas los interrogantes correspondientes a la especial condición modal evocada por Salinas".

"Así las cosas —finaliza— mal puede decirse ahora de un quebranto a las reglas básicas del juzgamiento para Salinas y que solamente se investigaron las condiciones de modo desfavorables al mismo si como se vio, la circunstancia exculpativa por éste aducida fue debidamente debatida en autos. Por tanto, más que injusto es falto a la verdad decir que se vulneró el principio de investigación integral que obliga el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal en este proceso contra Manuel Salinas".

Y en relación con la prueba de guantelete de parafina anota que "el proceso contó con suficientes elementos de juicio de índole probatorio que perfectamente subsanaron esta deficiencia, lo que, a juicio del investigador, no hizo necesaria su práctica. La prueba de origen testimonial, que aunque no muy abundante sí resulta seria, permitió conocer en autos que Salinas sí fue visto disparando el arma de fuego en la vía pública, y que huía con ella en su poder".

En consecuencia, pide no casar el fallo.

Consideraciones de la Sala:

Como se vio, la nulidad la hace consistir el recurrente, en que se dejaron de practicar unas pruebas, con violación a lo previsto en el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal, lo cual condujo a dictar auto de proceder sin prueba suficiente sobre la responsabilidad del procesado.

El artículo 335 citado dice:

> "Investigación tanto en lo desfavorable como lo favorable al procesado. El funcionario de instrucción deberá investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan o graven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la extingan o atenúen".

Pues bien: Cuando se alega nulidad (constitucional) por "falta de pruebas", es imprescindible, para no tornar inepto el reproche, demostrar el efecto determinante que los elementos de convicción cuya ausencia se censura, tienen en el fallo, bien para excusar de responsabilidad al procesado, ya para mitigar la misma.

La Sala dijo al respecto en sentencia del 4 de noviembre de 1980:

"Si para demostrar este quebranto se aduce que tales elementos de convicción tenían la virtualidad de cambiar sustancialmente la situación jurídica del procesado, de haber sido conocidos por el jurado o por el sentenciador, tendrían, entonces, que aportarse con la demanda las mencionadas pruebas para establecer con certeza si realmente

poseían la capacidad modificadora que se les atribuye, actuación imposible en casación que, por definición, no es un recurso probatorio.

"No obstante lo anterior, para fundamentar, en estos casos, la violación del derecho de defensa, ante la imposibilidad jurídica de aportar la prueba, es de recibo la afirmación de que una probanza no practicada era trascendente, siempre y cuando se logre acreditar que los datos que suministra el proceso conducen a esa conclusión".

Aquí el censor incumplió esa obligación lógico-jurídica, ya que se limitó a reiterar que no fueron practicadas las pruebas "del guantelete" ni la experticia balística sobre el proyectil encontrado en el cráneo del occiso, sin demostrar cómo y por qué su práctica afectaba decididamente la sentencia, tornándola absolutoria o simplemente más benigna.

En tales condiciones, el reclamo quedó trunco; y esta misma Corporación, dado el carácter extraordinario del recurso, no puede suplir dicha deficiencia, pues resultaría suplantando al actor e infringiendo, por sí y ante sí, el postulado propio de la casación de que es el impugnante quien debe marcarle a la Corte el derrotero.

No obstante, conviene señalar que las pruebas que echa de menos la acusación, resultaban intrascendentes de cara al haz probatorio del cual dispuso el juzgador para determinar la responsabilidad de Manuel Salinas. Sustancialmente dicho acopio probatorio está conformado por los siguientes elementos de juicio:

a) Indagatoria del señor Salinas, en la cual negó haber disparado el arma que le fue encontrada por la Policía al final de su frustrada huída del escenario factual. Explicó que este revólver fue lanzado por "el tercero" que corría, y que él lo recogió por su valor económico;

b) Reconstrucción de los hechos;

c) Testimonio de los Agentes de Policía Gonzalo Alzate Gómez, Jorge Enrique Piedrahita y Rubén Darío Pérez: El primero declaró que vio a Salinas cuando abandonaba la taberna donde se cometió el homicidio; que el procesado hizo un disparo al aire y emprendió la huída, siendo perseguido por él muy de cerca hasta que intervinieron Piedrahita y Pérez, quienes corroboran este aserto y agregan que le encontraron el revólver.

También el juez recepcionó la prueba "de descargo", configurada por las declaraciones de José Ferney López García y Luis Arlex Mazzo Cardona, solicitadas por el apoderado de Salinas más de dos meses después de sucedido el hecho.

Finalmente, en la audiencia pública fueron objeto de debate los puntos en pro y en contra del acusado, y especialmente los que conciernen a la falta de los dos peritajes mencionados, y a la probabilidad de que un tercero, no identificado, haya sido el autor de los disparos homicidas. Como destaca la Delegada, frente al ejercicio de la defensa del procesado, es diciente que uno de los miembros del jurado de conciencia emitió su voto negativo de responsabilidad, "por falta de pruebas" (fl. 132).

El segundo aspecto de la censura delata fácilmente que, para rehuir el reproche por la vía indirecta (art. 580-1 del C. de P. P., jurisprudencialmente vedado en materia de juicios con intervención de jueces de conciencia), el actor acudió a la causal cuarta de casación (nulidad), y, por este camino, controvirtió la valoración que del acervo probatorio (exactamente el mismo con base en el cual se dictó la sentencia) efectuó el juzgador en el proveído encausatorio.

Los siguientes apartes de la demanda confirman la veracidad del anterior aserto:

"Mi mandante fue enfático en afirmar que no hizo disparo alguno y que el revólver que le fue encontrado con ocasión de su captura lo recogió cuando otro sujeto que iba corriendo, lo tiró al suelo y él quiso apoderarse del arma pues sabe que tiene bastante valor... Ninguno de los que han declarado en este proceso afirma haber visto a Manuel Salinas que disparaba sobre Roberto Sánchez Buitrago y le ocasionara la muerte.

"Con esta ausencia de indicios graves de responsabilidad de Salinas, y sin que se tuviera una declaración que lo señalara, por haber sido visto, como autor de la muerte de Sánchez Buitrago, se profiere la providencia encausatoria, naturalmente que con violación de las exigencias de prueba mínima de responsabilidad señalada en el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal".

Al respecto debe recordarse que el pliego de cargos se incorpora a la sentencia en todo aquello en que ésta no le haga salvedad expresa; de ahí que, inevitablemente, el ataque al auto de proceder cobije igualmente al fallo. "Porque si, como ya se expresó —dijo la Sala en sentencia del 28 de abril último—, el auto de proceder se integra a las sentencias (en la parte no expresamente excepcionada) formando una sola unidad con éstas (las de primera y segunda instancias), obviamente que los errores censurables en el enjuiciamiento, por el hecho de haberlos acogido el sentenciador, también deben ser censurados en éste. No es posible un ataque de esta naturaleza contra el auto de proceder, que al mismo tiempo no implique también un ataque contra el fallo, que por haber acogido su fundamentación probatoria, integra con él un todo indivisible".

Entonces, si se llegase a admitir como motivo de casación la nulidad del auto de proceder, sobre el argumento de que en esta providencia se cometieron errores en la apreciación de las pruebas, se estaría aceptando, aunque de modo indirecto, el ataque a la sentencia por violación indirecta de la ley, reclamo que, según reiterada y pacífica jurisprudencia, no es de recibo en sede casacional, no sólo porque el jurado es autónomo y soberano en la apreciación de la prueba (sistema de íntima convicción), sino porque si tal censura prosperara, la Corte se vería obligada a declarar la contraevidencia del veredicto (alternativa reservada a las instancias), y, además, al tenor del artículo 583-1 del Código de Procedimiento Penal, tendría que dictar el fallo sustitutivo, en desacuerdo con la veredicción, incurriendo entonces la Corte misma en causal de nulidad (art. 580-2 ibídem).

Si, como dice el casacionista, el auto de proceder contra el señor Manuel Salinas *se dictó "con violación de las exigencias de prueba mínima de responsabilidad señalada en el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal", este hipotético yerro* in judicando *no puede generar nulidad, ya que no se atentó contra ninguna de las garantías consagradas en el artículo 26 del Código Constitucional.*

El cargo, pues, debe desecharse.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

NULIDAD. JURADO DE CONCIENCIA. Inhabilidad

La intervención de un empleado judicial como miembro del jurado de conciencia, además de inconveniente no alcanza a constituir siquiera una irregularidad, porque esta participación está vedada sólo a los funcionarios públicos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 042 del 23 de junio de 1987.

Vistos:

Resolverá la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Giovanny Pérez Tabares* en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el día diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), la que confirmó la de primer grado pronunciada por el Juzgado Octavo Superior de esta misma ciudad y calendada el cuatro (4) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986), que condena al enjuiciado a la pena principal de ocho años de prisión como responsable del delito de homicidio.

Actuación procesal:

El día veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos ochenta (1980), en la zona urbana del municipio de Pusagasugá, el sindicado Giovanny Pérez Tabares propinó a Alirio Barbosa Suárez unas heridas con arma cortopunzante, las cuales le ocasionaron la muerte. Por estos hechos, el Juzgado Setenta de Instrucción Criminal inició la correspondiente investigación penal mediante auto calendado el dos de diciembre de ese mismo año.

Practicadas las diligencias investigativas de rigor, el Juzgado Octavo Superior de Bogotá, declaró cerrada la fase sumarial con providencia fechada el treinta (30) de marzo de mil novecientos ochenta y uno (1981), procediendo luego a dictar auto el día veinticinco (25) de mayo del mismo año, en el cual llama a responder en juicio criminal al procesado.

El día once (11) de diciembre de mil novecientos ochenta y uno se celebró una primera audiencia pública de juzgamiento, la que concluyó con veredicto absolutorio del Tribunal Popular, acogido en primera instancia con sentencia de veinte (20) de enero de mil novecientos

ochenta y dos (1982), Corporación que declaró la decisión del jurado de conciencia contraria a la evidencia de los hechos.

Sorteado un nuevo jurado para la segunda audiencia pública, fueron escogidos los señores María Adela Ruiz, Héctor Salcedo Alvarez y Aminta Roa López, con quienes se dio comienzo a la vista pública el día diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), siendo ésta suspendida y reanudada luego el veintinueve (29) de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986). Al finalizar, el jurado declaró responsable al procesado con veredicto de mayoría, por lo que el Juzgado Octavo Superior dictó sentencia condenatoria el día cuatro (4) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986).

El defensor del sentenciado interpuso entonces el recurso de apelación en contra del fallo, y al sustentarlo solicitó la invalidación de la actuación a partir del sorteo de jurados, había consideración de que el señor José Héctor Salcedo Alvarez, quien sirvió el cargo, se desempeñaba como citador de un Juzgado Penal Municipal de Bogotá, al momento de su intervención en la diligencia de audiencia pública.

Al desatar el recurso, la Sala de decisión del Tribunal consideró que la causal de nulidad invocada no tiene fundamento legal suficiente, y por ello se abstuvo de invalidar la actuación, procediendo en consecuencia a confirmar la sentencia apelada.

La demanda de casación:

El defensor del sentenciado interpuso demanda de casación pretendiendo en ella la anulación del fallo y la reposición de la actuación a partir de la diligencia de sorteo de jurados de conciencia, por haberse incurrido en ese momento en una causal de nulidad que la entiende como de aquellas de desarrollo jurisprudencial, por haberse violado el principio del debido proceso.

Como fundamento de su alegación, dijo el defensor que siendo que el jurado Salcedo Alvarez se desempeñaba para la fecha de la audiencia pública como citador de un Juzgado Penal Municipal de Bogotá, no podía servir el cargo para el cual había sido sorteado, por prohibirlo en forma expresa el artículo 528 del Código de Procedimiento Penal. Confrontando las expresiones consagradas en el Decreto 250 de 1970 y en el 409 de 1971, concluyó el demandante que las prohibiciones para ser miembro del Tribunal Popular no se refieren exclusivamente a jueces y magistrados, sino también a los denominados "empleados judiciales" por la primera disposición citada.

En consonancia con lo anterior, concluye, la imposibilidad de desempeñar dos cargos con jurisdicción y competencia —jurado de conciencia y empleado judicial— y al realizar la actuación con desconocimiento de lo previsto en el artículo 528 del Código de Procedimiento Penal resulten viciados de nulidad supralegal.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, refiriéndose a la censura planteada, dice que la irregularidad anotada por el demandante carece de fuerza suficiente para anular la actuación. Como el

censor, interpreta los términos "funcionario judicial" y "empleado judicial" utilizados tanto por el Decreto 250 de 1970 como por el Decreto 409 de 1971 (Código de Procedimiento Penal), y concluye que en este último ya el legislador tenía clara la diferencia entre una y otra acepción, y por ello la prohibición para servir el cargo de juez de hecho debe referirse exclusivamente a magistrados y jueces (por ser ellos los "funcionarios"), no a los demás servidores de la Rama Jurisdiccional, a quienes no cobija el contenido del artículo 528 del ordenamiento procesal.

Por lo demás, anotó, la colaboración del empleado judicial que formó parte del Tribunal Popular prestó un servicio a la justicia y al propio enjuiciado, permitiendo la conclusión de la audiencia pública y garantizando la oportuna definición del proceso.

Consideraciones de la Corte:

El ataque formulado por el censor se basa en una pretendida violación de las formas propias del juicio, y el consiguiente desconocimiento del principio del debido proceso. Es verdad, que la Corte ha admitido como causal de anulación la inobservancia de las formas propias del juicio, derivada de la garantía constitucional contemplada en el artículo 26 de la Carta Fundamental. Empero, también ha sido recurrente la Sala al aclarar el alcance de este tipo de nulidades, como quiera que no cualquier irregularidad que se observa en el procedimiento está llamada a atacar el derecho a un debido proceso.

Las formas propias del juicio consagradas en la Constitución Nacional son aquellos requisitos, instancias o actuaciones que se contemplan en los ordenamientos procesales a fin de regular perfectamente el trámite de los asuntos sometidos a la jurisdicción, y diferenciar unas actuaciones de otras. Así, debe entenderse como una forma propia del juicio el necesario proferimiento de un auto de proceder en la mayoría de los asuntos penales, de un proveído de citación a audiencia para los menos, la obligatoria intervención de un jurado de conciencia para el juzgamiento de cierto tipo de delitos y la no intervención del Tribunal Popular en los demás, el trámite de dos instancias en la mayoría de los asuntos, etc.

A su vez, dentro de estos mecanismos del procedimiento que entrañan amplia diferencia entre un asunto y otro, existen algunas otras disposiciones que regulan, la recta tramitación de ellos, como es el caso del sorteo de jurados de entre una lista previamente elaborada, para aquellos procesos sometidos a veredicción del juez de hecho; la necesaria intervención de tres miembros en el Tribunal Popular durante todo el período que dure la audiencia pública sin que puedan ser sustituidos, etc. Estos puntos, aun cuando referentes a situaciones concretas, son también reconocidos como formas propias del juicio y por tanto, su inobservancia puede desembocar en la invalidación de la actuación surtida en contra de su propia regulación.

Existen, sin embargo, otra serie de regulaciones procesales cuyo desconocimiento no alcanza a vulnerar el principio del debido proceso; son efectivamente formas en la tramitación de un asunto, pero no son sustanciales, determinantes, ni de ellas depende el correcto procedi-

miento, sino que, siendo accidentales o simples garantías subsidiarias, su desconocimiento no puede invalidar lo actuado. De este tipo son, por ejemplo, el celebrar la audiencia pública en locales que no permitan la separación de las tribunas destinadas al fiscal, al defensor, a la parte civil y al juez en la forma como lo establece el artículo 557 del Código de Procedimiento Penal, pero la intervención de un empleado judicial como miembro del jurado de conciencia, además de inconveniente no alcanza a constituir siquiera una irregularidad, puesto que este grado de participación le está vedado es a los funcionarios públicos. Estas irregularidades, no son de mayor trascendencia y si bien es cierto que la ley las regula como situación ideal, no pueden considerarse como formas propias del juicio porque los vicios que acarrean no tienen reflejo procesal de ninguna naturaleza.

Cuando el señor José Héctor Salcedo Alvarez fue sorteado como jurado de conciencia para intervenir en la causa, no tenía aún la calidad de empleado oficial; es más, iniciada la audiencia con su oportuna presencia, carecía todavía de ella, la cual adquirió solamente el veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) con su posesión como citador de un Juzgado Penal Municipal de Bogotá. Con esta calidad, intervino en la continuación y terminación de la vista pública, sin haber manifestado ante el Juzgado Octavo Superior que se había vinculado como citador, aunque no existía causal para proceder a su reemplazo, porque como ya se expresó, el impedimento legal existe para los funcionarios, mas no para los empleados.

Ahora bien, *el cargo de citador de un Juzgado Penal Municipal, es de aquellos que el Decreto 250 de 1970 designa como de "empleados judiciales"; no es catalogado por esta normatividad como uno de aquellos que confiere la calidad de "funcionario", porque ésta la ostentan, exclusivamente, los Magistrados, Jueces y Fiscales, entre los cuales existen diferentes categorías, según se trate de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los Tribunales, o los Jueces Superiores de Circuito o Municipales. Esta distinción, delimitada y precisa, se consagró a nivel general, como norma de imperativo cumplimiento en el ámbito nacional en el mes de febrero del año 1970, cuando aún no había sido promulgado el Decreto 409 de 1971, contentivo del Código de Procedimiento Penal.*

Por su parte, el Decreto 409 de 1971 entró en vigencia el día primero de julio de 1971, esto es, más de un año después de promulgado el Estatuto de carrera judicial (Decreto 250 de 1970), y por ello, forzoso es concluir que para esta época regía ya plenamente la distinción entre empleados y funcionarios judiciales, la cual no puede ser desconocida por el propio legislador. El hecho de que el artículo 528 del actual Código de Procedimiento Penal haya copiado textualmente norma similar a la que regulaba el trámite de este asunto antes del Decreto 250 de 1970, no revela, como lo dice el censor en uno de sus escritos, que el espíritu de la ley haya sido el de ignorar esa clasificación.

Justamente, la conservación de la expresión "los funcionarios de cualquier categoría de la Rama Jurisdiccional", debe entenderse como la prohibición que rige para los magistrados, jueces y fiscales de servir el cargo de jurado, más no extensiva a los demás servidores de la Rama Jurisdiccional. Debe entenderse si que ni empleados, ni funcionarios,

en la situación ideal, deben ser designados como miembros del Tribunal Popular, pero cada uno por razones diversas. Para los primeros, su no inclusión en listas obedece a la necesaria protección a la adecuada marcha de la administración de justicia, porque su intervención en las audiencias públicas causará desmedro a su servicio, apartándolos del cumplimiento de sus labores por términos que serían mejor utilizados en el trámite de los asuntos sometidos a su cargo. Para los segundos, la razón adicional a ésta es la de apartar a quienes están llamados a proferir los fallos o conceptos, de su intervención como jueces de hecho para impedir que sus decisiones como tales se vean contaminadas de preconceptos y análisis como jueces de derecho amén de que resultaría incompatible su ejercicio de jurisdicción como funcionario y como miembros de un Tribunal Popular.

Los jueces y magistrados ejercen jurisdicción y competencia, no así los demás empleados de la Rama Jurisdiccional, quienes simplemente desarrollan labores de auxiliares de los primeros. Los empleados judiciales, en consecuencia, no están invadiendo órbitas a ellos prohibidas al actuar como miembros de un jurado de conciencia, ni están desempeñando simultáneamente dos jurisdicciones o competencias, y por tanto, su ayuda no puede entenderse como causal de nulidad supralegal como lo pregona el demandante.

El veredicto proferido por un empleado judicial, no tiene pues diferencia alguna con el que proviene de un particular que en la misma calidad ha intervenido en una diligencia de audiencia pública; es verdad que eventualmente puede el primero estar influido por algunos preconceptos del derecho, pero ello no hace invalidar su intervención, como tampoco se anula la audiencia de juzgamiento cuando ha actuado en ella un abogado o persona con conocimientos jurídicos. Por lo demás, en el caso estudiado el citador lo era de un Juzgado Penal Municipal, sin dependencia funcional alguna con el juez de la causa, sin interés alguno en las resultas del proceso, y sin subordinación jerárquica que pudiera trascender al proceso. Por ello, tampoco con esta irregularidad se ha causado violación al derecho de defensa, y se impone el rechazo del cargo.

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,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR

PRIMER SEMESTRE 1987

Págs.

AUTO DE PROCEDER.— Requisitos. *La jurisprudencia ha aceptado que cuando el auto de proceder está afectado de ambigüedad, que no permita comprender con claridad cuál es el cargo formulado, la actuación procesal es nula.* SENTENCIA. CASACION. 14 DE ENERO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Sincelejo, por medio del cual condenó a William Redondo Méndez, por el delito de Concusión. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.* 7

1º AUTO INTERLOCUTORIO. Sentencia.— *Debe llamarse la atención sobre el obligatorio y necesario cumplimiento de los requisitos procesales establecidos por los artículos 171 y 172 del Código de Procedimiento Penal. La forma material escogida es accidental, siempre y cuando de la lectura de la providencia se tenga una clara idea de cuáles son los hechos que se controvierten o investigan y cuáles los fundamentos jurídicos que llevan a la conclusión fundamental de la misma.* 14

2º DETENCION PREVENTIVA. Suspensión.— *El contenido del artículo 673 del Código de Procedimiento Penal obedece a un sentimiento liberal y profundamente humanitario, pero el legislador no ha consagrado una norma de carácter terminante, según la cual producidos los hechos fácticos en ella previstos, la orden de suspensión necesariamente se tiene que causar.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 14 DE ENERO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Pereira, por medio del cual sobreseyó en forma definitiva al doctor Arnoldo Ayos Guerrero, Juez 121 de Instrucción Penal Militar, denunciado por los delitos de Homicidio y Abuso de Autoridad. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 14

PREVARICATO.— *Para que se configure el delito de Prevaricato, es indispensable la conciencia del quebrantamiento de la norma por parte del agente.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 14 DE ENERO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual sobreseyó definitivamente a favor del doctor Ciro Alfonso Tovar Mosquera, Exjuez Cuarto Civil de esta ciudad denunciado por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.* 22

Pág.

JUSTICIA PENAL MILITAR. Competencia.— *La expedición de la Ley 30 de 1986 en nada afecta el procedimiento cumplido por la jurisdicción especial, por virtud del Decreto 1042 de 1984.* SENTENCIA. CASACION. 20 DE ENERO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Jorge Iván Zuluaga Orrego, como Infractor al Estatuto Nacional de Estupefacientes (Decreto 1188 de 1974). Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 25

PECULADO.— *Está dentro de la esfera del rudimentario conocimiento de todo juez, la apreciación básica de que los dineros recibidos por disposición de carácter oficial, no pueden ir a cuentas particulares, ni del juez, ni de nadie. Su consignación o entrega por ese mismo carácter, tampoco conforma los elementos propios y esenciales del contrato de depósito.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 27 DE ENERO DE 1987. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual sobreseyó en forma definitiva a la doctora Dinaccia Guevara Ocampo, Exjuez Promiscuo Municipal de Argelia y en su lugar la llama a responder en juicio criminal por el delito de Peculado. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 33

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor *Jaime Giraldo Angel.* 39

VIOLACION INDIRECTA. Técnica.— *Deja colegir la falta de técnica en su formulación el cargo dirigido a predicar un error de derecho en la valoración impartida por el Tribunal a un medio probatorio no sometido a régimen tarifario.* SENTENCIA. CASACION. 27 DE ENERO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de San Gil, por medio del cual condenó a Luis Mariano Caballero Pineda y Jorge Iván Bustamante Cano, por el delito de Extorsión. Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 40

INDULTO.— *Para efectos de la aplicación de la Ley 49 de 1985, debe establecerse si puede entenderse que el investigado es delito conexo con rebelión, sedición o asonada y si tal circunstancia se encuentra debidamente acreditada.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 2 DE FEBRERO DE 1987. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, que negó la petición de indulto y, en su lugar, dispuso la cesación de procedimiento con base en la Ley 49 de 1985, en relación con el delito de Fuga de Presos a Carlos Víctor Ortega Chincunque. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* 48

CONCUSION.—*Si se trata de la concusión por abuso del cargo o de la investidura no se requiere que el hecho sea ejecutado en desarrollo de la competencia funcional del agente del delito.* SENTENCIA. CASACION. 3 DE FEBRERO DE 1987. Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.* 54

EMPLEADO OFICIAL.— *El artículo 48 del Decreto 1660 de 1978 señala que los funcionarios y empleados nombrados en la Rama Jurisdiccional gozarán de estabilidad hasta la terminación del período correspondiente, principio que tiene salvedad en el artículo 49 del mismo decreto, en*

Págs.

cuanto en forma perentoria dispone que el nombramiento deberá declararse insubsistente en los casos señalados en el artículo 8º. AUTO. UNICA INSTANCIA. 3 DE FEBRERO DE 1987. Se abstiene de iniciar investigación contra los doctores Luis Ramón Garcés Herazo, Ely Gómez Ortega y Nicolás Rechara Simancas, magistrados del Tribunal Superior de Quibdó, denunciados por el doctor Juan Andrés Moreno Moreno. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 59

LIBERTAD PROVISIONAL.— *Frente al numeral 7º del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984, es competente para resolver sobre la excarcelación el funcionario que esté conociendo del proceso.* AUTO CASACION. 3 DE FEBRERO DE 1987. Concede libertad provisional a Santiago Monsalve González, condenado por el Tribunal Superior de Quibdó, por los delitos de Homicidio y Lesiones Personales. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 65

NULIDAD LEGAL.— *No constituye nulidad legal la omisión de la notificación del auto que declara cerrada la investigación, porque el legislador no la ha consagrado expresamente como causal de este género, y, solamente tendría la virtualidad de asumir la calidad del yerro alegado como vicio de carácter supralegal, en la medida que tal irregularidad constituya un factor determinante del fallo atacado en casación, como para pensar que, de haberse cumplido tal ritualidad el sentido de la sentencia hubiere sido distinto.* SENTENCIA. CASACION. 3 DE FEBRERO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Luis Carlos Gutiérrez Peña, por el delito de Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 69

COMPETENCIA TERRITORIAL.— *Sólo es posible recurrir a la vía de la colisión de competencias cuando en el proceso ya existe la prueba suficiente para determinarla.*

COMPETENCIA TERRITORIAL.— *La competencia a prevención regulada por la ley procesal penal en el artículo 42 constituye un trámite de excepción, que como tal, únicamente procede su aplicación para los tres eventos en él referidos, a saber: Cuando la infracción se cometió en varios lugares o en el extranjero o en sitio desconocido.* AUTO. COLISION. 10 DE FEBRERO DE 1987. Dirime la colisión de competencias suscitada entre los Juzgados Treinta y Seis y Sexto Penales del Circuito de Bogotá y Cali respectivamente. Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 74

1ª NULIDAD SUPRALEGAL.— *Aludir a un fenómeno de "calificación incompleta", para reflejar la misma, mediante la nulidad supralegal, en quebranto del debido proceso, es faltar a la entidad que se reconoce a este motivo de anulación y desentenderse del contenido de las piezas procesales.* 78

2ª CONCURSO.— *La adulteración dolosa de documentos públicos utilizados para la comisión de posteriores acciones delictuosas o para encubrir las cometidas, no conduce a la absorción de todos esos comportamientos en*

Pág.

una sola conducta criminosa, sino en la aparición indefectible del concurso delictivo. ... 76

3º NULIDAD.— *La falta de consideración de ciertos hechos o de algunas personas, delitos o procesados, ya en el sumario, ya en el auto de cargos o en las sentencias, no genera más que una irregularidad y la forma de remediarla es ordenar la expedición de copias o el aprovechamiento del duplicado, sin que constituya argumentación válida el abandono del sistema de la acumulación jurídica de penas o el desconocimiento de las competencias.* SENTENCIA. CASACION. 10 DE FEBRERO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga por medio del cual condenó a Pedro José Niño Ortiz por el delito de Concusión, ordena, además, la expedición de copias para continuar la investigación por el delito de falsedad. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 78

ACLARACION DE VOTO: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* ... 88

ACLARACION DE VOTO: Doctores *Guillermo Duque Ruiz y Edgar Saavedra Rojas.* ... 90

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor *Edgar Lombana Trujillo* (Conjuez). ... 92

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor *Leonel Olivar Bonilla* (Conjuez). ... 96

PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA.— *La aplicación indebida de una norma sustancial (en la hipótesis de violación directa) exige la no aplicación de la pertinente. Ello porque se trata de un error al escoger (este término traduce necesariamente una* pluralidad, *potísima razón para que se rechace el evento si se trata de un solo precepto) la norma en la cual halla ajuste el hecho imputado.* SENTENCIA. CASACION. 10 DE FEBRERO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Eriberto Castañeda Ramírez y otros por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.* 98

1º EXTRADICION.— *La extradición de extranjeros puede producirse existan o no tratados públicos suscritos con el país requirente. La extradición de colombianos sólo por solicitud de países que hayan suscrito Tratado con Colombia y los trámites administrativos que sea necesario realizar para darle cumplido desarrollo, están regulados en el Código Contencioso Administrativo (Decreto 001 de 1984). La Corte reitera esta posición en posteriores decisiones, como la de 24 de febrero y 2 del 13 de marzo de 1987.* CONCEPTO. EXTRADICION. 17 DE FEBRERO DE 1987. Expresa que en la diligencia de extradición del colombiano Eduardo Mera Mosquera, corresponde al Gobierno, de manera exclusiva y en forma absolutamente discrecional, decidir si accede a la petición o la rechaza. Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.* ... 105

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.* ... 117

Págs.

2º EXTRADICION.— *En el Tratado de Extradición celebrado con Estados Unidos, el procedimiento para el trámite de las solicitudes es exclusivamente administrativo, sin que se haya previsto ninguna participación de las autoridades judiciales de Colombia. La Corte reitera esta posición en posteriores decisiones, como la de 24 de febrero y dos del 13 de marzo de 1987.* CONCEPTO. EXTRADICION. 17 DE FEBRERO DE 1987. Expresa que en la diligencia de extradición del colombiano Eduardo Mera Mosquera, corresponde al Gobierno, de manera exclusiva y en forma absolutamente discrecional, decidir si accede a la petición o la rechaza. Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.* 105

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 117

PRESCRIPCION.— *Cuando la acción penal se encuentre prescrita, el único pronunciamiento que corresponde hacer, es el de su declaración.* AUTO. UNICA INSTANCIA. 17 DE FEBRERO DE 1987. No declara prescrita la acción penal en el proceso contra el doctor Eduardo Enriquez Maya, Intendente del Putumayo, por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Lisándro Martínez Zúñiga.* 128

CULPABILIDAD.— *No siempre resulta fácil establecer el elemento moral, empero la lógica penal enseña que es posible conocer la intención a través de los hechos realizados por el agente.* AUTO. UNICA INSTANCIA. 18 DE FEBRERO DE 1987. Llama a juicio al doctor Alaís Habid Molina exmagistrado del Tribunal Superior de Valledupar, como autor del delito de Abuso de Autoridad. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* 131

DETENCION ARBITRARIA.— *Lo que marca una rotunda característica del delito de Privación Ilegal de la Libertad es que si la detención de una persona se produce por acto abusivo de la potestad legal del empleado oficial para limitar la libertad de locomoción de una persona, dicho proceder prevalece, para efectos punitivos, sobre cualquier otro interés jurídico afectado.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 25 DE FEBRERO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Quibdó, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal al doctor Dagoberto Baquero Baquero Exjuez Promiscuo Municipal de Riosucio (Chocó), por el delito de Detención Arbitraria. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.* 138

NULIDAD INEXISTENCIA.— *Durante el desarrollo de un proceso pueden presentarse fallas procedimentales, algunas de las cuales generan nulidad o hacen que el acto sea inexistente, pero en ambos casos es necesario que las normas legales así lo dispongan, o que con ellas se violen seriamente los derechos de las partes. Las demás fallas deben ser subsanadas por el juez.* SENTENCIA. CASACION. 25 DE FEBRERO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Pasto, por medio del cual condenó a Gardenio Estrella Moncayo, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.* 146

Pág.

CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR.— *El Estatuto Penal Militar en sus disposiciones, como el de las demás leyes especiales, constituyen una nulidad sustancial con la normatividad común, pero respetando la naturaleza y fines de cada uno.* SENTENCIA., CASACION. 3 DE MARZO DE 1987. Casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al soldado Elkin de Jesús Restrepo Osorio, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 151

PARTICIPACION.— *Ante un caso de tránsito de legislación, la figura de la complicidad correlativa tiene oportunidad de ser aplicada en forma ultraactiva, con criterio de favorabilidad.* SENTENCIA. CASACION. 3 DE MARZO DE 1987. Casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior de San Gil, por medio del cual condenó a Alfonso Antonio Galvis González, Marco Tulio Rangel Herrera y Marco Antonio Duarte Pereira, por los delitos de Homicidio y Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 157

PREVARICATO.— *No toda omisión o irregularidad constituye prevaricato. Empero cuando la indolencia es acto consciente y causa inmediata en el incumplimiento del deber legal, la conducta no puede ser sino punible y de hecho sancionable.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 3 DE MARZO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Quibdó, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal a la doctora Muriel Miranda de Useche, Juez Noveno de Instrucción Criminal ambulante de esa ciudad, por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* 163

NARCOTRAFICO. PENA.— *En vigencia de la Ley 30 de 1986 por la cantidad y la calidad de la droga incautada, sin que se considere modificada la sentencia recurrida en casación y proferida en vigencia del Decreto 1188 de 1974, debe efectuarse un cómputo real de la sanción, por aplicación del principio de favorabilidad.* AUTO. CASACION. 10 DE MARZO DE 1987. Concede libertad incondicional a Campo Elías García Romero, condenado por el Tribunal Superior Militar por los delitos de Concusión e Infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* 169

PERITAZGO.— *Las conclusiones de un dictamen no son vinculantes para el juez. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, el juez está en libertad de acogerlas o rechazarlos expresando las razones de su decisión, sin que la valoración quede así librada sólo a su criterio.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 10 DE MARZO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó al doctor Alvaro León Benítez Acevedo Exjuez Tercero de Aduanas de esta ciudad, por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.* 172

CASACION. Técnica.— *La alegación simultánea de la violación directa e indirecta respecto a una misma disposición representa insuperable contradición e imposibilita el estudio de sus planteamientos.* SENTENCIA. CASACION. 11 DE NOVIEMBRE DE 1987. No casa el fallo del Tribunal

Págs.

Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Nazario Guzmán Donoso, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. 179

AUTO INHIBITORIO.— *Tratándose del auto inhibitorio no puede hablarse de la causal de recusación a que alude el artículo 78-4 del Código de Procedimiento Penal, cuando es el mismo funcionario que en determinado momento resolvió no abrir investigación y luego, en presencia de hechos nuevos, debe concluir si hay o no lugar a idéntica decisión.* AUTO. UNICA INSTANCIA. 17 DE MARZO DE 1987. Decide no iniciar investigación contra el doctor Gilberto Rodríguez Vargas, magistrado del Tribunal Superior de Aduanas, por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 183

CASACION. Admisión.— *La parte civil carece de interés para impugnar el fallo de segunda instancia a través del recurso extraordinario de casación, cuando no pretenda discutir el tema del resarcimiento de perjuicios.* AUTO. RECURSO DE HECHO. 17 DE MARZO DE 1987. Declara bien denegado el recurso extraordinario de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Ibis Jahir Cruz, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. 189

CONCUSION.— *El bien jurídico objeto de tutela en el delito de Concusión es el de la Administración Pública, por "abusar del cargo o de las funciones", no siendo, entonces, suficiente que el sujeto activo del comportamiento tenga la calidad de empleado oficial, sino que lo realice excediéndose en el ejercicio de sus actividades oficiales.* SENTENCIA. CASACION. 17 DE MARZO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Luis Eduardo Quintero Rincón, Alberto Motta Caballero y Roberto Grajales Durán, por el delito de Extorsión. Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Z.* 192

EMPLEADO OFICIAL. PREVARICATO.— *La excepción se convertiría en regla general si el nombramiento en un cargo de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, de quien no reúne los requisitos constitucionales y legales, pudiera ser por tiempo indefinido y no de manera provisional o interina.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 17 DE MARZO DE 1987. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, en cuanto se inhibió de iniciar investigación contra el doctor Gonzalo Chaparro Gómez, Juez Décimo de Instrucción Criminal de esa ciudad, en su lugar, dicta la orden de abrir el sumario. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 198

INJURIA.— *Con reiteración ha expresado la Corporación que no todo concepto mortificante para el amor propio, toda descortesía o falta de cultura, puede considerarse como imputación deshonrosa a la luz de lo dispuesto en el artículo 313 del Código Penal.* AUTO. UNICA INSTANCIA. 17 DE MARZO DE 1987. Se abstiene de iniciar investigación penal con-

Págs.

tra el doctor Benjamín Herrera Barbosa. Magistrado del Tribunal Superior de Tunja, denunciado por el delito de injuria. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. 204

NARCOTRAFICO.— *No era necesario que estuviera incluido en el cuestionario sometido a consideración del jurado, en los casos que conoció la justicia penal militar por tráfico de estupefacientes, el ingrediente normativo "...sin permiso de la autoridad competente...", porque éste va incorporado en el tipo. La Sala ratifica su posición anterior de septiembre 2 de 1986. Casación.* SENTENCIA. CASACION. 17 DE MARZO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a César Augusto Alarcón Cuéllar, por violación al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. 208

REVISION. NULIDAD.— *La revisión es un recurso extraordinario que sólo procede contra sentencias ejecutoriadas, teniendo en cuenta que su notificación sólo se perfecciona cuando se entera del contenido a todos los sujetos intervinientes.* AUTO. REVISION. 17 DE MARZO DE 1987. Decreta la nulidad de lo actuado, desde el auto que declaró admisible el recurso de revisión, en el proceso seguido a Hernán Quiceno Holguín, condenado por el Tribunal Superior de Armenia, por el delito de Fraude Procesal. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. 214

CASACION. Técnica.— *Es contradictoria y adolece de técnica la demanda de casación, en la cual se alegue violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea, al amparo del cuerpo segundo de la causal primera.* SENTENCIA. CASACION. 19 DE MARZO DE 1987. No casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, por medio del cual condenó a Samuel Vicente Rojas Duque como responsable del delito de Corrupción. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. 218

IMPEDIMENTO.— *La actuación que cumple el juez con base en la potestad disciplinaria no se origina en proceso alguno, su trámite es meramente incidental y por ello debe entenderse que el precepto 2º del artículo 39 de la Ley de Procedimiento Civil, cobarca este tipo de actuación y no permite la recusación.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 19 DE MARZO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se abstuvo de iniciar sumario contra la doctora María Derly Piñeros Olarte, Juez Cuarto Civil Municipal de Girardot, denunciada por los delitos de Falsedad, Prevaricato y Detención Arbitraria. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. 224

INDAGATORIA. PREVARICATO.— *La falta de ratificación bajo juramento del indagado cuando declara "contra otro", no constituye de por sí conducta típica de Prevaricato por Omisión, lo que no implica que hay ocasiones en que la conducta omisiva del juez puede, violar preceptos legales.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 19 DE MARZO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Tunja, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra la doctora María Antonia Cuevas Rodríguez, Juez 19 de Instrucción Criminal. Radicado en Moniquirá. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. 230

Págs.

SANCIONES DISCIPLINARIAS.— *El ordinal 3º del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil señala que es deber del juez prevenir, remediar y sancionar, por los medios que el legislador establece, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 20 DE MARZO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación contra la doctora Raquel Gamarra de Gamboa, Juez Promiscuo Municipal de Girón, denunciada por los delitos de Prevaricato, Falsedad y otras infracciones. Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 240

1º EMPLEADO PUBLICO. CAPTURA.- *El artículo 449 del Código de Procedimiento Penal contiene la expresa prohibición de privar de su libertad a un empleado público, mientras no concurra la previa suspensión decretada por la entidad o persona nominadora.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 24 DE MARZO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Valledupar, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal, por el delito de Detención Arbitraria, al doctor Francisco Javier Valle Mestre, Juez Segundo de Instrucción Criminal. Radicado en Aguachica (Cesar). Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* 245

2º DETENCION ARBITRARIA.— *De acuerdo al artículo 38 de la Ley 2ª de 1984, modificatorio del artículo 426 del Estatuto Procesal, en el delito de Favorecimiento de Fuga, sólo es procedente la citación de los sindicados a indagatoria, sin previa orden de captura.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 24 DE MARZO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Valledupar, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal, por el delito de Detención Arbitraria, al doctor Francisco Javier Valle Mestre, Juez Segundo de Instrucción Criminal. Radicado en Aguachica (Cesar). Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* 245

NULIDAD SUPRALEGAL.— *No hay desconocimiento del derecho de defensa, con el argumento de que en el auto de proceder se hizo referencia a un delito y se condenó por concurso homogéneo y sucesivo, cuando aún sin utilizar las fórmulas sacramentales, se ha determinado una variedad de objetos materiales en la realización de conductas diversas, pero de la misma naturaleza y con el mismo fin.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 24 DE MARZO DE 1987. No decreta la nulidad de segunda instancia proferida por esta Corporación, por la cual se confirmó lo que dictara el Tribunal Superior de Villavicencio condenando a Héctor Antonio Baquero, Juez Promiscuo Territorial de Barrancominas (Guainía), por el delito de Concusión. Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Z.* 251

* VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. *Tratándose de pruebas sujetas a la libre apreciación del juzgador como el testimonio, la pericia y el indicio no necesario, entre otras, no procede alegar error de derecho por falso juicio de convicción, porque en esta materia el ordenamiento procesal penal, deja a la discrecional apreciación del juzgador la valoración de tales elementos de convicción.* SENTENCIA. CASACION. 24 DE MAR-

Págs.

20 DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Hernando Russi Daza, por el delito de Falsedad. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. 284

INIMPUTABILIDAD.— *Una perturbación sicológica, así se acepte que pueda quedar comprendida dentro del término "trastorno mental" utilizado por el artículo 31 del Código Penal, no permite, por sí sola, deducir la inimputabilidad del sindicado, es indispensable que no le hubiere permitido al autor comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión.* SENTENCIA. CASACION. 25 DE MARZO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Ananías Moreno Villalobos, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. 262

PARTE CIVIL. PRUEBAS.- *El hecho de que el juez no haya decretado ni haya practicado oficiosamente las pruebas encaminadas a establecer el monto de los perjuicios ocasionados con la infracción, en nada afecta el derecho de defensa, ni el debido proceso.* SENTENCIA. CASACION. 25 DE MARZO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Didimo López Pineda, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel*. 257

PENA.— *Establecida la responsabilidad penal procederá el juez en caso de sujeto imputable a determinar la pena, para ello debe guiarse por las reglas establecidas en la ley, sin que le sea permitido proceder arbitrariamente en tal apreciación.* SENTENCIA. CASACION. 25 DE MARZO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Armenia, por medio del cual condenó a Servio Tulio Teherán Tovar, por los delitos de doble Homicidio en el grado de tentativa y Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. 273

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. Técnica.— *En la violación directa de la ley por aplicación indebida el error recae en la escogencia de la norma aplicable y el petitum de la demanda deberá contener la infirmación total o parcial del fallo y proponer la decisión que la Corte debe tomar en el evento, de que prospere el recurso.* SENTENCIA. CASACION. 24 DE MARZO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Anciazar Díaz, por Infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. 279

CASACION, Técnica.— *Es contrario a la técnica del recurso extraordinario alegar errores de hecho o de derecho, propios de la violación indirecta, en juicios en que interviene el jurado de conciencia, o tratar de desvirtuar con nuevas apreciaciones personales el juicio de convicción que sobre pruebas, no sometidas a tarifa legal, se han formado los funcionarios judiciales.* SENTENCIA. CASACION. 31 DE MARZO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Florencia, por medio del cual condenó a José Elber Jaramillo Hernández, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. 293

ACLARACION DE VOTO: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. 303

Pág.

VEREDICTO.— *A través del cuestionario que se somete a la apreciación de los jueces del pueblo, se les interroga para que respondan afirmativa o negativamente sobre la responsabilidad del procesado, con facultad para señalar circunstancias distintas a las que contiene el texto de la pregunta que se les formula y constituye imperativo lógico que también pueden desconocer los que se someten a su sereno análisis.* SENTENCIA. CASACION. 7 DE ABRIL DE 1987. Casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Buga, por medio del cual condenó a Heriberto Agustín López Sotelo, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 305

ALLANAMIENTO.— *Las fallas en la diligencia de allanamiento, como la falta del auto que la ordene, no pueden constituir causal de nulidad del proceso, ni existencia de la diligencia misma.* SENTENCIA. CASACION. 8 DE ABRIL DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Jorge Eugenio Pinilla y a Flor María Ramírez Huérfano, por violación al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 312

REVISION.— *El recurso extraordinario de Revisión tiene por finalidad remover la certeza procesal que impone la cosa juzgada y por ello se han señalado en la ley exigencias de imprescindible cumplimiento para la elaboración de la demanda.* AUTO. REVISION. 21 DE ABRIL DE 1987. Rechaza la petición para que se revise el proceso que, en contra de Jorge Eliécer Villarreal Prada, adelantó el Tribunal Superior de Bucaramanga, por el delito de Secuestro Extorsivo. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 320

LIBERTAD. COMPETENCIA.— *La Corte no tiene competencia para resolver sobre las peticiones de libertad, mientras decide un incidente de Recusación, salvo que, entre tanto, el procesado cumpla la totalidad de la pena que se le impuso en la sentencia.* AUTO. RECUSACION. 22 DE ABRIL DE 1987. Se abstiene de resolver sobre las peticiones de libertad de Antonio Ceballero, Carlos Mendoza Campo, Luis Alberto Orozco Gonzalez y Fernando Dedoya Hoyos, condenados en primera instancia por los delitos de Falsedad y Estafa. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Bravo Muñoz.* 323

PENA. Redención.— *Desaparecida la reincidencia como circunstancia agravante de la pena, la exclusión que consagraba la Ley 32 de 1971 para los procesados condenados con anterioridad, respecto de la redención de pena por trabajo o estudio, no tiene operancia.* AUTO. CASACION. 22 DE ABRIL DE 1987. Niega libertad provisional a Alvaro Hernández Colorado, condenado por el Tribunal Superior de Cali, por los delitos de Hurto y Extorsión. Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 329

SOBRESEIMIENTO TEMPORAL. Requisitos.— *No es requisito del auto de sobreseimiento temporal la precisión del cargo al procesado, ya que su esencia es provisoria.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 22 DE ABRIL DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Pereira, por medio del cual sobreseyó temporalmente, por segunda vez, al doctor Raúl

Págs.

Claro Carrascal, Juez Setenta y Uno de Instrucción Penal Militar, sindicado del delito de Falsedad. Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel*. ... 323

CONCURSOS. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA.— *La finalidad determina la adecuación típica. En algunos eventos se debe precisar también si la conducta medio era jurídicamente evitable o no; si lo era existirá concurso, en caso contrario, sobrevivirá solo la adecuación típica que materializa el fin que se propuso el agente; este último caso tiene como ejemplo la realización de una sola conducta, que viola dos bienes diferentes: la administración pública y la libertad individual.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 23 DE ABRIL DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio del cual residenció en juicio criminal al doctor Rubén Antonio Mateus Millán, reformándolo para fijarlos por los delitos de Prevaricato y Detención Arbitraria. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. ... 337

ACLARACION DE VOTO: Doctor *Jaime Giraldo Angel*. ... 349

CONSULTA. NULIDAD SUPRALEGAL.— *El hecho de no consultar oportunamente con el superior el sobreseimiento definitivo, decretado en favor de unos incriminados y la orden de archivo del sumario respecto a otros, en ningún caso genera nulidad de rango constitucional por desconocimiento de las formas del debido proceso.* SENTENCIA. CASACION. 27 DE ABRIL DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Aduanas, por medio del cual condenó a Luis Leonidas Mora Bielsa y Fernando Ruiz Castillo, como responsable de los delitos de Contrabando y Abuso de Confianza y Contrabando y Cohecho. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. ... 350

CASACION. Requisitos.— *Si se llegare a aceptar que los errores en la apreciación de las pruebas en que pudo incurrir el fuzgador en el auto de proceder, pudieran ser aducidos en sede de Casación como causales de nulidad de dicho auto, se estaría abriendo paso al ataque simultáneo, por violación directa e indirecta de la ley.* SENTENCIA. CASACION. 28 DE ABRIL DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Iván Vargas Laverde y otros, por los delitos de Falsedad y Estafa. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. 359

CASACION. Técnica.— *La técnica del recurso de Casación obliga no sólo a cuestionar los fundamentos del fallo o sus conclusiones, sino que debe mencionar y analizar las normas conculcadas, para que se establezca por el demandante la relación causal entre el cargo presentado y el quebranto de la ley sustancial.* SENTENCIA. CASACION. 28 DE ABRIL DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cartagena, por medio del cual condenó a Libardo José, Yamid Enrique Taborda Bohórquez y a Ignacio Cañavera Castro, por el delito de Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. ... 369

VEREDICTO.— *Cuando el veredicto es claro el juez de derecho sólo puede declararlo contraevidente si encuentra que no tiene respaldo probatorio,*

Págs.

ordenando la convocatoria del nuevo jurado. SENTENCIA, CASACION. 28 DE ABRIL DE 1987. Casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Samuel Yanquen Benítez, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.* 376

COMPETENCIA.— *No es el juez comisionado el que pueda fijar la competencia al funcionario de conocimiento.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 29 DE ABRIL DE 1987. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio de la cual llamó a juicio al doctor Luis Orlando Sosa Buenahora, Juez Superior de Aduanas de esa ciudad, por el delito de Prevaricato, en su lugar lo sobresee en forma definitiva. Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 381

REVISION.— *El recurso de revisión es exigente en sus presupuestos, porque se trata de ordenar o no el trámite que puede conducir a la remoción de la intangibilidad de la cosa juzgada y a desconocer las presunciones de veracidad y legalidad que asisten a todo fallo en firme.* AUTO. REVISION. 29 DE ABRIL DE 1987. Desestima el recurso de Revisión propuesto en el proceso que se siguió en contra de Carlos Hernán Fernández de Soto Arias por el Tribunal Superior de Cali, condenándolo por el delito de Estafa. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* . 387

REVISIÓN.— *Para que la prueba pueda ser tenida como "nueva", deberá ser física y realmente "distinta", "otra"; es decir, que provenga de una fuente concreta diversa. Premisa ésta, que admite especialísimas salvedades.* AUTO. REVISION. 28 DE ABRIL DE 1987. Niega la revisión de la sentencia, por medio de la cual el Tribunal de Medellín condenó a Jaime Nicolás Uribe Mazo, por los delitos de Acceso Carnal Abusivo y Corrupción. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.* 390

DOCUMENTO PRIVADO. CONCURSO.— *La exigencia o requisito del uso del documento privado falso para que pueda considerarse la infracción, no excluye la existencia o posibilidad del* concurso, *según los bienes jurídicos afectados y sólo se dirige este requisito a evitar que se sancionen conductas que podrían resultar inocuas.* SENTENCIA, CASACION. 30 DE ABRIL DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Manizales, por medio del cual condenó a José William Londoño Arenas y Jesús Antonio Sierra Pérez, por el delito de Falsedad. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* 397

ACLARACION DE VOTO: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 405

ACLARACION DE VOTO: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 407

ACLARACION DE VOTO: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.* 408

NARCOTRAFICO. JUSTICIA PENAL MILITAR.— *En la doctrina y la jurisprudencia se busca impedir la irretroactividad del procedimiento, sin que las reservas que se admitan se den en la sustitución señalada en el De-*

Págs.

creto 1043 de 1984, por el indicado en el Decreto 1290 de 1984. SENTENCIA. CASACION. 6 DE MAYO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Arturo Herrera Toro y absolvió a Faisal Antonio Valencia y Eduardo Antonio Loaiza Díaz, por Infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 411

NULIDAD LEGAL.— *Para que prospere el cargo a la sentencia por la causal cuarta de Casación, es necesario que el error en la calificación aparezca ostensible y manifiesto.* SENTENCIA. CASACION. 6 DE MAYO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Octavio Martínez Echeverry, por el delito de Estafa. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. 416

PRESCRIPCION DE LA ACCION. PRESCRIPCION DE LA PENA.— *El instituto de la prescripción de la acción penal puede operar en sede de Casación y únicamente el de la prescripción de la pena nace dentro del proceso cuando el recurso extraordinario de Casación resulta improcedente o siéndolo, los sujetos procesales aptos para interponerlo hacen uso de ese derecho o, si recurrido el fallo de acuerdo con las normas que rigen la materia y agotado el trámite respectivo, la Corte desestima la impugnación.* AUTO. CASACION. 6 DE MAYO DE 1987. Declara prescrita la acción penal respecto de los delitos de Homicidio y Lesiones Personales, en el proceso adelantado contra Alvaro Camargo Bernal y por los delitos que fue condenado en la modalidad culposa por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. 423

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL.— *Por la amplitud en la facultad que tiene el juez para determinar si es procedente el subrogado penal, es difícil, en términos generales, admitir que violó la ley en su decisión para negar o reconocer esa gracia.* SENTENCIA. CASACION. 7 DE MAYO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio del cual condenó a Alvaro Sogamoso Moreno, por el delito de Violación. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. 428

PREVARICATO.— *No incurre en Prevaricato el juez que en el trámite de un proceso civil suspendido en su tramitación por la recusación formulada, considera que el término sólo se reanuda cuando el funcionario se haya pronunciado con carácter vinculante, para manifestar si asume o no el conocimiento del asunto que le ha sido enviado.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 8 DE MAYO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual ordenó la cesación de procedimiento a favor del doctor César Julio Valencia Copete, Juez Veintinueve Civil del Circuito de la misma ciudad, por el delito de Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. 433

DEFRAUDACIONES.— *Entre los deberes legales impuestos al deudor prendario están los de propender por la conservación de los bienes pignorados, no pudiendo variar su lugar de ubicación "sin previo acuerdo escrito con el acreedor".* SENTENCIA. CASACION. 13 DE MAYO DE 1987.

Págs.

No casa el fallo del Tribunal Superior de Popayán, por medio del cual condenó a Juan y Darío Castrillón Valencia, por el delito de Disposición de bien gravado comprenda. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. ... 446

VEREDICTO. CASACION.— *En los procesos donde la base de la sentencia la constituye la voluntad popular, es inatendible la controversia sobre la prueba en sede de casación, pues se adentraría la Corte en el campo de la contraevidencia que, por disposición de la ley, es cuestión privativa de la jurisprudencia en el trámite de las instancias.* SENTENCIA. CASACION. 15 DE MAYO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Arturo Romero Gómez, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. ... 461

HURTO. EXTORSION.— *En el Hurto con violencia la víctima es despojada de lo suyo contra su voluntad, al paso que en la Extorsión entrega voluntariamente la cosa, aunque quebrantada por el miedo o la amenaza de un mal futuro.* SENTENCIA. CASACION. 20 DE MAYO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Miguel Angel Perdomo Vélez y Rodolfo Emilio Patiño Conde, por los delitos de Extorsión y Violación de Habitación Ajena. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. ... 465

PENA. Ira e intenso dolor.— *En el estado actual de la jurisprudencia, el veredicto con limitación literal bien podría servir de base para atemperar la responsabilidad en los términos previstos por el artículo 60 del Código Penal.* SENTENCIA. CASACION. 20 DE MAYO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Jesús Antonio Rodríguez Romero, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. ... 473

NARCOTRAFICO. CONCIERTO PARA DELINQUIR.— *El artículo 3º del Decreto 1060 de 1984, es una norma incriminatoria especial que contempla un concurso de conductas, que tiene como objeto material estupefacientes con el artículo 186 del Código Penal.* SENTENCIA. CASACION. 25 DE MAYO DE 1987. Casa la sentencia del Tribunal Superior Militar y señala la pena que corresponde a Luis Alfonso Torres Gaona, condenado por Infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. ... 478

COLISION DE COMPETENCIAS.— *El criterio del colisionante no puede limitar el del colisionado, porque de acuerdo con las leyes vigentes aplicables, impera a los funcionarios en conflicto, al igual que al encargado de solucionarlo, valorar las pruebas allegadas a la investigación y adecuar el supuesto fáctico a la descripción típica que corresponda.* AUTO. COLISION. 26 DE MAYO DE 1987. Dirime colisión de competencias entre los Juzgados Penales del Circuito Segundo y Veintitrás de Villavicencio y Bogotá, en su orden. Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. ... 489

CASACION. Intervinientes.— *La Corte en reiteradas decisiones ha dicho que,*

Págs.

para el trámite del recurso de Casación, lo que la norma quiso exigir fue una manifestación "escrita, expresa e inequívoca", morigerada esta concepción respecto del procesado, a quien debe aceptársele el empleo de palabras similares. AUTO. RECURSO DE HECHO. 27 DE MAYO DE 1987. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Tunja, por medio de la cual negó el recurso extraordinario de Casación, en el proceso adelantado contra Jairo Jiménez Mora, por el delito de Homicidio, en su lugar la Corte lo concede en el efecto suspensivo. Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 493

CASACION. MINISTERIO PUBLICO.— *La Corte entiende, conforme a la reglamentación legal del recurso de Casación, que no es posible para la Procuraduría Delegada en lo Penal, desistir del mismo cuando ha sido interpuesto por el Fiscal del Tribunal.* AUTO. CASACION. 27 DE MAYO DE 1987. Declara ajustada a las exigencias legales el escrito sustentatorio del recurso de Casación, interpuesto en el proceso tramitado en el Tribunal Superior de Montería, contra Jesús María Espitia Pacheco. Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* 496

SALVAMENTO DE VOTO.— Doctores: *Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga, Guillermo Dávila Muñoz y Jaime Giraldo A.* 498

CULPABILIDAD.— *El dolo debe irrigar toda la conducta en el delito. Si no se acredita plenamente esa intención de obrar contra derecho, el delito desaparece todas las veces que circunstancias de hecho determinen una conducta que engendra la creencia de que se está obrando justa y legalmente, es decir, de buena fe.* SENTENCIA. SEGUNDA INSTANCIA. 27 DE MAYO DE 1987. Confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, con alguna modificación sobre la punibilidad, en cuanto condenó a la doctora María de los Angeles Reina de Asuad, Juez Sesenta y Nueve de Instrucción Criminal de esta ciudad, por el delito de Prevaricato y la revoca para absolverla por el delito de Detención Arbitraria. Magistrados ponentes: Doctores *Edgar Saavedra Rojas y Jorge Carreño Luengas.* 503

SALVAMENTO DE VOTO.— (En relación con la absolución). Doctores *Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Edgar Saavedra Rojas, Guillermo Dávila Muñoz.* 523

SALVAMENTO DE VOTO. - (En relación con la condena). Doctores *Gustavo Gómez Velásquez, Jorge Carreño Luengas, Lisandro Martínez Zúñiga, Rodolfo Mantilla Jácome.* 521

COMPETENCIA POR CONEXIDAD.— *Al tenor del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal el conocimiento del proceso por los hechos conexos de Hurto y Encubrimiento, corresponde al juez de este último, por ser el de mayor jerarquía.* AUTO. COLISION. 3 DE JUNIO DE 1987. Decide colisión de competencias entre los Juzgados Penales del Circuito, Primero de Palmira Valle y Unico de Caloto (Cauca). Magistrado ponente: *Guillermo Duque Ruiz.* 524

Págs.

EXTRADICION. INEXEQUIBILIDAD.— *Al devenir un enfrentamiento de conceptos sobre las consecuencias de un fallo de inexequibilidad de la Corte que toca con la Extradición y se hace necesario determinar si la Sala de Casación Penal debe emitir concepto o abstenerse de hacerlo, la solución no está en acudir al auxilio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.* CONCEPTO. EXTRADICION. 3 DE JUNIO DE 1987. Se abstiene de emitir concepto en la solicitud de extradición de Rodolfo Donado Suárez, hecha por el Gobierno de los Estados Unidos. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* 527

SALVAMENTO DE VOTO.— Doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 549

LIBERTAD CONDICIONAL.— *No basta haber satisfecho el primero de los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal, sino, además, observar por lo menos conducta "buena".* AUTO. CASACION. 3 DE JUNIO DE 1987. Niega libertad provisional a Julio César Arias Lemus, condenado por el Tribunal Superior de Cali, por el delito de Acceso Carnal Violento. Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.* ... 561

PREVARICATO.— *La inadecuada costumbre de enviar el expediente al juez que se considera competente para que sea él quien decida sobre la libertad del detenido, cuando está próximo a vencerse el término que da la ley para ello, no configura un delito, pero sí una falta disciplinaria.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 3 DE JUNIO DE 1987. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Valledupar, por medio de la cual residenció en juicio criminal, por el delito de Prevaricato, a la doctora Yamile Aníbal de la Peña, Juez Séptimo de Instrucción Criminal de esa ciudad, en su lugar, la sobresee en forma definitiva. Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.* 564

PRUEBAS. Estimación legal.— *Establecida la legalidad en la adecuación de la prueba, corresponde al juzgador analizarla individualmente para luego proceder a compararla, mediante la síntesis, con todo el conjunto probatorio.* SENTENCIA. CASACION. 3 DE JUNIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Gonzalo Carreño Nieto, por el delito de Extorsión. Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* 567

USURPACION. PREVARICATO.— *El actual Código de Procedimiento Penal no regula los trámites o medidas específicos para los procesos que se adelantan por perturbación de la posesión sobre inmuebles, pero ante ese vacío es preciso acudir a las regulaciones civiles y sus procedimientos, sin que ante esa sola razón el juez incurra en el delito de Prevaricato.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 3 DE JUNIO DE 1987. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual sobreseyó en forma definitiva al doctor Luis Eduardo Mariño Ochoa, Exjuez Cuarenta y Siete de Instrucción Criminal de esta ciudad. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.* 574

CASACION. Admisión.— *Contra el auto de liquidación de perjuicios que es por naturaleza interlocutorio, así esté estrechamente relacionado con la*

Pág

sentencia, no tiene cabida el recurso de Casación. SENTENCIA. CASACION. 5 DE JUNIO DE 1987. Desecha el recurso de Casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a Gilberto Cubillos y Luis Fernando Jaime Rodríguez, por el delito de Estafa. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. ... 58

COMPETENCIA.— *Por la consagración de un fenómeno de competencia funcional y específica, considera la Sala que la designación y trámite de la investigación y juicio (penal y disciplinario) de los Jueces Laborales de los Circuitos de Buga, Cartago, Roldanillo y Tuluá corresponde al Tribunal de Buga.* AUTO. COLISION. 9 DE JUNIO DE 1987. Dirime colisión de competencias entre los Tribunales Superiores de Buga y Cali. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. ... 59

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY.— *Dentro del cuerpo segundo de la causal primera, por violación indirecta de la ley, no todos los medios pueden ser atacados durante la primera hipótesis de error de derecho.* SENTENCIA. CASACION. 9 DE JUNIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior Pamplona, por medio del cual condenó a Belisario Flórez Mantilla, por el delito de Acceso Carnal Violento. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. ... 599

COMISION. JUICIO.— *Durante el término probatorio de la causa la ley expresamente prohíbe a la Corte, Tribunales, Jueces Superiores y de Circuito, comisionar para la práctica de diligencia dentro de la sede.* AUTO. SEGUNDA INSTANCIA. 16 DE JUNIO DE 1987. Declara nulo lo actuado, a partir del auto que comisiona para la práctica de pruebas, en el proceso contra el doctor Pedro Nicanor González Manjarrés, Exjuez Sexto de Instrucción Criminal de Valledupar, condenado por el Tribunal Superior de esa ciudad, por el delito de Peculado. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. ... 605

EXTRADICION.— *En las solicitudes de Extradición de ciudadanos colombianos que formule el Gobierno del Perú, la Corte debe emitir concepto. cuando el ciudadano reclamado esté detenido cuando medie solicitud de detención provisional o puede lograrse su comparecencia personal.* CONCEPTO. EXTRADICION. 16 DE JUNIO DE 1987. Aplaza el estudio de la solicitud de Extradición, hecha por el Gobierno del Perú, en relación con Evaristo Porras Ardila. Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel*. ... 608

REVISION. NULIDAD.— *Si el procesado menor de 16 años no ha sido juzgado por la jurisdicción especial, no sería ese un hecho nuevo. que solo conduciría a la nulidad por vicios en el juzgamiento, aspecto que no contemplado como causal de Revisión.* AUTO. REVISION. 16 DE JUNIO DE 1987. Rechaza la demanda de revisión en el proceso contra el menor César Augusto Leguizamón Díaz, condenado por el Tribunal Superior de Bucaramanga, por el delito de Concierto para Delinquir. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. ... 613

Págs

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY.— *Frente a sentencias dictadas en procesos en que interviene el jurado de conciencia, no resulta admisible jurídicamente la pretensión de que se case el fallo por violación indirecta de la ley sustancial.* SENTENCIA. CASACION. 16 DE JUNIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Carlos Arturo Cambindo Olave, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. 617

CASACION. Requisitos.— *El Procurador General de la Nación puede ampliar la demanda que presenta el fiscal, pero no presentar una nueva.* SENTENCIA. CASACION. 17 DE JUNIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Tarcisio Osorio Vanegas, por el delito de Peculado y Falsedad. Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel*. 621

EXTRATERRITORIALIDAD.— *No es extraño el procedimiento, en el caso de un representante diplomático, cuando se trata de delitos que tienen ejecución en el territorio nacional y en el extranjero, la simultánea actividad investigadora en uno y otro lugar, sin que prematuramente se invoque la garantía del artículo 26 de la Constitución Nacional, cuando concursan los factores de la naturaleza de la infracción y el vínculo que tiene el agente para con su país.* AUTO. UNICA INSTANCIA. 17 DE JUNIO DE 1987. Ordena continuar la investigación adelantada contra el señor Gustavo Jácome Lemus, Segundo Secretario de la Embajada de Colombia en España, por el delito de Tráfico de Estupefacientes. Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 625

SALVAMENTO DE VOTO.— Doctores *Jaime Giraldo Angel y Guillermo Duque Ruiz*. 636

INIMPUTABILIDAD.— *Es la intervención del jurado de conciencia en la audiencia pública, lo que hace variar las formas propias del juicio en los casos en que el procesado es inimputable.* SENTENCIA. CASACION. 17 DE JUNIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio del cual condenó a Adel Moreno Hoyos, por los delitos de Homicidio y Hurto. Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. 639

INIMPUTABILIDAD.— *La ebriedad es condición del sujeto que admite diversos grados y por su naturaleza e intensidad permite encuadres variados dentro del ordenamiento.* SENTENCIA. CASACION. 17 DE JUNIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Raúl Grijalba, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. 644

PENA. Ira.— *En el caso de la Ira, se ha sostenido invariablemente, que aquello que atenúa la pena, no es el simple estado emocional dentro del cual el agente actúa, sino la causa que lo genera y que no puede ser otra que un comportamiento ajeno, grave e injusto.* SENTENCIA. CASACION. 23 DE JUNIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Nepomuceno Chaparro

Pág.

Mora, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas*. 65

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. AUTO DE PROCEDER.— *Si en los procesos con intervención del jurado de conciencia se llegase a admitir como motivo de casación la nulidad del auto de proceder, sobre el argumento de que en esta providencia se cometieron errores en la apreciación de las pruebas, se estaría aceptando, aunque de modo indirecto, el ataque a la sentencia por Violación indirecta de la ley, reclamo que según reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte no es de recibo en sede de Casación.* SENTENCIA. CASACION. 24 DE JUNIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Armenia, por medio del cual condenó a Manuel Salinas, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz*. 658

NULIDAD. JURADO DE CONCIENCIA. Inhabilidad.— *La intervención de un empleado oficial como miembro del jurado de conciencia, además de inconveniente no alcanza a constituir siquiera una irregularidad, porque esta participación está vedada sólo a los funcionarios públicos.* SENTENCIA. CASACION. 26 DE JUNIO DE 1987. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Giovanny Pérez Tabares, por el delito de Homicidio. Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. 664

INDICE ALFABETICO

PRIMER SEMESTRE DE 1987

A

ALLANAMIENTO. ... 312

AUTO DE PROCEDER. ... 7

AUTO DE PROCEDER. Requisitos. ... 7

AUTO INHIBITORIO. ... 183

AUTO INTERLOCUTORIO. Sentencia. ... 14

C

CAPTURA. ... 245

CASACION. Ministerio Público. ... 496

CASACION. Admisión. ... 585 189

CASACION. Intervinientes. ... 493

CASACION. Requisitos. ... 621 359

CASACION. Técnica. ... 369 293 218 179

CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR. ... 151

COLISION DE COMPETENCIAS. ... 489

COMISION. Juicio. ... 605

COMPETENCIA. ... 592 381

COMPETENCIA POR CONEXIDAD ... 524

COMPETENCIA TERRITORIAL ... 74

CONCIERTO PARA DELINQUIR. ... 478

CONCURSO. Delitos contra la Administración Pública. ... 337 78

CONCUSION. ... 192 54

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. ... 428

CONSULTA. Nulidad supralegal. ... 350

CULPABILIDAD. ... 503 130

CONCURSOS. Delitos contra la Administración Pública. ... 337

D

DEFRAUDACIONES. ... 446
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA. ... 337
DETENCION ARBITRARIA. ... 245 138
DETENCION PREVENTIVA. Suspensión. ... 14
DOCUMENTO PRIVADO. Concurso. ... 397
DICTAMEN PERICIAL. ... 172

E

EMPLEADO OFICIAL. Prevaricato. ... 198 59
EMPLEADO PUBLICO. ... 245
EXTORSION. ... 466
EXTRADICION. Inexequibilidad. ... 527 105
EXTRATERRITORIALIDAD. ... 625
EXTRADICION. ... 608

H

HURTO. Extorsión. ... 466

I

IMPEDIMENTO. ... 224
INDAGATORIA. Prevaricato. ... 230
INDULTO. ... 48
INEXEQUIBILIDAD. ... 527
INEXISTENCIA. ... 146
INIMPUTABILIDAD. ... 639 644 262
INJURIA. ... 204

J

JUICIO. ... 606
JURADO DE CONCIENCIA. Inhabilidad. ... 664
JUSTICIA PENAL MILITAR. Competencia. ... 28

L

LIBERTAD. Competencia. ... 323
LIBERTAD CONDICIONAL. ... 561
LIBERTAD PROVISIONAL. ... 65

M

MINISTERIO PUBLICO. Justicia Penal Militar. ... 411

N

NARCOTRAFICO. Pena. ... 208 169
NULIDAD. Inhabilidad. Jurado de conciencia. ... 664 78
NULIDAD LEGAL. ... 416 89
NULIDAD SUPRALEGAL. ... 251 78
NULIDAD INEXISTENCIA. ... 146
NARCOTRAFICO. Concierto para delinquir. ... 478

P

PARTE CIVIL. Pruebas. ... 267
PARTICIPACION. ... 157
PECULADO. Salvamento de Voto. ... 39 32
PENA. Ira. ... 651 273
PENA. Ira e intenso dolor. ... 473
PENA. Redención. ... 329
PERITAZGO. ... 172
PRESCRIPCION. ... 128
PRESCRIPCION DE LA ACCION. ... 423
PRESCRIPCION DE LA PENA. ... 422
PREVARICATO. ... 584 163 433 22
PROPOSICION JURIDICA INCOMPLETA. ... 98
PRUEBAS. ... 267
PRUEBAS. Estimación legal. ... 567

R

REVISION. Nulidad. ... 613 320 387 390 214

S

SANCIONES DISCIPLINARIAS. ... 240
SOBRESEIMIENTO TEMPORAL. Requisitos. ... 333

T

TECNICA. ... 369

U

USURPACION. Prevaricato. ... 574

V

VEREDICTO. Casación. ... 461 376 305
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. Condena ejecución condicional. ... 428
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. Técnica. ... 279
VIOLACION INDIRECTA. Técnica. ... 40
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. ... 599 617 284
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY AUTO DE PROCEDER. ... 658



FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
INDUSTRIA CARCELARIA

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial Penitenciaria de Colombia en el mes de junio de 1988.

BOGOTA, D. E., - COLOMBIA