REPUBLICA DE COLOMBIA

Sp. Circles

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLXXXV 1986

PRIMER SEMESTRE

SALA DE CASACION PENAL

BOGOTA, D. E., COLOMBIA - IMPRENTA NACIONAL - 1988

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

1986

SALA PLENA

Doctores FERNANDO URIBE RESTREPO, Presidente.
LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO 7, Vicepresidente hasta
Octubre 5 de 1986.

NEMESIO CAMACHO RODRIGUEZ, Vicepresidente. Inés Galvis de Benavides, Secretaria General.

SALA CIVIL

Doctores JOSE ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ, Presidente. Inés Galvis de Benavides, Secretaria.

MAGISTRADOS:

Doctores José Alejandro Bonivento Fernández.

Héctor Gómez Uribe.

Héctor Marín Naranjo.

Alberto Ospina Botero.

Guillermo Salamanca Molano - Eduardo García Sarmiento.

Hernando Tapias Rocha - Rafael Romero Sierra.

SALA PENAL

Doctores EDGAR SAAVEDRA ROJAS JORGE CARRENO LUENGAS, Presidente.
José Heriberto Velásquez Ramos Luis Guillermo Salazar Otero, Secretario.

MAGISTRADOS:

Doctores

Luis Enrique Aldana Rozo†.

Hernando Baquero Borda†.

Jorge Carreño Luengas.

Guillermo Dávila Muñoz.

Guillermo Duque Ruiz.

Gustavo Gómez Velásquez.

Lisandro Martínez Zúñiga.

Edgar Saavedra Rojas.

SALA LABORAL

Doctores NEMESIO CAMACHO RODRIGUEZ, Presidente. Bertha Salazar Velasco, Secretaria.

MAGISTRADOS:

Doctores

Rafael Baquero Herrera.

Nemesio Camacho Rodríguez.

Manuel Enrique Daza Alvarez.

Juan Hernández Sáenz.

Fernando Uribe Restrepo.

Germán Valdés Sánchez - Humberto de la Calle Lombana Jacobo Pérez Escobar.



SALA CONSTITUCIONAL

Doctores FABIO MORON DIAZ, Presidente.

Ricardo Correal Morillo - Betty Cuervo Zárate, Secretaria.

MAGISTRADOS:

Doctores Jairo Duque Pérez.

Hernando Gómez Otálora.

Fabio Morón Díaz.

Jaime Pinzón López.

RELATORES

Doctores Carmen Rosa Avella de Cortés - Sala Civil.

Hilda Leonor Cortés Gómez - Sala Penal.

Esperanza Inés Márquez Ortiz - Sala Laboral.

Miguel Antonio Roa Castelblanco - Sala Constitucional.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA PENAL

RELATORA SALA CIVIL

RELATORA SALA LABORAL

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL

Doctora: Hilda L. Cortés Gómez

Doctora: Carmen R. Avella de Cortés

Doctora: Esperanza I. Márquez Ortiz

Doctor: Miguel A. Roa Castelblanco

TOMO CLXXXV — BOGOTA. COLOMBIA — ENERO A JUNIO DE 1986 — NUMERO 2424

IMPEDIMENTO

La causal de impedimento contemplada en el numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, es transitoria y desaparece cuando se ha agotado el recurso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado: Acta número 012.

Bogotá, D. E., 18 de febrero de 1986.

Vistos

Cuando la causa adelantada contra Miguel Antonio Pinto, procesado por el delito de homicidio en Ana Ruth Parra, se hallaba en el Tribunal Superior de Villavicencio, en apelación de la sentencia de primera instancia, el doctor Carlos Gutiérrez Gómez, en su calidad de defensor del procesado, recusó por escrito a los doctores Alvaro Peñuela Delgado y Héctor Córdoba Espitia, integrantes de la Sala Penal del citado Tribunal, para que se

abstuvieran de conocer del recurso con fundamento en la causal de recusación del numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal: "Haber dictado la providencia de cuya revisión se trata".

Los honorables Magistrados en decisiones que obran en el proceso, no aceptaron la recusación propuesta y remitieron la causa a la Corte para decidir el incidente.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA

Actuación procesal.

El sumario contra Miguel Antonio Pinto, se adelantó en el Juzgado Primero Superior de la ciudad de Villavicencio en el cual actuaba como Juez el doctor Córdoba Espitia y como su Fiscal el doctor Alvaro Peñuela Delgado.

Llegado el momento de calificar el mérito legal del sumario, el doctor Córdoba Espitia, previo concepto de su Fiscal llamó a responder en juicio penal a Pinto Hernández por el delito de homicidio culposo. Recurrida esta decisión judicial, el sumario subió en apelación al Tribunal Superior de Villavicencio. Sucedió que mientras se tramitaba la segunda instancia, los doctores Peñuela Delgado y Córdoba Espitia, fueron designados magistrados de la Sala Penal de dicho Tribunal. Los dos funcionarios se declararon impedidos para conocer del sumario, y al ser aceptados sus impedimentos que surgían con toda fluidez y claridad por haber dictado la providencia, fueron separados del conocimiento y designados los correspondientes conjueces en su reemplazo.

Así integrada la Sala Penal de Decisión. sin la presencia de los magistrados impedidos, impartió la aprobación al auto de proceder, considerando el hecho punible como un homicidio simple.

Devuelto el proceso a la oficina de origen, siguió su curso normal y culminó la primera instancia con sentencia condenatoria, contra la cual se interpuso el recurso de apelación.

Cuando se tramitaba en el Tribunal la segunda instancia, el abogado defensor recusó a los Magistrados Peñuela Delgado y Córdoba Espitia, por considerar que desde el auto de proceder se hallaban impedidos y no podían intervenir en la revisión de la sentencia.

Estos hechos fehacientemente establecidos en el proceso, permiten expresar por anticipado a la Sala, que no existe causal alguna que impida a los funcionarios recusados, conocer de la causa.

Es verdad que los dos Magistrados se declararon impedidos para revisar el auto de proceder, porque ellos habían proferido la providencia objeto del recurso y no podían conocer de dicha decisión como funcionarios de segunda instancia. Aquí el impedimento era manifiesto.

La finalidad buscada por el legislador, al erigir en causal de impedimento, la contemplada en el numeral 7º del artículo 78 del Código de

Procedimiento Penal, no es otra que la de salvaguardiar al máximo la independencia con que los funcionarios deben resolver los asuntos sometidos a su consideración, porque en realidad ya han comprometido su criterio particular en la solución de un aspecto jurídico, que luego tendrían que revisar como jueces de segunda instancia.

Pero esta es una situación personalísima que desaparece, cuando la providencia que originó el impedimento, ya ha sido revisada por otro funcionario. En estas condiciones, el ámbito de este impedimento, se circunscribe única y exclusivamente al momento procesal en que se presenta y no puede constituir razón que imponga la separación del funcionario para el futuro. Sería una grave distorsión de la norma, declarar como lo pretende el abogado defensor que porque los Magistrados recusados estuvieron impedidos para conocer de la apelación del auto de proceder, lo estén ahora para revisar una sentencia, en cuyo pronunciamiento no intervinieron y cuando no existe razón alguna que pueda alterar su imparcialidad e independencia para conocer del caso sometido hoy a su consideración.

El simple tenor literal del artículo 17 del Decreto 1265 de 1970 nos dice que, el impedimento del Juez en relación con esta causal es transitorio y desaparece, cuando se ha agotado en su totalidad el recurso.

El jurista José J. Rodríguez, citado por el Magistrado Dante Fiorillo expresa, que en casos como el de estudio, no existe impedimento para el funcionario, "porque el principio de la doble instancia en los procesos penales se predica únicamente de las decisiones que son apeladas o consultadas y no respecto de la totalidad del expediente, por tanto es evidente que el doctor X no va a emitir concepto sobre el auto de proceder dictado por él (causal 7ª), sino sobre otra providencia, diversa por completo de la anterior y proferida además por otro funcionario". (CSJ, agosto 5/80).

Idéntico fue el modo de pensar de esta Corporación, cuando en providencia del 14 de agosto de 1980, con ponencia del honorable Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez, se dijo:

"La intervención de un conjuez o de un Magistrado que sigue en turno al impedido o recusado, suele ser transitoria. Así se desprende de la interpretación que corresponde al artículo 17 del Decreto 1265 de 1970.

"Sobre esta base conviene analizar el caso que cuestiona el censor. Así se tiene que el S. M. no podía intervenir en la revisión de su propia providencia, o sea la sentencia proferida con base en la veredicción pronunciada por el primer jurado de conciencia. Era el único motivo de su separación, ya que su participación en otros actos judiciales (audiencia pública) no daba lugar a ella. Ahora bien, como la nueva sala de decisión penal del Tribunal (Magistrados S. G. y O.) resolvió declarar la contraevidencia, lo cual terminaba el curso o la instancia, la actuación subsiguiente de este organismo colegiado, o sea el estudio del segundo veredicto y la sentencia correspondiente, para lo cual ya no existía impedimento en el S. M. debía contar con el concurso de éste, como en efecto así ocurrió.

"No se advierte, pues, contravención a las disposiciones de trámite ni menos una integración defectuosa o viciosa de la Sala. Mediaban razones de índole legal para entender que el motivo alegado por el S. M., para su separación, había desaparecido y que al vincularse de nuevo al conocimiento del aludido proceso no revivía ningún factor adverso a su actuación. Esto último exhibe una trascendental importancia, porque conforme a este enunciado si la reincorporación del funcionario impedido o recusado lo coloca en alguna posición procesal prohibitiva o censurable, no es dable admitir tal reintegro de funciones''.

Aplicando estos conceptos al caso objeto de juzgamiento, se debe concluir, que el impedimento manifestado en su oportunidad por los Magistrados Alvaro Peñuela y Héctor G. Córdoba para conocer del recurso de apelación del auto de proceder, no constituye en la actualidad razón legal para separarlos de la revisión de una sentencia en cuyo pronunciamiento no intervinieron como funcionarios de primera instancia. La causal radica únicamente en que el recurso de apelación corresponde decidirlo al mismo funcionario que ha proferido la providencia recurrida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, declara infundada la recusación presentada contra los Magistrados Alvaro Peñuela y Héctor G. Córdoba, del Tribunal Superior de Villavicencio, para conocer del presente proceso y ordena devolver el expediente a la oficina de origen para que siga el trámite de rigor.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

> José H. Velásquez Ramos Secretario

IMPEDIMENTO

Enemistad grave manifestada por el funcionario.

El principio general de la reciprocidad en los sentimientos de amistad y enemistad en las causales de recusación, ha admitido jurisprudencialmente como excepción, el caso en que es el propio funcionario quien manifiesta profesar enemistad grave con las partes o sus representantes.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Z.

Aprobada: Acta número 12.

Bogotá, D. E., 18 de febrero de 1986.

Vistos

Procede la Sala a resolver de plano el impedimento manifestado por el doctor Carlos Campo Donado, Magistrado del Tribunal de Barranquilla, el 17 de diciembre de 1985 fundado en la existencia de enemistad entre él y el defensor de la Juez 5ª Civil Municipal de esa ciudad, doctora Candelaria Obirne de Blanco, procesada por el ilícito de prevaricato.

RESULTANDOS

1. El Tribunal Superior de Barranquilla en providencia de 18 de noviembre de 1985 con ponencia del doctor Carlos Campo Donado, abrió juicio criminal por el delito de prevaricato contra la doctora Candelaria Obirne de Blanco, a la vez que le decretó medida de aseguramiento con caución prendaria.

De dicho auto vocatorio a juicio salvó voto el Magistrado Luis Peñaranda Stegmen en cuyo sentir ha debido dictarse sobreseimiento definitivo.

- 2. El 25 de noviembre de 1985, la procesada nombró como su defensor al doctor Esteban Páez Polo, quien tomó posesión de su cargo anțe el Magistrado ponente doctor Carlos Campo Donado.
- 3. Este profesional presentó el día 4 de diciembre de 1985, recurso ordinario de reposición contra el procesado vocatorio a juicio al cual se le dio el trámite de rigor, permaneciendo a disposición de las partes durante los días 6 y 7 de diciembre.

El día 9 el Secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior, informó tanto del trámite del recurso de reposición interpuesto, como de la circunstancia de que la procesada no había prestado la caución indicada.

- 4. El día 17 de diciembre acaecieron 2 "hechos" trascendentes:
- a) El Magistrado ponente (Fol. 247) dejó una constancia de 5 páginas, en la cual hace algunas observaciones, tanto sobre el salvamento de voto, como sobre el memorial de reposición presentado por el defensor de la enjuiciada. Como el defensor afirmaba que la providencia recurrida estaba basada sobre la denuncia, el Magistrado Campo Donado, agregó copia de una providencia por él para el entonces defensor de la procesada, cuando era Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla. En ella la Sala de entonces transcribía un concepto del colaborador Fiscal.
- b) El mismo día 17 de diciembre de 1985 el doctor Campo Donado se declaró impedido para seguir conociendo del asunto, por enemistad grave con el defensor de la procesada. Igualmente hizo saber que en otras ocasiones se había declarado impedido-con el doctor Páez Polo, por la misma razón, habiéndosele aceptado el impedimento.
- 5. Con fecha 18 de diciembre de 1985, los restantes Magistrados de la Sala, no aceptaron el impedimento por razones que se analizarán en los considerandos de esta providencia.
- 6. El 27 de enero del corriente año, el doctor Esteban Páez Polo, defensor de la procesada presentó un memorial agregado al proceso, donde hace una prolija remembranza de su relación con el Magistrado Campo Donado; según ella en un principio el doctor Páez como Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla había postulado al doctor Campo como Juez y sus relaciones habían sido más que cordiales hasta el punto de haberse convertido en compadres. Pero al convertirse el doctor Campo igualmente en Magistrado del Tribunal de Barranquilla junto con el doctor Páez, sufrió una metamorfosis hasta el punto en que la amistad llegó hasta la temperatura del "Polo Norte". A pesar de que las expresiones que usa el abogado no pueden considerarse ni mucho menos como amistosas respecto al Magistrado, termina afirmando que de su parte no existe enemistad grave con el ponente.

Considerandos

1. El numeral 5 del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, al enunciar las causales de recusación, entremezcla dos sentimientos total-

mente antagónicos entre sí, cuales son la enemistad y la amistad entre las partes o su apoderado o defensor y el Juez o Magistrado.

A la primera para que pueda tener la dimensión de ser causal de recusación le acompaña el adjetivo de grave y a la segunda el de íntima.

Por ello los doctrinantes han entremezclado para su estudio estos dos sentimientos tan disímiles, el uno positivo, que acerca a las gentes y el otro negativo que las distancia.

Tal fusión de concepciones ha llevado a la Jurisprudencia a sostener en ocasiones como regla general que "la amistad, como la enemistad son sentimientos recíprocos que se cultivan mutuamente, bien atando con más fuerza los lazos de cariño o ahondando las raíces del odio". (Auto del 10 de octubre de 1947, Gaceta Judicial LXIII, Pág. 812).

Y se llegó a exigir como principio general que es preciso demostrar tanto la existencia como las sendas calidades anotadas en torno a la amistad y a la enemistad.

Sin embargo la Jurisprudencia en forma reiterada, ha admitido una excepción: el caso en el cual es el propio funcionario quien manifiesta profesar enemistad grave con las partes o sus representantes.

En estos casos, es exagerado exigir una reciprocidad de parte de la persona cuya suerte procesal está en poder de quien a sí mismo se califica de enemigo.

Sentimientos tan internos, tan profundos, de tan complejas raíces sicológicas en el alma de un ciudadano dedicado a impartir justicia ecuánime y serena, tienen una insustituible valoración en la misma persona que acepta padecerlos.

"Si el recusado manifiesta experimentar enemistad..." (grave) "la prueba aparece de una manera muy definida porque el mejor Juez de sus propios estados afectivos, es quien los experimenta". (Autos, 10 de agosto de 1948, LXIV, 544; 12 enero 1951, LXIX, 86; 17 abril 1951, LXIX, 614; 9 agosto 1951, LXX, 147; 2 octubre 1951, LXX, 594; 25 noviembre 1952, LXXIII, 806; 16 junio 1953, LXXV, 449; 18 mayo 1954, LXXVIII, 638; 13 julio 1955, LXXX, 800; 9 febrero 1956, LXXXII, 139; 25 abril 1956, LXXXII, 375).

Esta Corporación ha agregado en providencia que el mismo auto que niega el impedimento transcribe: "Ha admitido sin embargo la Sala, en reiteradas oportunidades, como excepción el criterio de reciprocidad en la enemistad, para efectos del impedimento o la recusación, el hecho de que sea el propio funcionario, quien la declare o acepte, respecto de una de las partes intervinientes en el proceso, pues reconoce por dicho modo que carece, respecto de ese caso, de la serenidad e imparcialidad que requiere el juzgador y, sitúa a la parte afectada en posición de dudar razonablemente, acerca de la tutela de un derecho o de la observancia de los elevados principios que deben regir toda actuación procesal". (Prov. Corte Suprema, Junio 17/81 - Magistrado ponente Darío Velásquez Gaviria).

Por tanto ante la enfática manifestación del Magistrado, de profesar enemistad grave para con el doctor Páez Polo, no se justifica la exigencia probatoria que insinúa la providencia revisada.

Existen tratamientos diferentes cuando un Magistrado invoca un sentimiento positivo como la amistad íntima, que cuando acude a uno negativo como la enemistad grave.

La calidad de los objetivos usados plantea tal trato diferencial. El adjetivo intimo puede ser factible de un análisis objetivo por los demás, pero la expresión grave atribuible a la enemistad tiene profundas connotaciones de valoración personal y subjetiva.

El recto orden de la justicia, su ecuanimidad, no sufren perjuicio, si un funcionario se explaya en agradables remembranzas sobre el origen, fundamentos y calidades de una amistad y las razones por las cuales se puede calificar de íntima. Pero repugna y es al menos inelegante exigirle a un funcionario el hacer un relato detallado de rencillas, de incidentes desagradables de "deseo incontenible y vivo de que el ser odiado sufre daño considerable o el deseo permanente de causarlo". (Providencia de la Sala de Casación Penal de 13 de octubre de 1982).

Por regla general debe aceptarse la manifestación unilateral del funcionario que reconoce estar ubicado en el campo de la enemistad sin que sea menester exigirle fastidiosos detalles. Entre otras cosas, porque una vez conocida tal manifestación puede someterse a duda su serenidad para seguir conociendo imparcialmente del proceso. En este caso concreto la aceptación del impedimento se robustece si se tienen de presente que el Magistrado Campo recalca que ha sido aceptado en otras ocasiones.

2. Los Magistrados firmantes de la providencia que negó el impedimento, aun cuando transcriben las doctrinas de la Corte que corroboran los puntos de vista ya expuestos, estiman como obstáculo para aceptar separar a su colega del proceso, la existencia de una constancia dejada el 17 de diciembre por el Magistrado ponente y ya reseñada para la Sala Dual, ello implica en sana lógica que el Magistrado no se encuentra inhibido de seguir conociendo del expediente.

Sin embargo, para la Corte no aparece muy lógica tal conclusión.

Realmente, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento no fluye el respaldo legal que autorice a un Magistrado para acudir al inusitado sistema de dejar constancia sobre un proceso del cual está conociendo.

Según el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, las providencias del Juez pueden ser autos o sentencias. Entre los deberes, poderes y funciones de los Magistrados no se encuentra el de dejar constancias. Son los secretarios quienes lo acostumbran como forma de cumplir algunas de las funciones establecidas en el artículo 14 del Decreto 1265 de 1970.

En el supuesto, de que un Magistrado no se encuentre acorde con un auto interlocutorio o sentencia dictados por la mayoría de la Sala, la manera de expresar su disentimiento es mediante un salvamento de voto pronunciado dentro de los dos días siguientes a la fecha de la providencia.

La constancia de 17 de diciembre, no es pues auto, sentencia, ni salvamento de voto, ni forma adecuada, ni oportuna de expresar el pensamiento de un Magistrado, ni tiene poder vinculante alguno.

Más extraño resulta que la constancia se haya producido el mismo día en el cual se declare impedido. En sana lógica se deduce, que con tal constancia se obró en forma inoportuna y precipitada y que ella mal puede desvincularse totalmente de la subsiguiente manifestación de impedimento. La existencia de esa constancia no garantiza la serenidad de un ecuánime pronunciamiento y tendería de por sí a robustecer la enemistad invocada.

No es exagerado aceptar que esa extravagante constancia no es en el fondo sino una manera no aceptada por la ley de tratar de orientar la marcha del proceso a pesar del subsiguiente impedimento.

En cuanto a la inusitada constancia cabe plantear el siguiente dilema: o cuando la redactó el Magistrado Campo había decidido ya declararse impedido, o no lo había hecho. Si lo primero, no se ve razón para que sentase una constancia que de todas maneras influiría en el curso futuro del proceso. Si lo segundo no se ve la razón por la cual se acude a tan irregular e inoportuno sistema para expresar su pensamiento, siendo así que le correspondería seguir actuando.

Por lo anteriormente expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA FUNDADO el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Carlos Campo Donado y lo separa del conocimiento en este proceso. Llámase a integrar la Sala al Magistrado que siga en turno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z., Edgar Saavedra Rojas.

José H. Velásquez R. Secretario.

PECULADO POR USO INDEBIDO

Considera la Corte la existencia de planteamientos doctrinarios encontrados en torno a la posibilidad de aceptar o mo el peculado por uso indebido, cuando el objeto material es el dinero.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Z.

Aprobado: Acta número 014.

Bogotá, D. E., 25 de febrero de 1986.

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Medellín, el auto interlocutorio calendado en julio 29 de 1985, mediante el cual fue sobreseída definitivamente la doctora Elvia Ruth Restrepo de Figueroa, abogada de profesión y ex Juez Segunda Penal Municipal de Caucasia.

SE CONSIDERA:

- 1. Los delitos por los cuales fue sobreseída definitivamente la citada profesional del derecho, como epílogo, de un proceso penal tramitado en su contra, fueron los de peculado, cohecho, abuso de autoridad y abuso de funciones públicas.
- 2. Respecto a tales delitos el Tribunal de Medellín, ordenó consultar únicamente lo referente al presunto cargo por el delito de peculado —por apropiación debe entenderse al haber dispuesto de dineros, que ocasional y transitoriamente son dejados en custodia al Juez, para ser entregados posteriormente a terceros—.

El Procurador Delegado, en concepto de fecha 11 de diciembre de 1985, sostiene que para el delito de peculado, no es procedente el grado de consulta por tratarse de un peculado por uso de dineros, cuya penalidad máxima es de cuatro años de prisión: en consecuencia depreca a la Sala, el abstenerse de emitir juicio jurídico alguno.

3. No obstante para despejar cualquier equívoco, frente al grado jurisdiccional de consulta, es indispensable analizar someramente la conducta endilgada a la doctora Elvia Ruth Restrepo de Figueroa por el punible de peculado, que como es sabido posee varias especies.

La deponente Nohora Esther Cárcamo Guerrero, asevera haber visto a la imputada cuando de su bolso extrajo indeterminada suma de dinero para satisfacer obligaciones de su descendiente, cuando el día anterior, implícitamente, le había dado a entender la empleada oficial, cómo el circulante se encontraba dentro de una de las gavetas de su escritorio, que por haberse extraviado las llaves del mismo, imposibilitaba el depósito y la consiguiente entrega del mismo.

4. La Sala considera, que en realidad existen planteamientos doctrinarios encontrados en torno a la posibilidad de aceptar o no el peculado por uso indebido, cuando el objeto material es el dinero.

Quienes descartan, tal posibilidad, se fundamentan en la clasificación de las especies monetarias como bienes fungibles, que hace el artículo 663 del Código Civil.

Los doctrinantes que están por la afirmativa, presentan para sustentar la hipótesis, la posibilidad de préstamos indebidos de dineros del Estado, o el colocar a interés tales dineros para apropiarse de los réditos.

Para ello, la diferencia académica o entre la apropiación y el uso indebido de los dineros, radica en la existencia o inexistencia de la intención restitutoria del reconocimiento del dominio ajeno, del ánimo de señor y dueño.

"La disposición del dinero o billete como portador de valor abstracto solo deviene relevante jurídico penalmente cuando al mismo tiempo se trate de disposición del valor de los mismos". (ROXIN).

Se sostiene que si en estos casos surge un propósito claro de devolver o reintegrar el dinero, sí puede configurarse el peculado por uso indebido.

Pero estima la Sala, que no es el momento oportuno para ahondar en tan interesante cuestión, ya que, en este proceso, podría aceptarse por vía de discusión y dándole la máxima proyección incriminatoria a la declaración de la deponente Nohora Esther Cárcamo Guerrero, que ella trataría de insinuar la posibilidad de que la doctora Elvia Ruth Restrepo, habría gastado o consumido el dinero que después habría restituido.

Sin embargo, el análisis objetivo de tal deposición, hace que dicha conclusión sea precipitada, ya que el acto de apropiación o disposición del dinero, no se configure por el solo hecho de cambiarlo de sitio dentro de la misma oficina.

Tal circunstancia es irrelevante, desde el punto de vista indiciario y en estas condiciones aún dentro de la hipótesis a subsumir del delito de peculado por apropiación indebida, no es suficiente para fundamentar imputación alguna.

Así las cosas, la Corte Suprema estima que el grado de consulta se contrae al Punto C de la providencia de primera instancia y que debe confirmarse el sobreseimiento definitivo, por estar ajustadas a derecho las consideraciones del a quo.

Por lo expuesto anteriormente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, escuchado el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, resuelve confirmar el literal C, materia de consulta.

Cópiese, notifiquese y devuélvase.

Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z., Edgar Saavedra Rojas.

José H. Velásquez R. Secretario.

IMPEDIMENTO

En el impedimento no se exige que el Juez pruebe la causal expuesta, pero sí una explicación clara de los motivos, que permita una valoración racional.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz.

Aprobado: Acta número 17.

Bogotá, D. E., 4 de marzo de 1986.

Vistos

Corresponde a la Sala resolver el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Valledupar, doctor Eduardo Enrique Quiñónez Vargas, en auto de 25 de octubre de 1985 y fundado en la "amistad intima" que dice tener con la doctora Fanny Ortega Montero, Juez 5º de Instrucción Criminal con sede en aquella ciudad.

ANTECEDENTES

1º El Procurador Regional de Valledupar mediante Oficio número 833 de julio pasado puso en conocimiento del Presidente de la Sala Penal del Tribunal, que la Juez Fanny Ortega Montero se había negado a recibir declaración a la señora Nohemí Plata de González, quien había concurrido al despacho judicial para "hacerle saber que su cónyuge Rafael González había desaparecido de su hogar y tenía serias sospechas de que un cadáver levantado por la Unidad de la Policía Judicial como N. N. pudiera ser del desaparecido, investigación que le había correspondido en reparto; pero la doctora Ortega lejos de disponer lo pertinente a la recepción de la declaración y reconocimiento del cadáver, envió a la mentada señora a la Alcaldía para que allí se le diera solución a su pedimento...".

Por lo cual pidió, el Procurador, se averiguara la conducta de la referida funcionaria.

2º Repartido el asunto correspondió, en principio, al Magistrado doctor Alvaro Correra Noguera, el que ordenó la práctica de las diligencias preliminares. Posteriormente el doctor Eduardo Enrique Quiñónez Vargas, quien entró a reemplazarlo, al resolver si era o no del caso abrir investigación se declaró impedido en razón de la "amistad íntima" que nació —dijo—"desde el momento en que la doctora Ortega fuera nombrada por este Tribunal como Juez Auxiliar del Juzgado Penal Unico del Circuito de Aguachica (Cesar), del cual fuera Juez titular el suscrito, en tiempos de emergencia judicial".

3º Impedimento, que como ya se vio, no fue aceptado por la Sala Dual al considerar que la amistad, surgida entre la Juez Ortega Montero y el Magistrado doctor Quiñónez Vargas cuando aquélla desempeñaba el cargo de Juez Auxiliar de éste, no tenía el carácter de íntima y por consiguiente en nada "compromete el patrimonio moral del Magistrado para resolver con imparcialidad un caso como el que nos ocupa".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1º Siguiendo los lineamientos generales de la jurisprudencia y la doctrina para que la amistad obre como causal de impedimento, o recusación tiene que ser íntima. Esto es que trascienda mucho más allá las simples relaciones sociales o de trabajo. O, como bien lo recuerda la Sala del Tribunal de Valledupar, se adentre "al restringido ámbito de una comunión sentimental y espiritual" conforme lo enseña la Corte, por intermedio de uno de sus preclaros integrantes. (Auto de 17 de febrero de 1981). No se trata, por lo tanto, de la amistad común y corriente que el trato social y las labores cotidianas acostumbran a fomentar. Si así fuese la negación de justicia sería patente, porque cualquier aprecio o afecto personal serviría de pretexto para declararse impedido o recusado.

En todo caso lo que pretende la ley es que el Juez obre con equidad y serenidad tan necesarias en sus determinaciones judiciales. Todo con el propósito —tal como lo afirma Giovanni Leone— de permitirle su independencia para "conocer o no de un proceso cuando concurran situaciones que podrían afectar su serenidad (iudex suspectus)".

- 2º Al contrario de lo que sucede con la recusación en el impedimento el Juez no tiene que probar la causal expuesta. Sin embargo, requiere de su parte una explicación clara de los motivos creadores de la misma con el fin de valorar racionalmente si el caso —como el aquí analizado— llena las exigencias del calificativo de "íntimo" que se le atribuye a la amistad. De donde la escueta enunciación del impedimento no basta.
- 3º En consecuencia resulta por demás claro que de la simple manifestación del Magistrado Quiñónez Vargas de mantener "amistad íntima" con la Juez doctora Fanny Ortega de Montero, no le es posible a la Sala evidenciar la causal prevista en el numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. Fuera, claro está, de la normal relación amigable

que suele surgir entre funcionarios dedicados a idéntica actividad profesional.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA INFUNDADO el impedimento declarado por el Magistrado Eduardo Enrique Quiñónez Vargas en el caso presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

IMPEDIMENTO

El instituto de los impedimentos y recusaciones, no está sujeto al capricho de las personas que tienen facultad para intervenir en la relación jurídico-procesal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo.

Aprobado: Acta número 017.

Bogotá, D. E., 4 de marzo de 1986.

VISTOS

Procede la Sala a resolver lo que corresponde en relación con la recusación formulada por los procesados, contra los doctores Luis Alfonso Montoya Cadavid, Julián Muñoz Sánchez y Eucario Palacio Palacio, Magistrados del Tribunal Superior de Medellín e integrantes de la Sala de Decisión que ha venido revisando en segunda instancia el proceso que por el delito de falsedad se adelanta contra Luis Felipe Arias Castaño y Julián Peláez Cano.

Resultandos y considerandos

- 1º Los recusantes han formulado varias peticiones a la Corte, las cuales se pueden sintetizar en los siguientes puntos:
 - a) Cambio de radicación del proceso;
- b) Investigación penal para los funcionarios recusados en virtud de la denuncia que formularon en su contra, y
- c) La separación de los Magistrados del Tribunal Superior de Medellín del conocimiento del asunto, por el mecanismo de la recusación referida anteriormente.

De estas tres solicitudes debe ocuparse la Sala en esta oportunidad únicamente de la contenida en el literal c), pues las otras ya fueron objeto de pronunciamiento en anterior decisión.

- 2º Los Magistrados objeto de la recusación entre las decisiones que han adoptado en este expediente, dictaron la de mayo 13 del año inmediatamente anterior, en la cual, al revisar por apelación el auto de proceder dictado por el Juzgado 13 Superior de Medellín contra Arias Castaño y Peláez Cano, le impartieron aprobación con algunas modificaciones respecto a la calificación jurídica de los hechos.
- 3º Con fundamento en tales actuaciones los procesados sostienen que los citados funcionarios, están impedidos para continuar con el conocimiento de la investigación por las siguientes razones:
- a) Han venido apoyando reiterada e ilícitamente a la "parte civil" al patrocinar toda suerte de delitos cometidos por la misma para apoderarse de los bienes de la sucesión de Luis Felipe Arias Gómez.
- b) Han cohonestado la arbitraria privación de su libertad, al permitir toda clase de irregularidades en su juzgamiento por parte de los demás jueces que han intervenido en la investigación. Se citan entre otros los siguientes desatinos:

Los hechos investigados no son constitutivos de delito; no se les surtió el correspondiente traslado para el alegato previo a la calificación sumarial sin acudir a su voluntad como lo expresa la ley, les fueron designados defensores de oficio que han permanecido ausentes del proceso; no se hizo pronunciamiento respecto a una colisión de competencias propuesta desde antes de la calificación del sumario; se han dejado de notificar varias decisiones de fondo y, en consecuencia, no han podido ejercer el derecho de contradicción; se les ha negado abusiva e ilegalmente la práctica de pruebas solicitadas oportuna y pertinentemente, al igual que apelaciones contra autos que por su naturaleza la admiten, con argumentos verdaderamente inconducentes, etc.

A pesar de las afirmaciones anteriores que de corresponder a la realidad constituirían fundamento para una investigación penal, los encausados circunscriben su deseo de separar del conocimiento de los mencionados Magistrados, en el artículo 78 (ordinales 1º y 5º) del Código de Procedimiento Penal, por tener los integrantes de la Sala de Decisión "interés" en el proceso y amistad íntima con la parte civil.

- 4º Los doctores Luis Alfonso Montoya Cadavid, Julián Muñoz Sánchez y Eucario Palacio Palacio integrantes de la Sala de Decisión materia de la recusación, la rechazaron, en pronunciamiento conjunto, sobre la base de que los cargos formulados son completamente infundados y carentes de veracidad.
- 5º Si bien, los Magistrados recusados en este caso por idéntico motivo, han debido como lo ha dicho la Sala en casos semejantes, manifestar su criterio en forma sucesiva e individual respecto al incidente objeto de estudio, también lo es que ya conocido su punto de vista en providencia de septiembre 26 del año de 1985, resulta conveniente para el curso del proceso resolver lo que sea del caso.

6º Revisada cuidadosamente la actuación remitida para orientar la correspondiente decisión, es claro, que ninguno de los cargos formulados en el escrito de recusación tiene apoyo en el proceso, cuya realidad objetiva lo muestra como uno de los tantos suscritos por el procesado con ánimo notoriamente dilatorio y perjudicial para la administración de justicia.

Se ha sostenido que para conservar la imparcialidad de los funcionarios que cumplen la función jurisdiccional, garantizar la plena libertad en sus actuaciones y hacer confiables los organismos judiciales, el legislador ha establecido claros y expresos motivos que obligan al juzgador a retirarse del conocimiento de un determinado asunto, bien por su propia iniciativa, bien cuando media como en el presente caso, solicitud de alguno de los sujetos procesales que pueden intervenir en la investigación.

Ante la clara finalidad del fenómeno que se trata, es obvio que el instituto de los impedimentos y las recusaciones no puede presentarse al capricho de quienes tienen facultad para intervenir en la relación jurídico-procesal, y mucho menos cuando sus manifestaciones son el simple producto de la intolerancia con las decisiones adversas, frente a las cuales solo han podido oponer un criterio personal, que, como en este caso, ni siquiera se acomoda a los límites de la sensatez y el respeto.

En resumen, no existe en autos el menor vestigio sobre la existencia de cualquiera de las causales previstas en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, de modo que la recusación carece por completo de prueba y de fundamento.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

RESUELVE:

Declarar infundada la recusación propuesta por los procesados Luis Felipe Arias Castaño y Julián Peláez Cano contra los doctores Luis Alfonso Montoya Cadavid, Julián Muñoz Sánchez y Eucario Palacio Palacio, Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, en atención a las razones consignadas en la motivación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

PREVARICATO

El delito de prevaricato se estructura cuando se demuestra la arbitrariedad e injusticia de una decisión, pero no cuando solo hay discrepancia entre el funcionario acusado y una de las partes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado: Acta número 017.

Bogotá, D. E., 4 de marzo de 1986.

Vistos

En virtud del recurso de apelación, legalmente interpuesto y oportunamente sustentado, debe revisar la Sala, la providencia del Tribunal Superior de Cali (Sala Penal), de fecha abril dieciséis del año de mil novecientos ochenta y cinco, mediante la cual la Corporación se abstuvo de abrir investigación penal contra el doctor Alvaro León Gómez Valderrama, Juez Cuarto Civil del Circuito de Cali a quien se le imputó por el abogado denunciante un presunto delito de prevaricato.

Se escuchó el concepto del Procurador Delegado, favorable a la confirmación del auto recurrido.

Se acreditó en autos mediante copia del acuerdo de nombramiento y acta de posesión, la calidad de Juez de la República del doctor Gómez Valderrama para efectos de la competencia,

SE CONSIDERA

El abogado Harold Zúñiga, obrando como apoderado de la comerciante Rossana Romei Fabbri, presentó solicitud de concordato preventivo ante el señor Juez Cuarto Civil del Circuito de Cali, funcionario que aceptó la demanda y realizó los emplazamientos de rigor a los acreedores. Actuando como uno de ellos se presentó el señor Fabio Vargas quien registró mediante los títulos respectivos las siguientes acreencias: Un cheque por valor de \$500.000.00, seis letras de cambio por la cantidad de \$109.800.00 cada una y un título hipotecario por valor de seis millones de pesos, otorgados todos por la comerciante Romei Fabbri.

El abogado de la comerciante aceptó dichos créditos pero objetó las letras de cambio, no en cuanto a la existencia y exigibilidad de la obligación, sino afirmando que se trataba de títulos girados para garantizar el pago de los intereses de la hipoteca y que por tanto no se podían considerar como créditos independientes para efectos de producir nuevos intereses.

Solicitó que su objeción fuera tramitada como un incidente, petición que no encontró acogida por parte del Juez, quien decidió de plano, declarando infundada la objeción.

Contra dicha providencia interpuso el recurso de apelación el apoderado, petición que fue negada por el Juez. Se recurrió de hecho y el Tribunal Superior de Cali consideró bien denegada la apelación.

Dentro de las reuniones de trámite que esta acción permite, el apoderado de las deudoras propuso una transacción sobre los intereses sin que se pudiera llegar a ningún arreglo con el apoderado de los acreedores.

Ante este fallido esfuerzo, volvió a insistir el apoderado de la parte deudora, en que el Juzgado abriera el incidente para resolver dentro de ella objeción planteada. Esta petición fue resuelta desfavorablemente y contra ella no se interpuso recurso alguno.

Con posterioridad al traslado de los créditos, el apoderado Zúñiga solicitó ante el Juzgado la nulidad de todo lo actuado, petición que fue despachada desfavorablemente.

Por lo anterior, consideró el denunciante que se le estaba negando el derecho de defensa a su poderdante y que el Juzgado había procedido al rechazar sus pedimentos, con manifiesta violación de los preceptos que regulan la materia.

El Tribunal Superior de Cali, después de practicadas algunas diligencias previas, llegó a la conclusión de que el Juez había ajustado su conducta a las normas procedimentales que rigen la materia y que la denuncia contra él formulada era a todas luces injusta, de ahí que profiriera el auto inhibitorio objeto de la apelación.

El señor Procurador Delegado en su meritorio concepto, expresa que el Juez acusado no quebrantó con su comportamiento ninguna norma sustantiva ni de carácter procedimental y que ciñó sus decisiones a lo dispuesto por la ley.

Concluye afirmando la Procuraduría, "...que no se deduce conforme a lo expresado, la existencia de providencia manifiestamente contraria a la ley, sino decisiones adoptadas en interpretación de las normas correspondientes y contra las cuales procedían los correspondientes recursos, sin que en consecuencia se advierta la existencia de infracción, conforme a lo antes expresado...".

En realidad la lectura detenida de estas diligencias nos llevan a la Sala a la conclusión de que en el caso de estudio no se profirió decisión manifiestamente injusta, ni se quebrantaron en forma alguna las normas de procedimiento, como en seguida veremos:

Primer cargo. Expresa el querellante que el Juez acusado procedió con clara violación de lo dispuesto en el artículo 1919 del Código de Comercio al no tramitar como incidente la objeción que formulara contra los créditos representados en las letras de cambio que había registrado el señor Fabio Vásquez.

Aquí como lo anota el Tribunal, se oponen dos criterios interpretativos sobre el alcance de la norma. El del denunciante quien pretendía que las objeciones se resolvieran mediante un incidente y el del Juez acusado quien sostuvo que la decisión debía adoptarse de plano, estando la parte interesada en el deber de presentar con las objeciones la prueba siquiera sumaria que respaldara su pretensión.

La norma objeto de controversia, no señala en realidad el trámite que debe seguirse en dicho momento procesal. Dice así el aludido precepto:

"Artículo 1919. Vencidos los términos de que disponen los acreedores para hacerse parte, el expediente se mantendrá por cinco días en la Secretaría, durante los cuales cualquier interesado podrá objetar los créditos presentados".

"Surtido este traslado dentro de los diez días que precedan a la iniciación de las deliberaciones, el Juez decidirá por auto sobre los créditos admisibles, con especificación de su naturaleza, estado, cuantía y prelación para la aplicación de las reglas que se indican en los artículos siguientes...".

De la lectura atenta de la anterior disposición emerge en forma clara que ella no señala en forma alguna el trámite a seguir para resolver la objeción, ni menos dispone, que ésta se resuelva mediante un incidente. Ante este silencio de la ley, es lógico pensar como lo entendió el Juzgado que la decisión debía adoptarse de plano, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 135 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "se tramitarán como incidentes las cuestiones accesorias que la ley expresamente señale; las demás se resolverán de plano y si hubiere hechos qué probar, a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos".

Procedió en consecuencia el Juzgado de acuerdo a la ley.

Segundo cargo. Da a entender el recurrente, que el Juez acusado pudo incurrir en un prevaricato, al no dar aplicación a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1920 del Código de Comercio que a la letra dice:

"Artículo 1920. Los créditos que se causen durante la tramitación y la vigencia del concordato por concepto de salarios y de prestaciones sociales, no se tomarán en cuenta para la aplicación de las reglas previstas en los artículos anteriores y se pagarán de preferencia como gastos de administración en los negocios del deudor...".

"Cuando haya obligaciones condicionales o sujetas a litigio, se harán en el concordato las reservas correspondientes para atender a su pago, si se hacen exigibles...".

"Parágrafo. El deudor y cualquiera de los acreedores podrán impugnar los créditos laborales que no hayan sido reconocidos judicialmente; la impugnación se tramitará como incidente y se decidirá antes que la celebración del concordato...".

Del tenor liberal de esta norma se colige que para que pueda decretar el incidente a que alude el parágrafo anteriormente transcrito, es indispensable que se pongan en evidencia dos presupuestos básicos indispensables: en primer lugar que se trate de créditos laborales y luego, que dichos créditos no hayan sido reconocidos judicialmente. Estos dos requisitos no se ofrecen en el caso de autos, porque las letras de cambio que se trataron de objetar no tienen como causa salarios o prestaciones sociales y además, esos créditos fueron reconocidos por el juzgador en decisión que despertó la inconformidad del denunciante.

Por eso dice la Sala Penal del Tribunal de Cali, con sobrada lógica jurídica, que no era viable el trámite del incidente en el caso que ocupa a la Sala, porque "...no cabe la analogía que arguye el abogado, ni menos la aplicación del parágrafo del artículo 1920 ibídem por cuanto éste hace expresa referencia a impugnar los créditos laborales por el deudor o los acreedores cuando no han sido reconocidos judicialmente. Como puede observarse, sin ningún esfuerzo mental, ni se trata de un crédito laboral, ni se refiere a la concordataria y menos, en el presente caso, se trataba de créditos no reconocidos; pugna entonces con las más elementales reglas de hermenéutica jurídica la aplicación del citado parágrafo para el asunto en cuestión...". (fl. 119).

Carece entonces de todo fundamento la acusación formulada con base en esta presunta irregularidad.

Tercer cargo. Se queja el denunciante de que el Juzgado con desconocimiento de la ley procesal, le negó la apelación del auto que rechazó de plane las objeciones formuladas.

Es verdad que el Juzgado negó la apelación y que el denunciante tuvo que acudir al recurso de hecho. Pero el Tribunal Superior que conoció de este último recurso, consideró bien fundamentada la decisión del Juez a quo, porque la apelación era improcedente y por tanto su negativa se imponía como un imperativo legal.

La Sala Civil del Tribunal de Cali, al resolver sobre el recurso de hecho, ratificó la decisión del Juzgado con los siguientes razonamientos que la Corte comparte:

"...En el caso que se estudia la providencia cuestionada resuelve declarar 'INFUNDADA la objeción formulada por el apoderado de la concordada al crédito presentado por el señor Fabio Vargas Cano' y aceptar otros créditos presentados al concordato. Comparando esta decisión no sólo con el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, sino con las normas que regulan el concordato preventivo en el Título I, Libro Sexto, artículos

1910 y siguientes del Estatuto de Comercio vigente, se infiere claramente que ésta no es susceptible del recurso de alzada y por lo mismo el auto que lo negó es acertado..." (fl. 96 v.).

Cuarto cargo. Afirma igualmente el denunciante, que el Juzgado sin fundamento legal, negó de plano en dos oportunidades la petición que hiciera para que se decretara la nulidad de toda la actuación y que denegó de igual modo las apelaciones que interpuso.

Sobre este aspecto, la Sala encuentra valederas las explicaciones del Juez acusado, quien en estos términos justificó su conducta:

"... También fue rechazada solicitud de nulidad propuesta por el mismo apoderado que por esa vía insistía en que a la objeción de los créditos debía dársele trámite incidental. Se funda el Juzgado que el punto ya había sido decidido y se apoyó en el artículo 155 del Código de Procedimiento Civil.

"Debe señalarse que en materia civil quien propone una nulidad debe indicar no sólo la causal legal que invoca, sino, los hechos que la configuran; que estos últimos deben poderse encuadrar dentro de las situaciones previstas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil informados también por el criterio de la taxatividad; y que el Juez debe rechazar de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en la lev o en hechos sobre los que ya hubo pronunciamiento, según el antes anotado artículo 155 del Código de Procedimiento Civil. En nuestro caso como el señor apoderado de la deudora insistía por la vía de la nulidad en un punto que ya había sido definido por las vías legales idóneas, o sea por las señaladas en el artículo 1919 del Código de Comercio, y la situación que planteaba no podía encuadrarse dentro de las causales de nulidad previstas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil. apenas era obvio que se rechazara de plano su solicitud por improcedente. Y porque de conformidad con el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal puede el Juez 'rechazar cualquiera solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta''.

Considera la Corte, suficientes las explicaciones del funcionario, para liberarlo de toda culpabilidad, porque las nulidades no se demandaron por ninguna de las causales previstas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil y porque en materia civil no son apelables todos los autos interlocutorios, sino aquellos que en forma taxativa se encuentran en el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, entre los cuales no figura el que niega las nulidades procesales, sino aquél que las decreta.

Se puede concluir de todo lo anterior, que en el caso sub examine, no existe sino una simple discrepancia conceptual sobre el funcionario acusado y una de las partes, en relación con la interpretación de las normas que rigen la materia, sin que pueda afirmarse que la Sala se encuentre en presencia de alguna protuberante irregularidad o ilegalidad.

La conducta imputada al funcionario, no concuerda en consecuencia, con ninguno de los tipos penales que describen comportamientos dignos de reproche. Todo lo contrario: los elementos de convicción aportados a estas diligencias, dejan ver, como lo entendió el Tribunal de Cali, que el funcio-

nario acusado no quebrantó con su comportamiento las ritualidades propias del juicio y que ajustó su conducta a claras y precisas normas legales que interpretó con recto criterio.

El delito de prevaricato imputado al acusado, se estructura cuando el funcionario oficial profiera resolución manifiestamente injusta, en acto arbitrario que no depende de la ley, sino, únicamente del capricho del funcionario. Pero interpretar en forma diferente una norma legal en cuanto a su alcance y contenido, no puede constituir en modo alguno un hecho punible. Como lo ha expresado esta Corporación, para efectos penales en el delito de prevaricato, es necesario demostrar la arbitrariedad e injusticia de los actos judiciales que no se pueden presumir.

En estas condiciones, se debe concluir, que los hechos imputados al doctor Alvaro León Gómez, en su calidad de Juez Cuarto Civil del Circuito de Cali, no son constitutivos de delito porque no se dan en su actuación ninguno de los elementos descriptivos que dan fisonomía al delito de prevaricato.

Bastan las anteriores consideraciones y las expuestas por el señor Procurador Tercero Delegado en lo penal, para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, confirme el auto inhibitorio recurrido.

Cópiese, notifiquese y devuélvase a la oficina de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José H. Velásquez R. Secretario.

CONFESION

Naturaleza.

Hay confesión cuando existe aceptación de la propia responsabilidad penal, así sea en sentido parcial y limitado. La Corte reitera su doctrina.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Aprobado: Acta número 017.

Bogotá, D. E., 7 de marzo de 1986.

Vistos

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia, mediante fallo de once (11) de septiembre de 1984, condenó a Salomón Sánchez Vargas, Luis Alfonso Oliveros y Carlos Alfonso Díaz Vargas, a la pena principal de ciento ocho (108) meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual a la pena impuesta, y a la indemnización, en abstracto, de los perjuicios ocasionados, "como responsables del delito de secuestro extorsivo, hechos agotados en detrimento de la libertad del menor Carlos Heberto Serna Agudelo y ocurridos en el perímetro urbano de esta ciudad el día ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y tres".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa misma ciudad, con sentencia de siete (7) de noviembre de 1984, confirmó en todas sus partes, la decisión anterior.

Contra esta última resolución el condenado Díaz Vargas "apeló", y su defensor, al propio tiempo que de Salomón Sánchez Vargas, interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por auto de diciembre seis (6) del mismo año.

Declarado desierto el recurso interpuesto por el sentenciado Sánchez Vargas, y encontrada ajustada a las exigencias legales la demanda de la Procuradora Judicial de Díaz Vargas, procede, ahora, la Corte, a la decisión de fondo.

DE LOS HECHOS Y LA ACTUACIÓN PROCESAL

Así los determina el Procurador Primero Delegado para lo Penal:

"El ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), en el perímetro urbano de la ciudad de Armenia, Quindío, desapareció el menor hijo de Heberto Serna Castaño, quien para el trece siguiente puso en conocimiento de la autoridad judicial, con la denuncia penal correspondiente. Aquel día, jueves, a eso de las once y media de la mañana, su hijo aprovechó un descanso en el Colegio San José de esa ciudad y con un compañerito se dirigió a una cafetería cercana. Cuando con ese cometido se disponían a salir del plantel, un hombre los abordó y entró en conversación con la pareja de menores. Los entretuvo un buen rato con temas familiares o de conocimiento de parientes de Carlos Alberto y de automotores de la familia. A éste envió a la compra de una gaseosa y al regreso ya no encontró al individuo y a su compañero Heberto. Desde entonces desapareció y se sucedieron llamadas telefónicas varias con exigencias de dinero por el rescate del niño hasta por tres millones de pesos, como pedido inicial.

"Una indagación bien orientada de parte de la Policía, luego de la recepción de varios testimonios de personas allegadas, permitió insinuar como sospechosos del ilícito a varios sujetos, entre los cuales se señaló desde un principio a los condenados, contra quienes militaron situaciones indiciarias, como reconocimiento de voces de Luis Alfonso Oliveros y Sánchez Vargas, proyecto de carta escrita a mano por el menor secuestrado con destino a su familia, delaciones especiales de conocedores de la empresa criminal por parte de sus autores y finalmente, con protuberante carga incriminatoria, la versión del menor y el compromiso que ella arrojaba para los reconocidos sujetos que lo trasladaron a la ciudad de Bogotá, Carlos Díaz y Juan Carlos Godoy en varias oportunidades lo golpearon y lo amenazaban con matarlo si su padre no entregaba el dinero.

"Por interlocutorio de febrero veinticuatro (24) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia, Quindío, abrió causa criminal (Fls. 276, 316, cuaderno original) por el delito de secuestro extorsivo a Salomón Sánchez Vargas, Luis Alfonso Oliveros y Carlos Alfonso Díaz Vargas, decisión apelada oportunamente y que el Tribunal de esa ciudad confirmara en proveído de junio veinte del mismo año (Fls. 43, 71 Cuad. Tribunal).

"Respecto al serio compromiso penal de Carlos Alfonso Díaz Vargas, desde el auto de proceder se fue concretando la participación del mismo en la empresa criminal, por cuanto en el operativo policivo fue aprehendido en vigilancia del menor y en el mismo lugar del cautiverio. Si bien negó la participación en el delito, cuanto que dijo ignorar que el niño que cuidaba era víctima de un secuestro, su coartada con un ser imaginario al fondo no le fue afortunada, puesto que el propio Luis Alfonso Oliveros manifestó

que al niño lo llevaron al Barrio Venecia 'Carlos Alfonso Díaz Vargas y otro señor que no sé el nombre...' y al Barrio Venecia de Bogotá llegó Carlos Alfonso con el niño, 'que es el mismo que se llevaron los policías de esa casa el día que lo recuperaron', manifestó María Ligia Rodríguez Montoya, concubina de Luis Alfonso Oliveros.

"En el auto del Tribunal que confirmará el enjuiciamiento, se dijo respecto del recurrente que no sólo la prueba precedente lo comprometía en el ilícito, sino igualmente la acusación directa de la víctima, quien con nombre propio señala entre otros de sus aprehensores, a Carlos Alfonso Díaz. Este sujeto era uno de los encargados de cuidar al cautivo y en sus negativas aparece conjugando con los demás un común designio criminal, como quiera que se esmeró en esa vigilancia y en el desplazamiento que se hizo necesario al Barrio Venecia de Bogotá, a casa de concubina de Luis Alfonso Oliveros.

"La etapa de la causa dejó inalterable el haz probatorio y demostrado a cabalidad que Carlos Alberto Díaz tuvo plena participación en el punible, inadmisible su fantástico relato y su 'peregrina tesis' de desconocer por qué estaba de esmerado vigilante del niño, le fue impuesta igual pena a la de sus compañeros —coautores— de delincuencia. Hombre tan inocente como lo pregonaba, no tenía por qué tener en sus bolsillos una boleta escrita a máquina, del mismo contenido al manuscrito de la víctima y que se pretendió enviar al padre extorsionado (Fls. 23 c. original)".

La demanda de casación

Luego de una breve relación de los hechos, invoca como causal de casación la prescrita en el artículo 580, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, con el cargo único contra la sentencia de que ella infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional "por el quebranto del derecho de defensa a que tiene derecho todo procesado. Se violó la previsión contenida en la normación constitucional mencionada por falta de la observancia de las formalidades propias del juicio".

Ensaya demostrar el cargo así: su representado, en la indagatoria, afirmó que él, únicamente, estaba cuidando al menor Carlos Heberto, "por encargo que de dicha guarda le hiciera el señor Fernando Tamayo", ignorando totalmente se tratara de un secuestro. Con esta aseveración pregonó su inocencia, sin que la justicia se preocupara por recepcionar el testimonio de Tamayo, ni de practicar las demás pruebas pedidas tanto por él, en su diligencia de descargos, como por su apoderado en el memorial obrante a folios 5 y siguientes, dirigido al Tribunal, "a pesar de haber sido solicitadas en tiempo".

"En consecuencia, al procesado recurrente se le juzgó y condenó sin antes haber sido oído y vencido en juicio".

Presenta, como segunda causal de casación, "la primera, prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Los motivos de invocación de esta causal son los siguientes:

- "Apoyo la censura central contra el fallo acusado en el segundo motivo de casación previsto en el ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por violación INDIRECTA de la ley sustancial por aplicación indebida que el honorable Tribunal hizo de los artículos 268 y 270 del Código Penal en la sentencia.
- "El Tribunal infringió directamente el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, al desconocer el valor probatorio que tiene la confesión que el procesado Díaz Vargas hizo en su indagatoria, pues si a esta prueba se le hubiera dado el alcance que realmente tiene, no se hubieran aplicado indebidamente los artículos 268 y 270 del Código Penal. Esa omisión constituye error de derecho.
- "El honorable Tribunal dio por establecida en el proceso, sin estarlo, la plena prueba y completa de la infracción penal por la cual había llamado a juicio al procesado-recurrente, con lo cual infringió en forma directa los artículos 215 y 217 del Código de Procedimiento Penal, violación que fue directa, porque cuando se alega en casación violación indirecta de la ley sustancial, el censor tiene la obligación de citar las normas de procedimiento que considera infringidas".

El concepto de Procuraduría

- "No puede edificarse conceptualmente una nulidad supralegal con el argumento de haberse quebrantado el derecho de defensa e inobservado las formalidades propias del juicio, porque se hubiera apreciado en sus alcances verdaderos —y ante el muy racional peso de otras pruebas— la mal llamada confesión del procesado Luis Alfonso Díaz Vargas.
- "Se menoscaba ese sagrado instituto de la defensa, ciertamente, para una nulidad de las alegadas, cuando se haya privado al reo de ese derecho inalienable, o no se haya podido ejercitar, bien porque fueron violados derechos y prerrogativas especiales consagradas por la ley en su beneficio, o porque el abogado designado como defensor no cumplió en forma alguna y efectiva el deber profesional de ejercitar la defensa que le fuera encomendada". (Sent. Sala de Casación Penal, febrero 14 de 1963).
- "Haber dado a la explicación del recurrente el exacto enfoque de una culpabilidad en el reato, cuando otras pruebas imponían esa obligada valoración, no puede tomarse como un quebranto de derecho de defensa, porque además necio aparecería, imposible por demás, la presencia procesal de un personaje como Fernando Tamayo, desconocido para los otros compañeros de delincuencia y sólo existente en la febril imaginación de Díaz Vargas. Ningún agravio hubo a la ritualidad del juicio, como que el procesado gozó de defensa idónea, tanto material como formal y el negocio tuvo el trámite adecuado.
- "No es cierto que en memorial sustentatorio de un recurso (Fls. 5-25 Cuad. Tribunal), se hubieran solicitado pruebas, que ni siquiera se enunciaron porque no era esa la oportunidad procesal para ello. Si antes se pretendió buscar el imaginario personaje Fernando Tamayo, de cuenta de quien cuidaba el niño el procesado Díaz Vargas, de existir, no hubiera

logrado destronar la contundente prueba indiciaria, de un lado y la directa que le daba consistencia, de otro, de severo compromiso penal para los condenados.

"El cargo, entonces, ha sido indebidamente planteado al presentarlo como nulidad constitucional, con una demostración de apreciación equivocada de una prueba, causal de casación diferente, evidente, ineptitud que no permite resolver favorablemente este cargo.

"Igualmente mal traído a la demanda el segundo cargo, con base en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por violación indirecta y error de derecho, al desconocer el valor probatorio que tiene la explicación de los hechos dada en su indagatoria por el procesado, por cuanto convirtió así la demanda en alegato de instancia. El error de derecho por equivocada apreciación de esa prueba sólo está en la divergente opinión de la recurrente con la lógica y racional del Tribunal.

"Se ha buscado la revisión de un proceso en su situación fáctica, dentro del marco de un vicio inexistente, con fundamento en la violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de unos textos, por error de derecho en la apreciación equivocada de los alcances de una prueba, cuando no es, ni puede ser, manifiesto error de derecho rechazar unas explicaciones mendaces que la realidad procesal desvirtúa ampliamente. Jamás es ello, como lo anota la Corte, 'una antinomia nítida entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador'" (Sent. Agosto 31 de 1970 - Sala de Casación Penal).

Breves consideraciones de la Sala

A. Se afirma que se está en presencia de la causal cuarta de casación, prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se ha infringido el artículo 26 de la Constitución Nacional, como quiera que se ha quebrantado el derecho de defensa, al no evacuar las pruebas a que hizo referencia el hoy condenado, cuando en la diligencia de indagatoria dijo haberse limitado su actitud a cuidar el niño secuestrado, fruto de encargo que le hiciera el señor Fernando Tamayo. También se vulneró tal garantía al no practicarse las pruebas solicitadas por el apoderado de Carlos Alfonso Díaz Vargas.

1. Las instancias consideraron que, la mención del referido Tamayo, era simplemente un ardid de defensa creado por la fantasiosa mente del procesado Díaz Vargas. Desecharon su existencia real por cuanto todo el caudal probatorio (indiciario, testimonial, documental) se contraponía a ello. Al procesado no le quedaba otro camino, ante la fortaleza de la prueba gravitante en su contra (fue encontrado armado de revólver, por la fuerza pública, en la pieza donde se mantenía secuestrado el menor, y al momento del rescate de éste, y en su poder se halló una nota a máquina, cuyo texto es similar al de la carta manuscrita visible al folio 23 y que se atribuye al niño secuestrado y la cual fue enviada a su señora madre en exigencia previa de pago de dinero para la recuperación de su libertad. Al propio tiempo, en la mencionada habitación la Policía decomisó una cadena metálica), que crear el personaje imaginario sobre el cual recayese toda la res-

ponsabilidad. Y bien hizo el fallador al no acolitar semejante invención, ordenando pruebas sin sentido, pues, de haberlo hecho, habría contribuido eficazmente a ensombrecer la investigación, siendo que toda la prueba conducía a negarle vida real a semejante infundio. Cumplió con su deber el funcionario, como que no se dejó desorientar con falacias.

Es obvio, entonces, que un tal procedimiento no puede llevar a la existencia de una nulidad supralegal, con el argumento de haberse quebrantado el derecho de defensa o de una falta de observancia de las formas propias del juicio. La nulidad de rango constitucional, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, contrahace el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socava las bases del juzgamiento, desconoce garantías esenciales de las partes, lo que jamás podrá pensarse en el presente evento.

- 2. Todo invita a considerar que la censora cree que se está en presencia de una nulidad constitucional o jurisprudencial por el hecho de que el sentenciador no creyó la versión del acusado, y por ende, no ordenó la práctica de ciertas pruebas. Y, en el fondo, se trata de considerar que existe tal nulidad por cuanto se interpretó mal una prueba. Y persevera la actora en la creencia de que cuanto el procesado realizó fue una confesión. Por ello basta, para rechazar el cargo, la cita de la siguiente doctrina de esta Corporación, y lo que al respecto se anotará cuando se analice la segunda causal invocada.
- "En todo caso, la forma de los procesos está constituida por una serie de requisitos externos, de obligatorio cumplimiento y en ningún caso toca ella el contenido de los actos procesales por lo cual resulta inaceptable la alegación de que se viola la forma propia de un juicio cuando el Juez interpreta mal una prueba, pues ésta es una actividad de índole puramente interna en la cual la facultad del Juez para valorar los elementos de convicción viene a hacer el oficio de contenido de un acto jurisdiccional que puede revestir diversas formas.
- "Y pude ocurrir que el Juez cometa un error en dicha apreciación sin que por ello vulnere la forma prescrita para el acto procesal. Se trataría, en este caso de un error 'in iudicando' distinto del error 'in procedendo' que consistiría, como ya se dijo, en la violación de las formas prescritas para el adelantamiento del juicio'. (Sent. de 2 de septiembre de 1976).

Tiene, entonces, razón la Delegada cuando sostiene que "el cargo ha sido indebidamente planteado como nulidad constitucional, con una demostración de apreciación equivocada de una prueba, causal de casación diferente; evidente ineptitud que no permite resolver favorablemente este cargo".

3. No es cierto, de otra parte, como también lo anota la Delegada, que, en memorial sustentatorio de un recurso (Fls. 5-25 Cuad. del Tribunal), se hubieran solicitado pruebas, como que ni siquiera se enunciaron, pues no era la oportunidad procesal para ello. En este sentido precisa decirse que la censora se cuida en la individualización o identificación de aquellas formas del juicio que fueron omitidas, con grave perjuicio para el desarrollo pleno del derecho de defensa, limitándose a generalizar, en tácita invitación

a la Corte a que busque y encuentre la falta de observancia de las formas propias del juicio, lo cual es, como ella misma lo tiene sentado, evidentemente contrario a la técnica del recurso de casación.

Una de las formas de vulnerar el derecho de defensa del procesado es omitir la práctica de pruebas esenciales para demostrar su inocencia. Pero se requiere que se precisen cuáles son esas pruebas que se echan de menos y señalar de qué manera ellas son por tal modo trascendentales que su práctica habría conducido ineluctablemente a variar el alcance del juicio de responsabilidad. No puede tratarse de pruebas que el juzgador estime tendiciosas; es decir, jamás pueden ser aquéllas evidentemente pedidas con el exclusivo fin de desviar la investigación del sendero lógico que ella misma fundadamente señala. No se trata, pues, de que cualquier omisión derive en nulidad jurisprudencial.

También ha dicho esta Corporación: "Se conculca esa garantía primordial (el derecho de defensa), como una forma propia del juicio, con impedir y obstaculizar, por cualquier medio, su normal ejercicio. También se quebranta cuando de manera absoluta falla la defensa formal o técnica, porque el apoderado o el defensor, por manifiesta incapacidad o por inercia, se limita a ser un pasivo protagonista del trámite procesal o un simple espectador de la suerte del procesado". Y ello es, exactamente, cuanto no acontece en el presente caso.

- B. El demandante, al amparo de la causal primera, cuerpo segundo de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, afirma que, el Tribunal, incurrió en manifiesto error de derecho en la valoración de la prueba de la confesión de su patrocinado, realizada en la diligencia de indagatoria, "pues si a esta prueba se le hubiera dado el alcance que realmente tiene, no se hubieran aplicado indebidamente los artículos 268 y 270 del Código Penal...".
- 1. Ha sido reiterada y pacífica la doctrina de la Corte, al sostener que, para efectos de la casación, son dos las versiones del error de derecho en la apreciación de las pruebas:
- a) El sentenciador admite y le concede valor probatorio a un hecho aducido al proceso irregularmente, con omisión de las formas que la ley exige para su incorporación; y,
- b) El sentenciador valora un hecho probatorio, dándole una específica fuerza de convicción que la ley no le concede, o desconociéndole la que la ley sí le asigna de manera concreta.

El error de derecho se produce, pues, mediante falsos juicios de legalidad y de convicción. El primero, cuando se niega validez jurídica a una prueba legalmente producida, o se le otorga a la que no está debidamente rituada. Y, al segundo, cuando a la prueba se le niega el valor que la ley le asigna o se le concede el que no le corresponde.

2. Ha dicho esta Corporación: "Por confesión se entiende, en materia criminal, el reconocimiento solemne y expreso que de su propia responsabilidad hace libre y espontúneamente el sindicado de la comisión de un delito, ya lo haga en forma plena o completa, bien atenuada o restringida,

lo que quiere decir que, en suma, para que exista realmente confesión, ésta debe producir, en mayor o menor grado, consecuencias procesales respecto del reconocimiento de la responsabilidad penal del confeso''. (M. P. Dante L. Fiorillo Porras. Octubre 7 de 1980).

Ya antes había expresado:

"La confesión simple y escueta no viene a ser otra cosa que el reconocimiento de una determinada responsabilidad de quien la hace, aceptando ser el autor de un delito...". (G. J. T. XCV, p. 607).

Y confesión calificada "es aquella en que se aceptan hechos que perjudican a quien confiesa y al propio tiempo se agrega una modalidad favorable que constituye una excusa...". (idem).

No hay, pues, confesión sino cuando existe aceptación de la propia responsabilidad penal, aunque sea en sentido parcial y limitado. La confesión debe ser cierta, efectiva, real. Implica que, el procesado, reconoce el hecho que se le imputa, así lo justifique, inculpe o atenúe. Para que valga como tal, debe tener un contenido afirmativo. Si el procesado se limita a negar toda la participación suya en los hechos, jamás podrá entenderse que está confesando. Quien se limita a negar todo, no está confesando judicialmente nada. Sólo una confesión real y explícita podrá tenerse como prueba. Y quien no acepta compromiso alguno, reduciendo sus asertos a responsabilizar a otros, es claro que no está realizando confesión de ninguna especie.

- 3. En el caso sub exámine, mal puede hablarse de error de derecho, por habérsele desconocido la fuerza específica de convicción que la ley le otorga, de manera concreta, a la confesión, evento exclusivo en que podría pensarse, y eso según el planteamiento de la actora, sencillamente porque en sentido propio nunca existió confesión del condenado Carlos Alfonso Díaz Vargas, como quiera que éste se limitó a negar toda participación en los hechos delictivos, colocándose, contra toda lógica y evidencia procesal, en la situación de quien simplemente cuidaba al niño secuestrado, por increíble encargo que le hiciera un amigo suyo, cuya existencia real descartan las instancias y de quien la Delegada, atinadamente, conceptúa "¡sólo existente en la febril imaginación del condenado!".
- 4. De otra parte, aceptando en gracia de discusión, y sólo en tal virtud que nos encontráramos en presencia de una confesión calificada, la situación sería la siguiente:

La confesión la tienen algunos como una simple presunción de verdad; otros como un indicio, y, los más (Framarino, Carnelutti, Mittermaier), consideran que en su naturaleza se confunde con la del testimonio, residiendo su carácter esencial en la oralidad afectiva, o cuando menos, potencial. De este último pensar ha participado la Corte al sostener que la confesión, como prueba oral que es, está sujeta a los mismos requisitos, análisis y valoración que la ley le otorga a la prueba testimonial.

"...El juzgador debe investigar si las aserciones que hace el procesado son verdaderas y del examen prolijo deducir si el inculpado merece ser creído en sus justificaciones. Debe con el pensamiento eliminar —merced al

auxilio que le puedan prestar al efecto, las presunciones o las demás pruebas directas o indirectas— las posibilidades que debilitan la confesión para obtener en cuanto sea posible la evidencia de si el reo ha pretendido mentir o no...". (Sent., 27 de octubre de 1942, LIV, 204).

- "...La estimación de las pruebas no está sujeta en lo penal a pautas rigurosas, pues casi todos son de apreciación racional, esto es, que su valor queda al análisis y criterio de los jueces, sobre todo el testimonio y la confesión. Sobre el testimonio dice el Código de Procedimiento Penal que el funcionario debe apreciar razonablemente su credibilidad teniendo en cuenta las normas de la crítica y, especialmente, las condiciones personales y sociales del testigo, las de las cosas a que se refiere el declarante, las circunstancias en que haya sido percibido lo que relata y aquellas en que se haga la exposición. Sobre la confesión no dice sino que se presume verídica mientras no haya pruebas en contrario, siempre que, por otra parte, esté demostrado el cuerpo del delito...".
- "...Pero como no pierde su carácter de testificación oral, aunque con la particularidad de obrar contra el deponente —atestación contra sí mismo pudiera definirse— lo que la ley estatuye respecto del testimonio puede aplicarse, en cuanto su naturaleza lo comporte, a la confesión...". (Sent. 3 de febrero de 1948, LXIII, 862).

Ahora, cuando el procesado so pretexto de una confesión, expone circunstancias con apoyo en las cuales lo que pretende es justificar o explicar su conducta y eludir toda responsabilidad, su dicho es un elemento de análisis para demostrar su inocencia o irresponsabilidad. "En todo caso, ni la confesión, ni los descargos hechos por el procesado, pueden ser admitidos o rechazados, sin la adecuada comprobación procesal y, en su defecto, de la atendibilidad de cada uno de ellos, lo que significa, en consecuencia, que aquélla y éstos deben ser razonablemente estudiados por los funcionarios correspondientes en sí mismos o en relación con otras pruebas para deducir su inconsistencia o su fuerza procesales". (M. P. Dante L. Fiorillo Porras. Octubre 7 de 1980).

En el evento sub júdice, el juzgador desestimó, atinadamente, el dicho del acusado, no sólo por cuanto no halló corroboración con las otras pruebas, sino porque éstas se encargaron de refutarlo terminantemente. Entonces, en legal uso de un arbitrio judicial bien ejercido analizó las cosas y concluyó, fundadamente, que ningún crédito merecía. Y, con base en prueba indiciaria y testimonial dedujo, con acierto, que se daban los presupuestos para la condena. Olvidó, consecuencialmente, la censora que, en tal estado procesal, no procede alegar error de derecho sobre la base de equivocada valoración jurídica, como quiera que el sentenciador se limitó a verificar una acertada estimación de las pruebas, una racional apreciación de las mismas, las que, como quedó visto, no están sujetas a pautas rigurosas, quedando su valor dependiendo del criterio y análisis de los jueces.

Los cargos no prosperan.

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

RESUELVE:

No casar el fallo recurrido, ya mencionado en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo L. Dávila M., Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

José H. Velásquez R. Secretario.

AUTO DE PROCEDER

Relación con la sentencia.

La relación entre la norma penal que da origen al cargo y la que sirve de base a la sentencia no puede ser meramente nominal, porque entre los dos preceptos debe existir identidad sustancial aún cuando difiera en sus elementos circunstanciales.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo.

Aprobado: Acta número 020.

Bogotá, D. E., 11 de marzo de 1986.

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de la procesada Blanca D'Achiardi de López contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Aduanas, que condenó a la procesada mencionada y a Enrique William Chavarriaga Ochoa a la pena de ocho meses de prisión y las penas accesorias correspondientes, por el delito de contrabando.

Presentada la demanda que se declaró ajustada a las prescripciones formales exigidas por la ley y recibido el concepto del Ministerio Público, se procede a decidir.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 3 de marzo de 1980 agentes del F-2 de la Policía Nacional aprehendieron en un parqueadero de la ciudad de Medellín un vehículo automotor, marca Ford Fairmont, con placas ecuatorianas número AT-01-16, que se hallaba en poder de Modesto Ortiz. El poseedor dijo haberlo comprado a William Chavarriaga Ochoa, quien a su vez lo recibió de la señora Blanca

D'Achiardi de López, persona que lo introdujo al país por cuanto pretendía nacionalizarlo con las ventajas que ofrece la legislación para la importación de automotores de quienes han desempeñado cargos diplomáticos en el extranjero.

Luego de la práctica de algunas diligencias de carácter preliminar, el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanera inició la correspondiente investigación. El Juzgado Primero Superior de Aduanas de Medellín, en providencia de 7 de noviembre de 1982, sobreseyó definitivamente a los sindicados Blanca D'Achiardi de López, Enrique William Chavarriaga, José Modesto Ortiz Betancur y Adolfo León López Salamanca, bajo la consideración de que no se había realizado conducta delictiva; además, como llegó a la conclusión de que el vehículo aprehendido no era de contrabando, dispuso que le fuera devuelto a su propietaria a fin de que continuara los trámites de nacionalización. Después de enmendadas algunas irregularidades advertidas por el Tribunal Superior de Aduanas, el Juez del conocimiento volvió a tomar igual determinación a la citada en precedencia; por su parte el Tribunal, luego de recibir el concepto de su colaborador Fiscal quien le solicitó la confirmación del auto de sobreseimiento, revocó el auto que se le consultaba y en su lugar ordenó el archivo a que hace referencia el artículo 53 del Estatuto Penal Aduanero.

Practicadas algunas diligencias, el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Medellín ordenó el archivo del proceso, en obedecimiento a lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 53 del Estatuto Penal Aduanero y, consecuencialmente, ordenó el reintegro del automotor a su propietaria. Esta providencia fue revocada por el Tribunal de Aduanas que abrió causa criminal en contra de Blanca D'Achiardi de López y Enrique William Chavarriaga Ochoa como coautores "...del delito de contrabando de primer grado a que se contrae el numeral 2º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977...".

Tramitada la causa, el Fiscal del Juzgado solicitó el pronunciamiento de sentencia absolutoria; el Juzz del conocimiento, no obstante, puso fin a la primera instancia con la sentencia del 6 de diciembre de 1984 en la cual condenó a los procesados D'Achiardi de López y Chavarriaga Ochoa a la pena de dicciséis meses de prisión y a las accesorias correspondientes; así mismo declaró que el automotor retenido era de contrabando y dispuso su decomiso.

El Fiscal Primero del Tribunal Superior de Aduanas solicitó la revocatoria de la sentencia condenatoria, petición que no fue acogida por la Sala que resolvió confirmar la decisión que había sido apelada, con la modificación de que en ese fallo se impuso la pena de ocho meses de prisión por estimar que se había cometido un delito de contrabando de segundo grado. Contra esta sentencia se interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor de la procesada D'Achiardi de López solicita que se case la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Aduanas en contra de su representada. Para sustentar su pretensión formula tres cargos diferentes: Apoya su primer cargo en la causal tercera de casación, bajo la consideración de que la sentencia se dictó en desacuerdo con los cargos deducidos en el auto de proceder. La procesada fue llamada a responder en juicio criminal por un delito de contrabando en primer grado que sustancialmente consiste en importar o exportar mercancía de prohibida importación o exportación, o en realizar una de estas conductas en relación con mercancía que no se presenta a las autoridades aduaneras o, en fin, cuando el tráfico internacional se consigue por el empleo de afirmaciones o documentos falsos. La sentencia en cambio se profirió por el delito de contrabando en segundo grado, que dice relación con la realización de comportamientos que se cumplen con posterioridad a la introducción de la mercancía. En estas condiciones afirma que no hay consonancia entre el auto de proceder y la sentencia y solicita, en consecuencia, la anulación de la sentencia que acusa.

El segundo cargo lo hace consistir en que el Tribunal "...incurrió en notorio error de hecho que lo llevó a violar directamente normas sustanciales del Código Penal, del Código Civil, y en su carácter de medio, varias normas procedimentales...". El error de hecho estriba en que a una carga suscrita por la procesada se le dio un valor que no tiene, para deducir de ella un contrato de compraventa sobre el vehículo automotor reputado de contrabando, con desconocimiento de su contenido y de la ley.

Formula un tercer cargo con base en la causal primera de casación porque estima que la ley penal aduanera se aplicó indebidamente habida cuenta de que la condena hace referencia a un delito de contrabando de segundo grado, pero esta modalidad delictiva presenta diversas formas y a ninguna de ellas se aludió en particular. Existe para el caso en estudio una regulación que prohíbe la venta de automotores importados por los diplomáticos, antes del vencimiento de un plazo, pero esta reglamentación fue desconocida en la sentencia.

LA RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del actor y pide que sean desestimadas. En cuanto al primer cargo afirma que resulta muy discutible que los delitos de contrabando de primero y segundo grados constituyan delitos perfectamente autónomos, pues si se atiende a la naturaleza del objeto jurídico tutelado y al contenido de la conducta penalizada, las dos infracciones son especies del género contrabando. Además, de aceptar los planteamientos del recurrente, tendría que dictarse sentencia en concordancia con el auto enjuiciatorio, con desmedro de los intereses del poderdante del actor.

En relación con el segundo cargo estima que el yerro aducido no constituye un error de hecho porque no se trata de la injustificada omisión de una prueba ostensible, de su suposición o distorsión; se reduce el cargo a discutir el valor probatorio de un documento, tema que es más propio del error de derecho.

También encuentra infundado el tercer cargo, pues considera que la condena se hizo con base en norma legal correctamente escogida. La violación del Decreto 41 de 1966, que prohíbe a los diplomáticos la venta de los

vehículos nacionalizados al amparo de sus previsiones, antes de cumplirse tres años desde su nacionalización, es un paratipo que remite a la aplicación de la disposición que consagra el contrabando de segundo grado, que fue lo que adecuadamente hizo el juzgador.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las normas de carácter instrumental conforman un conjunto armonioso de disposiciones que pretenden hacer de la actividad procesal un mecanismo coherente para el descubrimiento de los hechos y el juzgamiento de las personas a quienes éstos se atribuyan. En ese orden de ideas es necesario tener en cuenta que los jueces sólo pueden poner en actividad los instrumentos de que el Estado los ha dotado cuando exista la posibilidad de que se haya realizado conducta punible; que solamente pueden vincular a personas mediante indagatoria o emplazamiento, en los casos señalados en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal y que al resolver en la calificación del mérito del sumario las situaciones de estas personas, sólo podrán ser llamadas a responder en juicio criminal aquellas respecto de quienes exista la prueba mínima prevista en el artículo 481 ibidem, en la medida en que se halle comprobado en forma plena el cuerpo del delito. Para el pronunciamiento de sentencia de condena es indispensable la plena prueba del delito, y de la responsabilidad.

El auto de proceder que constituye el pliego de cargos que el Estado formula contra un procesado para que se defienda de ellos en la etapa de la causa, debe ser el fiel reflejo de la realidad probatoria aportada a la investigación y el punto necesario de referencia para la determinación final que se toma en la sentencia. Dicha providencia no es de forma libre y debe, por tanto, someterse a los lineamientos que le traza el Código de Procedimiento Penal, entre los cuales y para los efectos de la determinación que ahora habrá de tomarse, se destaca que es indispensable hacer en la motivación un análisis de las pruebas que demuestran el cuerpo del delito y de aquellas en que se funda la imputación al procesado; exige, además, la ley vigente, que se haga la calificación genérica del hecho que se imputa con las circunstancias conòcidas que lo especifiquen; por último ordena que en la parte resolutiva, que es la conclusión de las premisas sentadas en la motivación, se haga el llamamiento a juicio por el correspondiente delito determinado por su denominación genérica.

Las reglas procesales procedentemente relacionadas no son el producto de un mero capricho legislativo; ellas buscan permitir el adecuado y normal ejercicio del derecho de defensa, cuando se demanda que en la motivación se haga una específica imputación; y el exigir que en la parte resolutiva se haga el llamamiento a juicio con base en la denominación genérica del delito, se pretende que la sentencia pueda hacer referencia a la conducta delictiva que en concreto fue objeto de imputación o a otra dentro del mismo género, siempre que por la presencia de nuevas pruebas o el reexamen jurídico de los hechos, se llegue a la conclusión de una diversa adecuación típica, en la medida en que los cargos hayan sido debatidos para la garantía del citado derecho de defensa.

Requiérese de todas maneras que la sentencia se diete en consonancia con los cargos deducidos en el auto de proceder, correlación que se presenta no solamente en los casos en que la decisión que pone fin al proceso tome en cuenta la misma conducta típica que motivó el enjuiciamiento, sino cuando en la sentencia se condena por delito descrito en otro tipo penal del mismo género. Aclárase que la identidad en el género no se satisface por el simple hecho de que las conductas típicas de que se trate tengan la misma denominación jurídica, es necesario, además, que ellos describan la misma clase de comportamieno, aun cuando en uno de csos hechos punibles se haga referencia a circunstancias diversas que permitan su especialidad. En otras palabras que la relación entre la norma penal que da origen al cargo y aquella que sirve de base a la condena no sea meramente nominal, pues entre esos dos preceptos debe existir la identidad sustancial aun cuando difieran en sus elementos circunstanciales.

Aplicados los anteriores lineamientos al caso que se examina, llégase a la conclusión de que no hay consonancia alguna entre los cargos formulados en el auto enjuiciatorio y la sentencia, pues a pesar de que tanto el delito que dio lugar a la formulación de cargos como aquel por el cual se condenó se amparen bajo la genérica denominación de contrabando, la descripción legal de cada una de esas conductas es completamente diversa, pues cada una de ellas se refiere al comportamiento formal y sustancialmente diferentes. En efecto, el llamamiento a juicio hizo referencia a un delito de contrabando de primer grado definido en el numeral 2º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, concretamente por cuanto el Tribunal consideró que la sindicada, de consuno con el otro indagado, introdujo al país un automotor sin presentarlo a las autoridades aduaneras para su nacionalización. En la sentencia se condenó por delito completamente diferente, pues se acepta en dicha providencia que la procesada tenía derecho, en su condición de diplomática, a introducir privilegiadamente el automotor, aun cuando ese derecho no le confería facultad para enajenar el automóvil; en consecuencia, la condenó con fundamento en la conducta típica prevista en el numeral 40 del artículo 6º de la ley citada, que reprime el hecho de enajenar, arrendar, o destinar a fines distintos de los autorizados, mercancías admitidas temporalmente en el país.

La tramitación procesal indicada revela que a los procesados se les formuló el cargo de haber introducido un automotor sin presentarlo a las autoridades aduaneras para su nacionalización y se les condenó por haber enajenado ese vehículo cuya entrada al país había sido autorizada en forma temporal por las autoridades aduaneras, aseveraciones contradictorias, lo que revela que aquéllos estuvieron en imposibilidad de defenderse de un cargo que nunca se les hizo.

En este orden de ideas la primera petición formulada en la demanda de casación estaría llamada à prosperar; no obstante, advierte la Sala que en el auto de proceder se incurrió en causal de nulidad que, oficiosamente, debe ser declarada por esta Corporación. No se trata de nulidad legal consagrada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por error relacionado con la denominación jurídica de la infracción, sino de nulidad de carácter constitucional por violación de formas sustan-

ciales del proceso, originadas en la ausencia de precisión de cargos en el auto de proceder.

En efecto, una vez descartada la ilícita importación porque el bien se introdujo al país con la debida autorización de los funcionarios de aduanas, a los procesados se les ha atribuido la realización de una conducta que podría constituir contrabando de segundo grado por haber enajenado bien que fue introducido temporalmente al país. Los argumentos para llegar a esta imputación están consignados en la sentencia de condena, de manera que el auto de proceder omitió el cumplimiento de requisitos formales y sustanciales imprescindibles que conducen a su nulidad, ya que esta pieza procesal sólo puede proferirse cuando se halle plenamente acreditado el cuerpo del delito, vale decir la prueba inconcusa de que se ha realizado una determinada conducta delictiva y no otra diferente. La plena demostración del cuerpo del delito exige del juzgador el deber de analizar las pruebas que lo acrediten, precisando su calificación y los medios de convicción que lo especifiquen.

Esta defectuosa concepción y redacción del auto de proceder no es mera informalidad intrascendente, constituye, por el contrario, violación de las formas propias del juicio con menoscabo del derecho de defensa, lo que representa nulidad de carácter constitucional que, como lo ha reiterado esta Sala, debe ser declarada de oficio.

La Corte dejó consignado el mismo planteamiento cuando en precedente oportunidad dijo:

"No obstante, debe decirse que el juicio es nulo por no estar el auto de enjuiciamiento ajustado a la preceptiva perentoria del último inciso del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal. Esta Corporación viene afirmando de tiempo atrás que el referido auto "no es acto procesal de forma libre, que el Juez pueda realizar de cualquier manera para el fin del juzgamiento", desde luego que él debe ceñirse en lo esencial a la citada disposición. De ahí que paralelamente haya admitido que la imperfección sustancial de esa providencia, v. gr., la imprecisa o ambigua definición del delito imputado o la deficiente formulación del cargo, de modo que perturbe o imposibilite el normal ejercicio de la defensa, o haga imposible o difícil la ampliación del derecho en la sentencia, genera la nulidad supralegal consagrada en el artículo 26 de la Constitución, en la medida en que ésta demanda, para legalidad del juzgamiento, la observancia de la plenitud de las normas propias de cada juicio". (Cas. de agosto 28 de 1981 M. P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Como habrá de declararse la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de llamamiento a juicio, resulta innecesario hacer referencia a los demás cargos contenidos en la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

¹º Casar la sentencia recurrida.

²º En consecuencia se decreta la nulidad de todo lo actuado a partir

del auto de fecha tres de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, inclusive, en virtud del cual se calificó el mérito del sumario.

Cópiese, notifíquése y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.



ESTAFA

La estafa colectiva conforma una concurrencia de delitos conexos.

COMPETENCIA

A prevención.

En los delitos pluriofensivos, realizados en diferentes lugares, la competencia se fija a prevención.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas.

Aprobado: Acta número 020.

Bogotá, D. E., 11 de marzo de 1986.

Vistos

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el conflicto de competencia negativa suscitado entre los Juzgados Cuarto Penal del Circuito de Ibagué, y Segundo Penal del Circuito de Villavicencio.

HECHOS

El ciudadano Danilo Jaramillo Gallego, representante legal —según se afirma— de "Rifas Florencia", vendió por intermedio de terceros sendas boletas de la citada rifa a los señores José Fabio Mahecha Moreno y Pablo Emilio Moreno León, el primero en la ciudad de Ibagué, y el segundo de ellos en el Municipio de Restrepo, Departamento del Meta.

Realizado el sorteo de la Lotería del Huila el día 22 de febrero de 1985, los señores Mahecha Moreno y Moreno León resultaron favorecidos con algunos de los premios, pese a lo cual no pudieron obtener la entrega de

ellos y, en consecuencia, formularon la correspondiente denuncia penal, en momentos diferentes y ante funcionario competente de su respectiva localidad.

Con base en la denuncia formulada por José Fabio Mahecha Moreno, el Juzgado 19 de Instrucción Criminal de Ibagué inició la investigación penal mediante auto fechado el diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y cinco, en tanto que por la denuncia de Pablo Emilio Moreno León el Juzgado Promiscuo Municipal de Restrepo abrió la investigación el día diecinueve de junio de mil novecientos ochenta y cinco.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

- 1. Sea lo primero determinar si los dos hechos denunciados en forma independiente guardan conexidad de alguna naturaleza, y si por ella se debe o no conservar la unidad procesal para la investigación y fallo de los procesos. Así se pueden encontrar los siguientes elementos comunes:
- a) Unidad de sujeto activo: En ambas investigaciones, se ha señalado a Danilo Jaramillo Gallego como el autor del presunto delito de estafa, como quiera que éste es el representante legal —según se afirma— de Rifas Florencia, a través de la cual se colocaron las boletas ganadoras en los Municipios de Ibagué, Departamento del Tolima, y Restrepo, en el Meta.
- b) Unidad de adecuación típica: Los hechos denunciados, formalmente los mismos, presuntamente consistieron en inducir en engaño a terceros con el propósito de obtener provecho ilícito con perjuicio de tercero, pudiéndose configurar de esta forma, el delito de estafa previsto en el artículo 356 del Código Penal.
- c) Unidad de designio criminoso: Como quiera que las boletas vendidas a Mahecha Moreno y a Moreno León correspondían a una misma rifa, con idéntico día de sorteo, bajo una misma empresa, se puede afirmar que la idea criminal del autor de los delitos en cada uno de los eventos es una, y la existencia de múltiples víctimas no significa que con relación a cada una de ellas deba existir un designio criminoso diverso. Se trataría en la realidad del propósito de obtener una utilidad ilícita global a través de pluralidad de víctimas por el mismo medio engañoso.
- d) Unidad de los medios empleados: Para recalcar la evidente conexidad que existe entre los delitos denunciados, se debe precisar que los medios utilizados para lograr la obtención ilícita fueron los mismos, utilizados en diverso momento frente a cada una de las víctimas, pero con una relación estrecha e innegable, dentro de la misma secuencia, con unos mismos atractivos patrimoniales, con un idéntico responsable, con iguales condiciones, etc.
- e) Unidad de medios probatorios: Para uno y otro caso, es indispensable realizar una serie de pruebas comunes, como sería establecer la capacidad económica de la entidad que realizó la rifa, los métodos empleados por la misma para lograr la autorización de la rifa, la forma como se colocaron las boletas en poder de los diversos participantes, etc. Que se deban recaudar medios probatorios en diversos municipios, no elimina la comunidad de la prueba, ni aun en el caso de que tal hecho se deba a circunstancias espe-

cíficas de la particular relación de cada uno de los adquirentes con el patrocinador de la rifa.

De esta forma, resulta innegable que cada uno de los delitos puestos en conocimiento de las autoridades guarda estrecha relación con el otro, esto es, son delitos conexos que corresponden al fenómeno de concurso de hechos punibles regulado por el artículo 26 del Código Penal, lo que impone su investigación y fallo en un mismo proceso, de conformidad con las normas del artículo 168 del Código de Procedimiento Penal.

No se trata, pues, como pretende plantearlo el señor Juez Segundo Penal del Circuito de Villavicencio de una acumulación de procesos, porque esta figura no tiene cabida en la etapa procesal en que se encuentran las investigaciones. Es la necesaria observancia de las formas procesales la que impone la investigación conjunta de los hechos denunciados, y su fallo igualmente unitario.

2. Establecida la necesidad de adelantar las investigaciones bajo una misma cuerda procesal, corresponde ahora determinar en qué juzgado radica la competencia. Indudablemente, es el factor territorial el que juega papel preponderante en la asignación de la competencia; empero, siendo que las conductas delictivas tuvieron ocurrencia en dos sitios diversos, han de consultarse criterios ajenos al territorio para establecerla.

Tratándose del delito de estafa, su momento consumativo es aquel en el que se obtiene el provecho patrimonial como consecuencia de la inducción en error y en tales circunstancias la estafa se consumó en dos diversas circunscripciones territoriales: Ibagué y Restrepo.

Como factores determinantes de la competencia, se han fijado en la ley de procedimiento los siguientes: función del Tribunal, naturaleza del hecho, calidad de los procesados y territorio. Por lo que respecta a los tres primeros, no existe discusión dentro de este proceso, como que la acción corresponde a los señores jueces penales y el procesado no está, en ninguno de los casos, amparado por fuero especial. Débese entonces tener en cuenta lo previsto en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, relacionado con la competencia a prevención.

Como los diversos hechos denunciados tuvieron ocurrencia en sitios territoriales distintos, corresponderá conocer de todos los hechos conexos a quien primero haya iniciado el proceso penal, que en este evento lo es el Juzgado Penal de Villavicencio, y por tanto la competencia es de los funcionarios de esta ciudad.

Vale la pena recordar aquí lo que ya la Sala dijo en oportunidad anterior con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez (Auto de 9 de noviembre de 1982).

"En estas actividades delictuosas de estafa colectiva, en las cuales resulta un número indefinido y hasta desconocido de sujetos pasivos de la misma, que se desarrolla en múltiples lugares y por tiempo prolongado de ejecución, no es dable hacer señalamientos precisos y apoyar éstos en uno o dos factores que, a su vez, pueden ser respondidos por igual número de circunstancias, para sostener criterios distintos... Hay un aspecto de mayor

trascendencia, cual es el de precisar dónde el estafador obtuvo el provecho, consecuencial a los artificios o engaños empleados; en el caso sub-lite, debe entenderse por tal aquel en que se logró que alquien accediera a entregar su dinero o cosa para poder participar en una rifa fraudulenta. Allí donde el adquirente de la boleta fue convencido sobre el particular y se desprendió de su dinero (aceptó la cancelación de la antigua deuda), allí se realizó la estafa. Situaciones concomitantes o futuras, v. gr. la no entrega de premios, la verificación del sorteo, constituyen apenas comprobaciones de una conducta criminosa ya realizada. Aquel señalado factor es el que decide la competencia. Ahora bien, como se trata de un obrar pluriofensivo, que encuentra ofendidos diseminados en el tiempo y en el espacio, la circunstancia legal que da certidumbre a la competencia, viene a ser la que traduce el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal. Tiénese entonces, que la persona estafada cuando acude a denunciar el hecho, establece para la justicia penal una competencia preventiva, que tendrá además de este efecto la influyente consecuencia de proyectarse sobre la acumulación de investigaciones (concursos delictivos, conexidades, unidad de la acción con desarrollo múltiple y equivalente, etc.)".

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

RESULLVE:

DIRIMIR el conflicto de competencias planteado entre los Juzgados 4º Penal del Circuito de Ibagué y 2º Penal del Circuito de Villavicencio, determinando que corresponde el conocimiento de esta actuación al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA

El fallo que traduce sólo un criterio de responsabilidad objetiva, necesariamente exige un análisis probatorio del proceso o de la sentencia y la causal de casación que debe invocarse corresponde, técnicamente, con la de la sección segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Aprobado: Acta número 020.

Bogotá, D. E., 11 de marzo de 1986.

Vistos

Se procede a desatar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar (Mayo 2 de 1985), en la cual se impuso a Ana Belsu Martínez Osorio, por violación del Decreto 1188 de 1974, setenta y ocho (78) meses de prisión y cien mil pesos (\$ 100.000) por concepto de multa.

En tiempo oportuno se introdujo la impugnación, así reconocida en auto de 16 de julio de 1985, como también se declaró ajustada a derecho la correspondiente demanda, según proveído de 10 de septiembre del citado año.

HECHOS

De esta manera los relaciona el Tribunal Superior Militar: "...Da cuenta la investigación que el pasado cuatro (4) de septiembre cuando iba a abordar un vuelo de la empresa Air France con destino a Point A Pitre FT de France-Port Of Spain Caracas la particular Ana Belsu Martínez Osorio fue conducida por un personal de la Unidad de Policía Judicial del

Aeropuerto Eldorado, en virtud de que la maleta que portaba al ser revisada por éstos se encontró sospechosa, una vez en dichas oficinas en presencia de la retenida se procedió a abrir dicha valija y al efectuarse una requisa minuciosa fue hallada dentro de ésta una cantidad de una sustancia pulverulenta de mil cuatrocientos sesenta (1.460) gramos netos que al efectuársele la prueba correspondiente dio como resultado cocaína clorhidrato al 91% de pureza.

"Este proceso se inició con base en el informe rendido al Director de la Policía Judicial del aeropuerto Eldorado y en la diligencia de acta de incautación, identificación, pesaje, toma de muestra y guarda de una sustancia pulverulenta al parecer cocaína, con un peso total de 1.510 gramos que fueron encontrados en la maleta perteneciente a Ana Belsu Martínez Osorio, quien pretendía ocupar puesto en una aeronave de la Air France con destino al exterior.

"La maleta que fue reconocida como suya por la sindicada, resultó tener un doble fondo cubierto por una lámina de fibra que escondía el estupefaciente, pues que al ser examinada dicha sustancia dio una coloración azul propia para la identificación de cocaína.

"Dicha sustancia al ser examinada en el laboratorio de estupefacientes del Instituto de Medicina Legal dio resultados positivos para cocaína con una concentración de pureza al 91%.

"En la indagatoria a que fue sometida Ana Belsu Martínez Osorio dice que ella conoció un mes antes a un muchacho en Unicentro, con quien entabló un sábado, diálogo, hasta llegar a una cafetería identificándosele con el nombre de Edwan, pero sin recordar el apellido, habiéndola acompañado hasta su casa en el carro que era manejado por otro muchacho y que posteriormente la llamó y la invitó a comer, habiendo salido con él esporádicamente, hasta llegar a invitarla a salir del país, efectuando un viaje a Martinica el 14 de agosto donde él la esperó, hospedándose en el Hotel La Marina donde pasaron 12 días antes de regresar. Días después estuvieron hablando y le envió un tiquete con una maleta el lunes 3 con dos muchachos que le dijeron que Edwan le había mandado la maleta para que echara las cosas ahí, contestándoles ella que tenía maleta y recibiendo como réplica que la de ella estaba muy fea, accediendo entonces a empacar sus cosas para viajar al otro día, quedando con Edwan que la esperaba en Guadalupe...".

LA DEMANDA

Al amparo de la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ("Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea"), se formula el siguiente cargo:

Al emitir el fallo acusado, se quebrantó el artículo 5º del Decreto 100 de 1980. En efecto, existe demostración plena en cuanto a la Martínez Osorio como poseedora de la maleta que guardaba la mencionada cantidad de cocaína y que pretendía salir del país; pero nada dice el proceso en relación con su animus delictus, esto es que conociera de ese contenido ilícito y menos su propósito de transportarlo con intención de comercio.

Como conclusión de sus afirmaciones, anota: "...No aparece en el sumario alguna prueba o indicio de que mi procurada hubiera mandado a confeccionar dicha valija; tampoco aparece demostrado que ella hubiera sido la que empacó dicha sustancia; y mucho menos aparece desvirtuada su versión en el sentido de que el día antes de su viaje le fue llevada la maleta. Luego todo esto, nos lleva a concluir que la responsabilidad demostrada en el proceso, es la llamada responsabilidad objetiva, totalmente prohibida por nuestra legislación penal. Quiero manifestar y repetir cuantas veces sea necesario que mi representada es totalmente inocente. Es injusto el tratamiento penitenciario que se le está dando a la señorita Ana Belsu Martínez Osorio, porque como lo vuelvo a repetir su conducta no es censurable por no tener la pinta criminal".

Con apoyo en la causal 4ª ("Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad") del citado dispositivo, se anotan estas dos censuras:

- 1. Se quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional, al no evacuarse las citas hechas por la sentenciada en su indagatoria. Sobre este particular comenta el memorialista: "El Despacho no practicó una inspección judicial a la casa de la sindicada, para verificar esta versión ('yo vivía con mi niña'), de ahí que cuando le llevaron la maleta, los dos sujetos, amigos de Edwan, ella no tuvo testigos qué nombrar, declaraciones éstas que hubieran sido útiles para demostrar la inocencia de mi procurada. Pues aquí nace la duda, al no poderse demostrar con estos medios que la versión de mi procurada fue veraz, resolviéndose la duda a favor de mi patrocinada". Y es el señor Agente del Ministerio Público quien se agarra de esta falta, al decir al folio 113: "Dentro de los descargos igualmente no aparece un testimonio donde favorezca a la sindicada que diga que el día tal unos sujetos le llevaron la maleta...". De manera pues que esta falta de pruebas, en el proceso, la conduce a la sentencia, siguiendo con la falta de comprobación de citas, observo que no se ofició al Departamento de Emigración del DAS, para verificar si, el sujeto Edwan, salió o no del país, también encuentro esta versión (Fl. 14): "Yo llegué allá al Hotel La Marina el 14 de agosto, él fue al hotel el sábado a buscarme o sea el 18". El Juez instructor no ofició al Hotel La Marina para determinar esta versión. Más adelante se le pregunta a la misma sindicada (Fl. 15): "¿Qué hacía usted antes de conocer a este señor? Contestó: "Yo, pues el papá de la niña me dejó una plata y yo vivo de esos intereses". Sobre este particular tampoco el instructor no hizo ninguna averiguación, pues mi representada tenía solvencia económica para vivir más o menos decentemente y no tenía necesidad de transgredir la ley, en el delito que se le imputa. Más adelante se le pregunta: que quién compró el pasaje, y ella responde que no sabe (Fl. 16). Interrogante éste que es de vital importancia para la investigación, por cuanto únicamente se tiene por demostrado en una responsabilidad objetiva, cual es el hecho de encontrarse la sustancia en la valija, pero no se ha demostrado la participación, ni siquiera remota en el querer transportar la droga criminosa.
- 2. "Al folio 119 —escribe el censor— se encuentran las firmas de las personas que intervenimos en la Audiencia del Consejo Verbal de Guerra, celebrado el día 10 de noviembre de 1984. En la parte final de esta acta,

se encuentra claramente la fijación del día 19 de noviembre de 1984, a las 14:00 horas para la lectura y notificación de la sentencia a las partes. Llegado ese día, el Consejo Verbal de Guerra, no se reunió, tal como lo dejé expresado en la constancia que obra al folio 135, razón por la cual ha debido instalarse el Consejo, y dejar la constancia de ley, cosa que no se hizo, ya que la sentencia y como puede observarse al folio 128 y siguientes, tiene fecha 19 de noviembre de 1984 y la notificación se produjo el día 22 de noviembre de 1984, tal como consta al folio 139 fuera de Audiencia Pública, configurándose la nulidad de rango constitucional, al no celebrarse la continuación de la audiencia en el día y hora señalados, como tampoco, haberse notificado dicha sentencia en sesión plena, tal como lo dispone el artículo 582 del Código de Justicia Penal Militar''.

Como adición de normas violadas se citan los artículos 297, 444 y 582 del Código de Justicia Penal Militar y el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES DEL PROCURADOR DELEGADO PARA LAS FUERZAS MILITARES Y DE LA SALA

En cuanto a la primera de las censuras, y que tiene por fundamento el aparte primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, es notoria su falta de técnica, puesto que esta causal exige la aceptación de los elementos probatorios deducidos por el fallador, cuestionándose "solamente los defectos de aplicación de la ley, bien por haber sido ignorada, o seleccionada indebidamente o por habérsele interpretado en forma errónea".

No alcanza a comprender la Sala cómo el impugnador puede afirmar que el fallo pronunciado traduce, simplemente, un criterio de responsabilidad objetiva, sin que tal apreciación se vincule a un análisis probatorio del proceso o de la sentencia. Resulta evidente que para poder determinar si un fallo corresponde a esta orientación, se hace necesario un estudio de esta indole. Pero, de realizarse este escrutinio, que está vedado en el caso de la violación directa pues el impugnante debe admitir "los hechos como quedaron establecidos y fueron apreciados y valorados en la sentencia", la causal no sería la invocada sino la de la segunda sección del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. El recurrente intenta soslayar, pero infructuosamente este es problema de técnica. Para apreciar la dimensión real del desacierto, bastaría indicar que dicha crítica aparece tan huérfana de demostración que su réplica consistiría en negarla, pues uno y otro aserto podrían tener igual valor, aunque es oportuno destacar que este último tendría mayor mérito al apoyarse en la doble presunción de acierto y justicia que acompaña a toda sentencia recurrida en sede de casación.

Respecto de la primera censura desarrollada con base en la causal cuarta, la respuesta es también negativa, bien porque las pruebas echadas de menos no las precisa en debida forma el impugnador, bien porque no señala su trascendencia en punto de demostrar que, de haberse producido, habrían dado lugar a un fallo absolutorio; pero, de otro lado, tales comprobaciones aparecen como imposibles de practicar, por su imprecisión y vaguedad, o se muestran como pretextos exculpatorios de la procesada.

En efecto, no se observa qué nota de importancia tenga el que se practicara una inspección judicial en casa de la Martínez Osorio, para determinar si ésta vivía o no con su hija, y sus viajes fuera del país y el transporte de la cocaína; y no se entiende cómo el Juez instructor estuviera en condiciones de citar como testificantes a personas de las cuales la propia sentenciada desconocía sus nombres y direcciones; como tampoco el que se eche de menos la versión de terceros sobre los cuales el recurrente anota que la sentenciada "no tuvo testigos qué nombrar".

Pero la ausencia de estas pruebas, así como su análisis y repercusiones, no se acomoda a aspectos tanto relacionados con el debido proceso como sí al tema que encuadra la causal primera, aparte segundo, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Se trata, sencillamente, de una controversia probatoria que, por lo bajo, como lo indica el propio memorialista, tiene que resolverse mediante la aplicación del indubio pro reo. Pero de ubicarse el debate en estos términos debe recordarse que, en esta clase de juicios penales, como lo tiene reconocido la doctrina de la Corte, no es posible cuestionar la fuerza probatoria acordada por los vocales a los medios de convicción estimados para su respuesta, como tampoco puede aceptarse semejante controversia en procesos en los cuales interviene el jurado de conciencia.

Finalmente, en cuanto al último de los cargos, valga la reproducción de la tesis de la Delegada:

"El hecho de no haberse notificado la sentencia de primer grado, o sea cuando se citó para la lectura del acta y sentencia, lo anterior no constituye nulidad supralegal ni nulidad relativa, solamente una simple irregularidad. Como bien lo anota el señor Fiscal Sexto del Tribunal Superior Militar en su concepto a folio 178 y ss. del primer cuaderno original, ese día 19 de noviembre de 1984 no se dio lectura al acta y a la sentencia, ya que según constancia de la Secretaría del Consejo de Guerra Verbal, la Cárcel El Buen Pastor de esta ciudad no pudo remitir a la procesada para ese día, por cuanto el Ministro de Justicia había suspendido las remisiones de detenidos. La Presidencia del Consejo Verbal en ese folio 136 y por auto de 19 de noviembre de 1984 y teniendo en cuenta el anterior informe secretarial, señaló el día 22 del mismo mes y año a las 14:00 horas para la lectura del acta y sentencia...".

Ninguna de las censuras prospera.

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

RESUELVE:

No casar, la sentencia ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza. Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José H. Velásquez R. Secretario.

IMPEDIMENTO

Amistad.

Las relaciones entre un profesional del derecho y su asistido, pueden generar entre ellos sentimientos de amistad, pero de una amistad que no siempre reviste las calidades de profunda e íntima, ya que se puede quedar en los límites de un trato simplemente deferente.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado: Acta número 021.

Bogotá, D. E., 12 de marzo de 1986.

VISTOS

El señor doctor Raúl Trujillo Cortés, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, se consideró impedido para conocer en segunda instancia de la consulta del sobreseimiento definitivo con que fuera favorecido Juan Andrés Botero Rodríguez, sindicado por un delito culposo de homicidio.

El Magistrado Trujillo Cortés, apoya su posición en el hecho de que en pasada ocasión fue denunciado penalmente ante la Corte por un inexistente delito contra la administración de justicia y que en dichas diligencias estuvo asistido por el doctor Jesús Bernal Pinzón profesional del Derecho quien es en la actualidad el apoderado del sindicado en el sumario que como Magistrado debe revisar.

Expresa el Magistrado, que "...el señor doctor Jesús Bernal Pinzón aparece como apoderado del sindicado, circunstancia que me lleva a fijar una posición frente a los demás integrantes de la Sala Penal Decisoria. El citado profesional, me asistió en calidad de personero judicial en un proceso que adelantó la honorable Corte Suprema de Justicia contra la Sala presi-

dida por el doctor Ricardo Romero Riveros —en uso de buen retiro— de la cual yo hacía parte y por el delito de prevaricato y según denuncia formulada por Pedro Julio Espinosa Vargas, diligenciamiento que se finiquitó por sobreseimiento definitivo.

"La anterior gestión fue prestada por el distinguido abogado en forma desinteresada y con gran profesionalismo, que hicieron nacer en mí una relación no sólo de gratitud, sino de amistad. Considero que constituye esa situación una hipótesis de impedimento que si bien no calza exactamente en las señaladas en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, sí me restan independencia moral, indispensables para los intereses de la justicia..." (fl. 23).

La anterior manifestación fue puesta en conocimiento de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal, quienes consideraron infundado el impedimento, argumentando que "el hecho de que el apoderado de una de las partes, haya sido en oportunidad anterior representante judicial del juzgador, no se encuentra expresamente consagrado como causal de impedimento en nuestro ordenamiento jurídico...". Agrega el Tribunal que "...tampoco el reconocimiento de los servicios prestados por el profesional, configura el ligamen exigido por el artículo 78, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal...".

SE CONSIDERA

Ha querido el legislador, como garantía de imparcialidad en la administración de justicia, que el funcionario que tenga motivo que pueda alterar la serenidad de su conciencia o la rectitud de su juicio en su labor juzgadora, así lo manifieste y se abstenga de fallar el asunto sometido a su consideración.

Las razones que pueden llevar al Juez a adoptar esta determinación, son no obstante taxativas y las enumera el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Entre los motivos de recusación o impedimento que contempla la ley, se encuentra la amistad entre el funcionario y cualquiera de las partes que intervengan en el proceso. Lo anterior, porque es apenas natural que las relaciones de la vida en sociedad hagan nacer entre las personas vínculos de afecto, en ocasiones tan profundos que priven al fallador de la ecuanimidad necesaria en su delicada función juzgadora.

Pero el Código de Procedimiento Penal no ha erigido como causal de impedimento la amistad, pura y simple, sino como lo ha sostenido reiteradamente la Corte: "...la amistad intima, vale decir, aquella que trasciende los planos de los formalismos y conveniencias propios de la vida de relación, para adentrarse en el restringido ámbito de una comunicación sentimental y espiritual entre dos seres que se identifican o complementan y que mantienen por eso, más o menos estables relaciones interpersonales de complementación mutua y desinteresada ayuda...". (Corte Suprema de Justicia, auto del 6 de diciembre de 1979).

En el caso que se examina, la manifestación inhibitoria del Magistrado, no se fundamenta en esa amistad íntima, en estrechos lazos de compañerismo con el doctor Bernal Pinzón, sino en simples relaciones profesionales surgidas entre ellos por el hecho de que el abogado en ejercicio, en pasada ocasión, asistió al Magistrado como su apoderado en unas diligencias penales.

Admite la Sala que estas relaciones entre un profesional del Derecho y su asistido, pueden generar entre ellos sentimientos de amistad, pero de una amistad que no siempre reviste las calidades de profunda e íntima, ya que se puede quedar en los límites de un trato simplemente deferente.

Esto último sucede en el caso que se examina, porque el Magistrado Trujillo Cortés no afirma que exista entre él y quien fuera su apoderado, amistad íntima y se limita a expresar que la razón que asoma como impedimento NO CALZA exactamente dentro de ninguna de las causales que enumera taxativamente la ley y que sólo obedece a la gratitud que siente hacia quien defendió ante la justicia sus intereses.

Se trata entonces de delicadeza personal, de un sentimiento de orden moral, sin fuerza suficiente para ser calificado como impedimento de carácter legal. Los motivos exteriorizados por el Magistrado se inspiran en el anhelo de colocar su nombre por encima de malos entendidos, en loable propósito, que no constituye sin embargo motivo legal como para separarlo del conocimiento del sumario.

Sobre este aspecto es conveniente conocer como antecedente doctrinario, el auto del diecisiete de febrero de 1981, donde la Corte, al decidir un caso análogo al que hoy nos ocupa, expresó lo siquiente:

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

Debe concluir, en consecuencia la Corte, que si bien es verdad que quien experimenta un sentimiento de amistad es quien dispone de mejores medios para valorarlo, no es menos cierto que de la propia valoración que hace el Magistrado de su vinculación con el doctor Bernal Pinzón, no se puede colegir la existencia de una amistad íntima, sino tan sólo un sentimiento de gratitud, sin fuerza suficiente para alterar la rectitud de su juicio o la ecuanimidad de su criterio.

Lo anterior es suficiente, para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, considere infundado el impedimento manifestado por el doctor Raúl Trujillo Cortés, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del presente sumario y ordene devolver el expediente a la Oficina de origen para que siga su curso normal.

Cópiese, notifiquese y devuélvase a la Oficina de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José H. Velásquez R. Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

En los tipos penales de conducta compuesta alternativa, la colisión de competencia territorial, se resuelve frente al principio del conocimiento a prevención.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo.

Aprobado: Acta número 024.

Bogotá, D. E., 18 de marzo de 1986.

Vistos

De conformidad con las previsiones del artículo 69 del Código de Procedimiento Penal, de plano resuelve la Corte el conflicto de competencias suscitado entre los Juzgados Penales del Circuito de Cali (Valle) y Caloto (Cauca), respecto al conocimiento de las diligencias investigativas que por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes se adelanta contra Angel Oliverio Molina Echavarría.

HECHOS

Los que generaron el proceso tienen que ver con la captura de Angel Oliverio Molina Echavarría, realizada el 29 de octubre del año inmediatamente anterior en el terminal ferroviario de la ciudad de Cali, cuando se dirigía a Cartago llevando una caja de cartón con aproximadamente 25 libras de marihuana (fol. 1).

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

1º Antecedentes procesales: El criterio de los funcionarios trabados en colisión se puede resumir de la siguiente manera:

Para el Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali, el sitio donde se "compró" la yerba, determina el Juzz llamado a conocer de la investigación, y,

como la exposición del sindicado ante la Policía resulta creíble en el sentido de que ello ocurrió en Corinto (Cauca), la competencia radica en este funcionario a quien le remite la actuación para los fines del caso (fol. 2).

El Juzgado Penal del Circuito de Caloto estima a su turno que las posiciones del procesado son contradictorias acerca del lugar en donde "adquirió" la yerba, que al estar plenamente probado que "la llevaba consigo o transportaba" al momento de su aprehensión en la ciudad de Cali, son los Jueces de esta capital los llamados a conocer del diligenciamiento, según lo dispone el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

2º Apreciaciones de la Sala: Elementales son las precisiones que debe hacer la Corte para desatar la colisión materia de estudio.

En la descripción del delito de tráfico de sustancias que producen dependencia, el legislador ha empleado varios verbos rectores que alternativamente señalan la conducta que debe cumplir el agente. Se caracterizan estos tipos penales que la doctrina denomina compuestos alternativos, porque el delito llega a su comisión con la realización de una o de varias de las conductas descritas en ellos. Puede ocurrir, por lo tanto, que el agente haya realizado diversos comportamientos de aquellos descritos en un mismo tipo penal y que esas conductas se hayan verificado en lugares de diversa jurisdicción, caso en el cual es forzoso llegar a la conclusión de que el hecho—pues se trata del mismo delito— se cometió en diversos lugares, de suerte que para la determinación de la competencia resultan aplicables las reglas del conocimiento a prevención.

Si el estupefaciente se adquirió en un Distrito o Circuito y se transportó o llevó consigo en otro, es innegable que en cada uno de esos lugares se cometió el delito y la competencia para su juzgamiento se deducirá de lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal sobre la competencia a prevención. En este caso, el Juez competente por la naturaleza del hecho lo será el del lugar en que primero se formule la denuncia o en que primero se inicie la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al procesado.

3º Conclusiones: Como las situaciones anteriores se dieron en la ciudad de Cali (Valle), es al Juez de esta localidad, específicamente el 16 Penal del Circuito, el que debe conocer y fallar esta averiguación.

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

RESULLVE:

- 1º Dirimir la colisión de competencias planteada en el sentido de asignarla para conocer y fallar del presente proceso en el Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali (Valle).
 - 2º En firme esta decisión remítase lo actuado al citado despacho.
 - 3º Comuníquese lo resuelto al señor Juez del Circuito de Caloto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

PARTE CIVIL

Personería sustantiva.

Las dificultades que pueda afrontar un profesional del derecho en los casos a él encomendados, son consecuentes con la dedicación absoluta que les debe dispensar, sin que se pueda sostener que le causaron perjuicios. Por lo tanto, carece de personería sustantiva para constituirse en parte civil.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Aprobado: Acta número 024.

Bogotá, D. E., 18 de marzo de 1986.

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, en auto de 9 de abril de 1985, rechazó la demanda de constitución de parte civil presentada en su propio nombre por la doctora María Teresa Gómez de Castellanos, dentro del proceso adelantado contra la doctora Luz Marina Gutiérrez de Silva, Juez 46 de Instrucción Criminal de Bogotá, por el presunto delito de prevaricato, y en donde la ahora demandante es denunciante de actuaciones que consideró delictivas, en proceso adelantado en el referido Juzgado y donde ella fue apoderada del sindicado Francisco Ruiz Mosquera. Contra tal determinación se interpuso recurso de apelación, el cual fue debidamente concedido mediante auto de fecha 16 de marzo de 1985.

HECHOS

Sin denominarlos, así los consigna el Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"Por auto de nueve (9) de abril de 1985, el Tribunal Superior de Bogotá, rechazó la demanda de constitución de parte civil presentada en su propio nombre por la doctora María Teresa Gómez de Castellanos, dentro del proceso de la referencia, en el cual aparece como denunciante. El Tribunal concedió en el efecto devolutivo el recurso, debidamente sustentado, habiéndose remitido las diligencias a la honorable Corte (Fls. 64 y siguientes, 72; Cuad. 19).

"Complementadas las copias inicialmente remitidas y corrido el traslado a este despacho, se procede a emitir el correspondiente concepto, previa anotación de encontrarse debidamente concedido el recurso.

"En la providencia referida del Tribunal se anota que la abogada mencionada formuló en su propio nombre, denuncia contra la Juez 46 de Instrucción Criminal, doctora Luz Marina Gutiérrez de Silva, por prevaricato por acción y omisión en el proceso que instruía contra Francisco Ruiz Mosquera; que la misma profesional presentó demanda de constitución en parte civil, en su nombre y como denunciante, para el pago de los correspondientes perjuicios, por estimar que además de los perjuicios ocasionados a la administración pública también se le causaron a ella, dada la dedicación con que en tres meses —tiempo de detención de su representado Francisco Ruiz Mosquera— hubo de atender el proceso correspondiente, para reparar la injusticia cometida con aquél, como se reconoció por el Juez del conocimiento y el Tribunal, hasta cuando se dispuso su libertad, lo cual representó rechazar poderes de otras personas y el tiempo que hubo de dedicar a este caso y "...así estuve prácticamente imposibilitada durante el tiempo señalado..."; y se le causaron también perjuicios morales, habiendo sufrido consecuencia por represalias en su contra; pidió se aplicará el artículo 108 del Código Penal.

"Se anota en la providencia, que la denunciante como profesional representó al procesado Ruiz Mosquera en proceso instruido por la acusada y que el acta de inspección judicial sobre éste, establece la actividad de la apoderada: menciona el artículo 2341 del Código Civil en cuanto a indemnización por delito, o culpa y que la acción civil la ejercen los perjudicados o sus herederos en el proceso penal, anota quiénes son titulares de la acción civil (artículo 125 C. P. P.) y expresa que hasta el momento no existen pruebas que acrediten 'personería sustantiva' de la demandante, como titular del derecho, pues éste debe provenir de situación jurídica clara y concreta en cuanto al daño producido por el delito, porque de no ser así, serían muchas las personas que podrían hacerse parte en el proceso penal; que en este caso los perjuicios alegados '...son los circunstanciales al ejercicio de la profesión de abogado...', cuya función social conforme al Decreto 196 de 1971, es la de colaborar con las autoridades, asistir a las personas en el desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas, lo cual significa que al asumir un poder, el abogado contrae las correspondientes obligaciones; pero esto no significa que le transfiera el cliente el derecho de participar en las indemnizaciones que le puedan corresponder y que el cumplimiento de su gestión, le impone vigilar la marcha del proceso, concurrir a las diligencias y demás actuaciones necesarias.

"Al sustentar el recurso interpuesto, expresó la denunciante que si es cierto con la acción civil se busca el resarcimiento del daño, también lo es que se dirige a descubrir los hechos y cómo se consumaron; estima que el Tribunal interpreta equivocadamente sus alegaciones, pues se considera

perjudicada profesional y económicamente, con base en las mismas, porque dado el 'viraje' del proceso referido '...hube de quintuplicar mi actividad profesional y de vigilancia...' para evitar las irregularidades existentes, debiendo rechazar otros compromisos profesionales, con perjuicio suyo, no sólo moral, sino económico, lo cual no atendió el Tribunal para admitirla como parte civil; además, no se tuvo en cuenta que la Juez acusada se declaró impedida en relación con ella y no con su poderdante y que además en la misma fecha dictó otra providencia, cuando declarado el impedimento no podía tomar esta nueva determinación y además había dejado de pronunciarse sobre un acto urgente de instrucción, cual era resolver la situación jurídica del indagado; desde ese momento comenzaron los perjuicios de toda índole, lo cual indica conforme a las normas citadas, que sí es titular de la acción civil y que en consecuencia al rechazar su demanda, se le niega un derecho, sin analizar la situación dicha.

"En nuevo memorial dirigido a la honorable Corte, para sustentar el recurso, la apelante relata los hechos que dieron lugar al proceso contra su cliente, iniciado con base en copias de proceso por fraude mediante cheques, en el cual era denunciante el sindicado, poderdante suyo en el negocio en trámite en el Juzgado 46 de Instrucción, negocio en el cual se aplicó el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, expedidas aquéllas sin encontrarse en firme tal providencia; que recibidas las copias, la Juez mencionada, libró orden de captura contra Ruiz Mosquera, quien rindió indagatoria y que el 18 de agosto de 1983 la Juez acusada se declaró impedida por cuanto la apoderada como Magistrada la había postulado para un cargo judicial y aceptó la constitución de parte civil, decisión que no fue notificada; así el impedimento fue sólo parcial, violó los artículos 77 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y no aplicó el artículo 87 del estatuto dicho, pues se abstuvo de cumplir acto urgente de instrucción cual era resolver la situación jurídica del procesado, no obstante haber adoptado otra determinación; e insistió en sus razonamientos, para aducir su calidad de perjudicada moral y materialmente, por la dedicación que hubo de tener en el proceso respectivo, con perjuicio de otras actividades profesionales, perjuicio que desconoció el Tribunal y que la demanda sólo puede rechazarse por falta de personería y su aporte contribuiría a aclarar

"Las copias remitidas por el Tribunal complementadas con las enviadas posteriormente por disposición del señor Magistrado ponente, son las de la denuncia presentada por la doctora María Teresa Gómez de Castellanos contra la Juez 46, doctora Gutiérrez, por los hechos ya indicados afirmando que no existía amistad íntima y el motivo alegado no daba base para el impedimento; incurrió en prevaricato porque si se declaraba impedida y no resolvía la situación jurídica del indagado, no podía admitir la parte civil, providencia que no se notificó a su representado, con lo cual infringió los artículos 149 y 150 del Código Penal; que procedió aceleradamente y sin examinar debidamente la situación, con perjuicio de su representado privado de su libertad; se acompañaron copias difícilmente legibles de autos dictados en el proceso citado por los cuales se aceptó la demanda de parte civil a nombre del denunciante en dicho proceso y del auto de declaración de impedimento. La denunciante se ratificó consignando manifestaciones que en sustancia son las mismas y quedaron resumidas.

27772000

"Se dispusieron diligencias previas, entre éstas, inspección judicial al proceso contra Francisco Ruiz Mosquera, en el cual se estableció su trámite en relación con la denuncia (Fl. 26 copias) consistente en que recibidas las copias remitidas por el Juzgado 35 de Instrucción y al despacho de la Juez 46 en agosto 10 de 1983, se abrió la investigación el 13 y se dispone la captura, se recibió el 16 informe de la captura cumplida el 14, aparece poder en 16 para constituir parte civil y se presentó demanda, se recibió indagatoria al procesado el 17 de agosto, el 18 se acepta la constitución de parte civil, que no se notificó al procesado, si bien sí a las otras partes; en la misma fecha se declara el impedimento de la Juez 46 y se ordena pasar el proceso al Juzgado 48, providencia que no se notifica a las partes, aceptando este último despacho el impedimento y resolviendo la situación jurídica del implicado con detención preventiva, dictado después de recibidas otras pruebas, cumpliéndose posteriormente el trámite y envío del proceso al Juez del conocimiento, el cual revocó, cumplidas otras actuaciones, el auto de detención; y después de otras pruebas, se calificó con sobreseimiento definitivo, confirmado por el Tribunal, en providencias cuyas copias fueron agregadas a los autos (Fls. 32 a 48, Cuad. copias).

"Con base en lo anterior, se abrió la investigación presentándose la demanda de parte civil por la apelante, rechazada como queda dicho en la providencia materia de apelación (Fls. 53 a 74, Cuad. copias).

"Obra también copia de actuación posterior, consistente en la denuncia presentada por Francisco Ruiz Mosquera, quien coadyuva y ratifica la presentada por la anterior denunciante, a quien confiere poder para representarlo como parte civil, habiendo presentado la correspondiente demanda y haciéndose el correspondiente reconocimiento por el Tribunal, en auto de 15 de julio de 1985 (Fls. 75 y siguientes, Cuad. copias); debiéndose agregar que tal denuncia y demanda se refieren sustancialmente a los hechos ya reseñados, sin que sea necesario volver sobre los mismos.

"Se demostró la calidad de funcionaria de la acusada, con copias de los actos de su nombramiento y confirmación (Fl. 63) y acta de posesión; y aparece del proceso que actuó en diligencias materia de la denuncia".

CONCEPTO DE LA DELEGADA

Se comparte la decisión del Tribunal de no admitir como parte civil a la aquí denunciante y su motivación de hacerlo por cuanto "siendo ésta únicamente la apoderada del procesado perjudicado con la decisión de la funcionaria que se considera ilícita, no tenía la calidad de perjudicada con la infracción, ni consecuencialmente podía constituirse en parte civil".

Es cierto, también, lo expuesto por el Tribunal en el sentido de que "la conexión de la persona con el hecho ilícito debe ser concreta, pues de otra manera cualquier persona y con base en los efectos generales del delito en el orden social, podría alegar tal calidad y constituirse en parte civil".

[&]quot;Los perjuicios sólo pueden alegarse, para efectos de constitución de parte civil, respecto al directo perjudicado, pues en cuanto a su apoderado

se entiende que constituye la misma parte y que las mayores dificultades o atención que requiriera el caso, se relacionarían con su retribución u honorarios, determinados en vista de la labor cumplida, resumiéndose éstos en la mayor dificultad de la defensa en cuanto a los intereses del procesado; es decir, que el apoderado no puede entenderse afectado directa y separadamente y que las dificultades que experimentara en el ejercicio de su función son, como lo anota el Tribunal, efecto de aquélla.

٠٠...

"Tampoco puede entenderse demostrada ésta (la calidad de perjudicado con la infracción) por el hecho del inicial impedimento por situación alegada respecto a la apoderada, pues se trata de hecho previsto por la norma procesal, sin que del mismo pueda derivarse la consecuencia indicada; la mayor dedicación de tiempo y aun la preocupación que ocasionara el caso, se relacionan con el ejercicio de tal función, como ya quedó dicho, sin que de las mismas pueda deducirse perjuicio al apoderado, sino a quien en calidad de sindicado lo hubiera sufrido como se alega.

"Para reforzar lo anteriormente expuesto, sobre la procedencia de la decisión apelada, basta agregar que últimamente se constituyó parte civil en nombre de quien representado por la recurrente, sería precisamente el afectado, por concretarse en él directamente el posible perjuicio alegado y en relación exactamente con los mismos hechos y la misma situación, aunque en el caso de la denunciante y apoderada, se alegan los perjuicios indirectos referidos".

Breves consideraciones de la Sala

Sucintamente el caso sub-exámine es el siguiente: En el Juzgado 46 de Instrucción Criminal de Bogotá se adelantó proceso contra el señor Francisco Ruiz Mosquera, siendo su apoderada la doctora María Teresa Gómez de Castellanos, quien, en el presente proceso, es denunciante. En aquel expediente, la Juez, doctora Luz Marina Gutiérrez de Silva, el 18 de agosto de 1983, se declaró impedida para conocer de él por haber sido la doctora Gómez su postulante para el cargo y, el mismo día, aceptó una demanda de constitución de parte civil y no entró a resolver la situación jurídica del capturado. En la misma fecha las diligencias fueron remitidas al Juzgado 48 de Instrucción Criminal, funcionario éste que asumió el conocimiento y quien, en agosto 22, decretó la detención preventiva de Ruiz Mosquera.

La doctora Gómez de Castellanos pretende ahora la revocatoria de la decisión que le rechaza la demanda de constitución de parte civil en nombre propio, pues entiende que "el comportamiento ilícito de la citada funcionaria (doctora Gutiérrez de Silva), sí me ocasionó perjuicios de orden material y moral, así como también dentro de mi profesión. El escándalo y preocupación de ver cómo se vulneraba la probidad de la administración de justicia, la subsiguiente tensión de ver cómo se tomaban represalias ilegales e injustas contra un inocente, que su único pecado fue el de haberme designado como su apoderada, mientras tenía la angustia permanente de ver cómo se seguían cometiendo atropellos y violaciones a la ley, ante lo cual era impotente para subsanarlos".

De conformidad con el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal, el rechazo de la demanda de constitución de parte civil "...sólo podrá fundarse en ilegitimidad de la personería del demandante". Sabido es que, esa personería, puede ser sustantiva o adjetiva. Y, en el evento a estudio, se trata de determinar si la demandante tiene o no esa personería sustantiva, es decir, si es o no titular del derecho vulnerado. Pues bien: el artículo 125 del Código de Procedimiento Penal dispone que "las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito, o sus sucesores, podrán ejercer la acción civil dentro del proceso penal, constituyéndose parte civil". Y debe entenderse que, ese derecho lesionado, responde a un interés jurídico y apunta a aquel daño que se causa de manera inmediata y directa con el delito.

Esta Corporación ha sostenido:

"...Extender el derecho de acción indemnizatoria a toda persona que hipotéticamente hubiere recibido daño con el delito, sería permitir la interminable constitución de tantas partes civiles cuantas personas se sintieran lesionadas, lo que en verdad no ha querido la ley. No cabe duda que el legislador de conformidad con los artículos 2341 del Código Civil, 24 y 125 del Código de Procedimiento Penal, ha establecido este específico derecho de acción a favor de quienes realmente han sufrido daño con el delito, esto es, en beneficio de quienes en forma directa e inmediata se les irroga el perjuicio, o de sus herederos..." (C. S. de J., Cas. Penal, auto del 14 de mayo de 1981).

Quien dictó el auto de detención que cobijara a Ruiz Mosquera no fue la Juez acusada, sino otro funcionario bien distinto. Por ello causa extrañeza que la demandante pretenda ahora constituirse en parte civil, alegando posibles perjuicios originados en la medida restrictiva de libertad decretada en contra de su patrocinado. Aquélla, es cierto, se separó del conocimiento del proceso y produjo decisiones que son materia de investigación, pero no se ve cómo ellas pudieron ser las causantes de los perjuicios a que alude la demandante, a no ser que se piense que ésta abrigaba la certidumbre de una resolución favorable de la situación jurídica de su cliente si tal expediente continuaba bajo el conocimiento de la Juez que terminó por declararse impedida. Y si la hoy demandante, obrando en aquel proceso como apoderada, debió concederle al mismo "una dedicación absoluta, con dejación y rechazo de servicios profesionales para otros casos, que me representaban económicamente sumas apreciables'', para obtener la liberación del sindicado, no se entiende cómo puede atribuirse todo esto a la Juez 46, pues, se repite, no fue ella quien dictó el auto de detención. Ahora, por el hecho de manifestarse un impedimento no se asumen, por quien expresa la excusa, las consecuencias causadas en la actividad de aquel funcionario a quien le correspondió el proceso. Algo más: es apenas natural que un profesional del derecho dispense a los casos a él encomendados dedicación absoluta, sin que, por las dificultades que deba afrontar, se pueda sostener que ya se derivaron periuicios.

El Magistrado Ponente, en decisión de esta Corporación de catorce (14) de mayo de 1981, a que se hizo alusión anteriormente, salvó su voto, en compañía de los Magistrados Alvaro Luna Gómez y Darío Velásquez Gaviria. En tal salvamento, entre otras cosas, se dijo:

"Creemos que la mayoría, en este caso, ha olvidado un aspecto de suma trascendencia, vale decir, que la conducta tomada como delictuosa se cumplió en un proceso penal y que en éste no sólo el sindicado y su apoderado sino el titular sustantivo de la acción civil y su apoderado, pueden y es hasta obvio que resulten, simultáneamente cada conjunto o grupo, doblemente perjudicados. Cuando se sostiene que acciones de esta índole, cumplidas en este específico marco, sólo pueden dañar al procesado o al titular de la acción civil, con prescindencia absoluta de sus respectivos apoderados, se está olvidando el papel esencial y jurídicamente tutelado que estos últimos cumplen. Si el abogado asume una crecida serie de responsabilidades, repartiéndose la ponderosa carga de obligaciones y deberes, si la forma como actúe y se le atiende condiciona la efectividad de los derechos de su poderdante y la normalidad y retribución de su gestión, no resulta forzado sino natural afirmar que todo aquello que con visos de delito se cumple en ese proceso, se refleja, de primera mano, en perjuicio suyo y de manera casi simultánea, pero diversa, hacia el respectivo representado. La prevaricación, el fraude procesal, etc., figuras muy propias del proceso, envuelven un daño para el abogado, sea éste el representante de la parte civil o del sindicado. ¿Acaso sus honorarios no pueden sufrir mengua o deterioro? ¿O su reputación y eficacia profesional no insinuarán probablemente una desmejora? ¿Y la responsabilidad inherente al mandato no presentarán matices de complejidad? ¿O será igualmente fácil para ese apoderado, mediando ese presunto ilícito, llevar a feliz culminación la actividad a él encomendada? ¡No envolverá todo ello la concreta proximidad de un conflicto de ética profesional, con los consiguientes resultados de un azaroso proceso disciplinario y de su sanción? Todo esto, realmente, aparece como algo cierto y directo, características del daño resarcible, susceptible de ser reparado mediante la respectiva acción civil. De otro lado, como atrás se dijo, aquí la situación no se presta a especulaciones, a vaguedades, a suposiciones. La situación es determinada y con límites de definidos perfiles jurídicos: la intervención en un proceso en el cual se ha cometido un hecho delictuoso que afecta a un apoderado, represente éste el interés que represente''.

Pero, en verdad, aquel proceso traducía una situación diferente. De ahí que no proceda una invocación general de opiniones, sin precisar, en sus aspectos fácticos, su total identidad. En el sub-exámine, es incuestionable la carencia de personería sustantiva y lo acertado del rechazo de la demanda de constitución de parte civil, como lo decidió el a quo.

Finalmente, de autos aparece que Francisco Ruiz Mosquera, sindicado detenido en el proceso que motivara el presente, se constituyó en parte civil y que la doctora María Teresa Gómez de Castellanos es su representante. Esto fortalece, en cierta manera, la decisión de rechazo de su demanda de constitución en parte civil, a nombre propio.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, confirma el auto apelado, ya señalado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo L. Dávila M., Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

José H. Velásquez R. Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Diferencia con recusación.

Las dos figuras buscan la absoluta imparcialidad del juzgador. Si la causa es extraña a éste corresponde la posibilidad del cambio de radicación, pero, si el motivo no logra trascender su esfera personal, es la recusación, la institución que pudiera operar.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz.

Aprobado: Acta número 29.

Bogotá, D. E., 8 de abril de 1986.

Vistos

La Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia ha enviado la solicitud de cambio de radicación del proceso que cursa en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Sincelejo (Sucre) contra Arnulfo Burgos Peña, por el posible delito de invasión, a fin de que esta Corporación emita concepto conforme lo prevé el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

El apoderado de Burgos Peña, fundamenta su petición en los siguientes y esenciales términos:

Que el doctor Blas Romero Hernández, Juez Octavo de Instrucción Criminal, tiene amistad íntima con el doctor Germán Bula Hoyos, prestante político de esa región.

Que el 10 de octubre último el nombrado Juez, en compañía de un Abogado y del doctor Bula Hoyos, arribaron a la vivienda de Juan Puertas Morelo (aledaña al predio objeto de la litis) y "lo sometieron a coacción", para que variara su declaración vertida el 8 en el Juzgado Primero de Instrucción Criminal Ambulante, propósito que efectivamente se logró ese mismo día.

Que el Juez Tercero Penal del Circuito, doctor Lilio César González, es primo hermano de la contraparte, motivo por el cual no dio aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

Que el doctor Bula Hoyos tiene amistad "con los Jueces" y con el Magistrado Armando Vergara Cárdenas, dando lugar a que "gravite en el ambiente social y procesal" la influencia del doctor Bula Hoyos.

"Se siente atemorizado" —concluye— porque, en ambas instancias, le fueron resueltas adversamente sus pretensiones, y prácticamente, desde ya, el Tribunal "ha ordenado" que se formule pliego de cargos a su representado Burgos Peña.

Adjuntó a la solicitud copia de varias declaraciones y de las dos providencias censuradas.

SE-CONSIDERA

1. De la neta literalidad del resumido escrito tiénese que cuatro de los cargos que hace el actor, encamínanse a cuestionar la rectitud de la administración de justicia por amistad, parentesco y "prejuzgamiento", situaciones éstas todas que hállanse consagradas expresamente como causales de recusación en el artículo 78, numerales 3º, 4º y 5º del Código de Procedimiento Penal.

Pónese, pues, de relieve, la equivocación del peticionario en punto a la ruta procesal que eligió para manifestar su inconformidad con respecto de la aplicación de justicia. Porque es de elemental entendimiento que cuando se esgrimen motivos tendientes a cuestionar la "capacidad subjetiva" del Juez, la institución procesal que aparece de inmediato es la comprensiva de los impedimentos y recusaciones, y no el cambio de radicación, figura que constituye una excepción a la regla general de que el Juez competente para conocer del hecho punible es el del lugar donde éste se cometió (artículo 41 ibídem).

Desde luego que ambas figuras procesales persiguen un mismo fin: la absoluta imparcialidad del Juzgador, pero la nota diferencial entre ellas no es otra que las condiciones reales dentro de las cuales emerge la posibilidad de desvío en la admiunistración de justicia: Si la causa es externa al Juzgador — "ambiental", por decirlo así— e involucra, por tanto, al resto de Jueces del mismo territorio, el cambio de radicación devendría examinable. Pero si el motivo no logra trascender la concreta esfera personal del Juez, el instrumento procesal operable es la recusación, para que otro Juez, de ese mismo territorio, asuma el conocimiento del asunto.

2. Quizás sí resulta por lo menos examinable la referencia final del apoderado sobre la influencia del doctor Bula Hoyos. Pero, contrario a lo que aquél afirma, en la actuación que ha llegado a la Corte, la conducta del mencionado político es explicable: lo unen lazos de parentesco y amistad con una de las partes, e incluso sirvió como testigo en el proceso penal por invasión (Fls. 20 y ss.).

La sola presencia de una persona no autoriza a afirmar que la Justicia corre peligro, así aquélla detente el poder que se quiera. Esta preeminencia,

por sí misma, no puede dar pie para pensar que las decisiones judiciales van a estar de su lado. Si así se razonara, la administración de justicia tornaríase imposible.

3. En lo que atañe a los procedimientos de coacción que —dice el quejoso— se ejercieron sobre Puertas Morelo, este hecho sería extraño tanto al cambio de radicación, como al de recusación, pudiendo conformar, sí, un hecho punible, sobre cuya procedencia debe resolver el señor Juez del conocimiento en acato a lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal.

No siendo, pues, procedente, el cambio de radicación, así habrá de conceptuarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, conceptúa desfavorablemente al cambio de radicación solicitado. Regresen estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas.

> José H. Velásquez Ramos Secretario.

COMPETENCIA A PREVENCION

Cuando la infracción se ha cometido en varios lugares, es aplicable la norma subsidiaria de competencia a prevención.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Z.

Aprobado: Acta número 029.

Bogotá, D. E., 8 de abril de 1986.

VISTOS

Procede la Corte Suprema de Justicia a resolver el conflicto de competencias, suscitado entre el Juez Segundo Superior de Palmira y su homólogo tercero del Distrito de Popayán en este proceso contra Rafael García Cantor, Víctor Manuel Prado Olaya y Jorge Alberto Carvajal Carvajal por los delitos de falsedad en documentos y estafa.

Elementos de juicio

Luis Alfonso Marulanda Ruiz, residente en Palmira, Valle del Cauca, denunció en mayo 6 de 1982, a los ciudadanos Rafael García Cantor, Víctor Manuel Olaya y Jorge Alberto Carvajal Carvajal, como presuntos copartícipes por los delitos de falsedad en documentos y estafa contra sus intereses.

Afirma la denuncia, cómo Víctor Manuel Prado Olaya, en calidad de comisionista, le vendió al denunciante, un carro Zastava de propiedad de Fidel Guzmán, que portaba las placas NS-6707 y matrícula expedida en la ciudad de Buga.

El citado comisionista, en el mes de agosto de 1981, le presentó personalmente a los imputadoss Carvajal y García, quienes en comunidad estaban dispuestos a enajenar un vehículo Renault 12, Modelo 79, color habano, con placas GU-5317, matriculado en la ciudad de Popayán.

Determinaron los negociantes entre sí, la permuta de los vehículos, hasta que finalmente acordaron que el denunciante entregaría el vehículo Zastava, más la suma de \$ 300.000.00, que aceptaron los vendedores-permutantes Carvajal y García.

Como secuela del contrato verbal, las partes hicieron la entrega correspondiente de los vehículos y Marulanda Ruiz, además hizo entrega previa de \$ 100.000.00 en efectivo y dos cheques, uno librado para el 21 de agosto de 1981 por \$ 160.000.00, fecha de la negociación y otro posfechado para el 6 de septiembre del mismo año por \$ 60.000.00, y en favor del sindicado Jorge Alberto Carvajal Carvajal.

Seguidamente Carvajal Carvajal, le comunicó al denunciante, que no era necesaria la elaboración de documentos privados, donde constase la transacción y por tal motivo Marulanda Ruiz aceptó recibir del imputado lo que comúnmente se conoce como "traspaso abierto" o sea un documento privado, mediante el cual el titular del dominio del vehículo R-12, le enajenaba directamente el automotor al ofendido.

Para este caso específico el presunto titular aparece en el documento con el nombre de "Gilberto Camacho Páez" identificado con la cédula de ciudadanía número 2691279 de Yumbo (Valle), cuya firma fue legítimamente autenticada en la Notaría Décima del Círculo de Cali.

El documento mencionado —entregado por Carvajal Carvajal en Palmira— resultó ser espúreo porque la Registraduría Nacional del Estado Civil, informó que persona con el nombre del propietario del vehículo R-12, no existe registrada en Colombia, aunque sí se registra un homónimo con la mencionada cédula, pero diferenciado en el último apellido, que no es "Páez", sino Patarroyo.

Esta situación traduce que, si la autenticación de la firma de Camacho en la Notaría de Cali, es "auténtica" dado que el Notario reconoció su firma y el sello empleado, es porque alguien, sofisticadamente se presentó a dicha entidad con cédula de ciudadanía también falsa.

Con posterioridad a la transacción realizada en Palmira, carrera 26 número 27-46, para el 22 de agosto de 1981, el denunciante, haciéndose acompañar del comisionista Víctor Manuel Prado Olaya, marcharon hacia la Secretaría de Tránsito de Popayán, a registrar el "traspaso abierto", espúreo, lo que se llevó a efecto sin ningún obstáculo, y con intervención de la tramitadora y sindicada María del Carmen Sánchez, persona que a los doce días le remitió a la ciudad de Palmira, los documentos debidamente diligenciados, incluyendo la tarjeta de propiedad número 1407220 de 16 de septiembre de 1981, a nombre de Marulanda Ruiz.

Importante resulta agregar cómo el Renault 12, se encontraba matriculado en la ciudad de Popayán, con manifiesto de Aduana número 042538 de noviembre de 1979, y con las facturas expedidas por la firma "Roldán & Cía." de Medellín y "Autos Francia Ltda." de Bogotá, documentos éstos —públicos y privados— con los que se matriculó el automotor a James Alberto Barona, el 11 de agosto de 1980 y cuya investigación lleva a cabo el Juzgado 17 Penal del Circuito de la capital vallecaucana.

Con dichos documentos se expidió tarjeta de propiedad a nombre del inexistente "Gilberto Camacho Páez", por parte del Jefe de la Unidad Operativa Guillermo Segura Grueso y Victoria Castillo, como Jefe de Grupo de trámite de "matrículas iniciales".

Enterado Marulanda Ruiz de la aparente legalidad de la permuta, hizo también entrega, previa autenticación de su firma en la Notaría Tercera de Palmira, del "traspaso abierto" de su vehículo Zastava, a Rafael García Cantor, porque así le fue solicitado, con el fin de aligerar transacciones futuras.

Por el mes de septiembre de 1981, a Marulanda Ruiz le decomisaron el vehículo Renault 12, para cuyo efecto privaron de libertad a los tres cosindicados, pero como las autoridades encontraron la documentación "correcta", los dejaron en libertad.

No obstante, para el 30 de abril de 1982 —ocho meses después de realizada la transacción—, el Renault 12 fue decomisado nuevamente, por 3 agentes del F-2, cuando lo conducía el amigo del denunciante, Rodrigo Rendón Gallego.

Al ser revisado minuciosamente el automotor, las autoridades administrativas descubrieron cómo "la plaqueta del motor", era falsa, decomisando el mismo, por haber sufrido "falsificación integral".

El bien mueble, fue trasladado a la ciudad de Cali, donde se hizo presente Marulanda Ruiz, siendo coetáneamente privado de su libertad hasta el 4 de mayo de 1982, cuando el Juez 17 Penal del Circuito le definió favorablemente su situación jurídica.

Quedó claro entonces que el vehículo adquirido por el denunciante, había sido hurtado a James Alberto Barona, el 11 de agosto de 1980 en la ciudad de Cali, conservando legítimamente el número 22644 correspondiente a la cabina, pero sufriendo "falsificación integral" en el número de su motor, la serie y la placa, que ahora aparece como la GU-5317, cuando originalmente le fue entregada la elasificada como AL-7594.

Los ciudadanos Luis Gonzaga García Bueno, Rodrigo Rendón Gallego, José Octavio Laverde Ospina y Juan Gregorio Berrío, se limitan a corroborar fielmente la versión proporcionada por el denunciante, al realizar la transacción con los coindagados.

Cuando se realiza inspección judicial a la Secretaría de Tránsito de Popayán, se revisa la "carpeta" del vehículo hurtado y se descubre, cómo el automotor, formalmente lo vendió "Autos Francia Ltda." en Bogotá a "Gilberto Camacho Páez", el 13 de marzo de 1980, con solicitud previa de matrícula y autenticación apócrifa de la firma del comprador en la Notaría Segunda de Cali, donde según el imputado Carvajal Carvajal, el inexistente adquirente del vehículo se apeó del mismo, cuando se dirigían a Popayán a registrar el traspaso. Al vehículo le fueron adjudicadas las placas GU-5317 en septiembre 18 de 1980, pero además, el inexistente Camacho Páez, también aparece autenticando su firma con posterioridad en la Notaría Décima de Cali, en aquel documento también calificado de apócrifo que le entregó Carvajal Carvajal al denunciante.

No sobra expresar cómo realmente el vehículo, objeto material de investigación, fue inicialmente vendido por "Auto Colombia" a Hernando López Jiménez, de Bogotá, y posteriormente fue comprado por James Alberto Barona, por adquisición que hizo éste a la compañía "Roldán Autos" de Cali, en forma perfectamente legítima.

Como ya se dijo toda la documentación referente al vehículo investigado resultó ser falsa. Pues el Manifiesto de Aduana de noviembre de 1979, no fue expedido por la Aduana Interior de Medellín, ni resultó suscrito por los funcionarios Obdelio Llanos Ruiz y María Pubenza Eastman Hoyos, lo que se ratificó con inspección judicial practicada a dicha dependencia, para inferirse con notoriedad, cómo la solicitud de nacionalización o "empadronamiento" es completamente falsa, entre otras razones, porque para la fecha de diciembre 3 de 1979, no aparece radicada ninguna solicitud en ese sentido.

Pero además la firma "Roldán & Cía. Ltda." de Medellín, no fue la entidad que solicitó el "empadronamiento" del automotor, lo que fue ampliamente ratificado con inspección judicial a dicha dependencia.

Y también diligencia similar se llevó a feliz término en "Autos Francia Ltda." de Bogotá, donde se comprobó que la factura de compra-venta 4527 no fue expedida el 13 de marzo de 1980 por la citada compañía y en consecuencia el documento privado es falso, lo cual fue reiterado por la compradora Elizabeth Burgos de Rodríguez.

La investigación ha llegado a la Corte, porque el Juez Segundo Superior de Palmira, al proponer colisión de competencia negativa al Juez Tercero Superior de Popayán, sostiene no ser el competente, porque en la capital del Cauca, se usaron desde un principio documentos falsos para obtener la matrícula del vehículo, consumándose solamente el delito de estafa en la ciudad de Palmira, definiéndose por ese medio la competencia, dada la naturaleza del delito que otorgaría la falsedad en documentos.

Replica el Juzgado Segundo Superior, que, en tratándose de comportamientos diversos, agotados en diferentes sitios y en diferentes épocas, es obvio que sea el Juez Segundo Superior de Palmira, el competente, para conocer de esta investigación, por la denominada competencia a prevención, máxime si en aquella ciudad se usó un documento privado, que sabía uno de los cosindicados, al momento de entregarlo, cómo el mismo era totalmente falso.

Considerandos

1. De todo lo expuesto aparece que nos encontramos ante una serie de falsedades en documentos públicos y privados, tanto material, como de uso, cometidas en diversas ciudades del país, como Medellín, Bogotá, Cali y Popayán. Que la investigación como se repite, se inició en Palmira donde también se presentó la denuncia.

Resulta que en esta ciudad de Palmira, se cometió el delito de estafa en perjuicio de Luis Alfonso Marulanda Ruiz, quien allí fue inducido en error por medio de artificios y engaños consistentes éstos en uso de los docu-

mentos públicos y falsos con aparente sitio de proveniencia de las ciudades citadas. Allí en Palmira, Marulanda entregó \$ 100.000.00 en efectivo y los dos cheques citados, de esa misma plaza.

Es pues, un hecho que en Palmira se consumó tanto la estafa, como el uso de los documentos públicos falsos.

2. Pero surge la inquietud planteada por el Juzgado Segundo Superior de Palmira que sostiene en forma aparentemente convincente, que el delito generatriz de todas esas conductas tuvo su asiento real en Popayán, porque de no haberse obtenido el registro de la matrícula inicial, las infracciones posteriores no hubieran sido de fácil realización. Sin embargo, la verdad es que no sólo en esa ciudad de Popayán aparecen violaciones de la ley penal, sino que también influyen como ya se dijo en Cali, y supuestamente en Medellín y Bogotá.

En tales condiciones por este solo aspecto, sería del caso dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal que es una norma subsidiaria para casos como éste donde la infracción se ha cometido en varios lugares, pero la denuncia se ha formulado en uno de ellos y donde en virtud de la llamada competencia a prevención correspondería en este caso concreto al Juez de Palmira.

3. A esta conclusión a la cual se afilia la Corte, podría argüirse que según el artículo 922 del Código de Comercio, en su parágrafo, la tradición del dominio de los vehículos automotores se equipara a la de inmuebles con la variante de que la inscripción se efectuará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes.

En sentir de la Sala, la existencia del artículo 922 del Código de Comercio, nada perjudica o desvanece la afirmación de que el delito del señor Luis Alfonso Marulanda, tuvo lugar en la ciudad de Palmira, lo mismo que el uso de documentos públicos falsos que fue medio para la comisión de la estafa, y que por tanto existiendo delitos cometidos en varias ciudades, es competente a prevención, el Juez Superior de Palmira.

4. Para robustecer tal afirmación, debe tenerse de presente como punto de partida, que los automotores son bienes muebles por naturaleza y que según el artículo 1857 del Código Civil, la venta de los bienes muebles se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, lo cual indiscutiblemente se ubica en la ciudad de Palmira.

En cuanto al registro exigido por el artículo 922, él no se refiere a la realización del contrato de compraventa o de permuta en este caso, sino a un fenómeno distinto como es el de la tradición descrito en el artículo 740 del Código Civil, como modo de adquirir el dominio y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.

Es pues la tradición, un fenómeno distinto del perfeccionamiento en el contrato que se puede cumplir en las cinco formas del artículo 754 del Código Civil cuando se trate de cosa mueble.

La circunstancia de que el artículo 922 del Código de Comercio agregue para el cumplimiento de la tradición de automotores, la inscripción ante funcionarios administrativos, no significa que el contrato no se haya perfeccionado y que por ende los delitos de estafa y falsedad no se hayan consumado en la ciudad de Palmira, máxime cuando en esta ciudad se entregó el vehículo Zastava y el dinero por parte de Marulanda Ruiz, legalmente amparado.

Bien conoce la Sala, la existencia de una providencia de la Sala de Casación Civil de esta Corporación, de fecha 10 de noviembre de 1976, donde de acuerdo con lo previsto en el artículo 922 del Código de Comercio, sostiene que la simple entrega del vehículo automotor, no equivale a la tradición del mismo.

Sin entrar a discutir, si tal norma es aplicable o no, sólo a las enajenaciones realizadas por los no comerciantes, debe advertirse que desde el punto de vista penal, esta posterior tradición mediante registro, es irrelevante en cuanto al momento consumativo.

Los conceptos de derecho privado, pueden ser analizados a la luz de las disciplinas penales y aun en casos como la venta de bienes raíces que no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se otorgue la escritura pública, pero cuya tradición de dominio se efectúa con la inscripción del título en la oficina de registro, la Jurisprudencia acepta que si por medio de uso de documentos públicos falsos, se induce a una persona en error para que firme una escritura pública y se obtiene un provecho, el delito de estafa se entiende consumado en el sitio donde se otorga la escritura pública y no en aquel en donde debe efectuarse el respectivo registro.

Las anteriores razones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, resuelva dirimir la Colisión de Competencias suscitada entre el Juez Segundo Superior de Palmira y el Juez Tercero del Distrito de Popayán, en el sentido de que es competente el primero para seguir conociendo de este proceso. Remítase copia de esta providencia al Juzgado 3º Superior de Popayán.

Cúmplase, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.

EXTORSION

Tentativa.

La extorsión no es un delito de mera conducta que exija el resultado especificado y, por lo tanto, permite la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Z.

Aprobado: Acta número 029.

Bogotá, D. E., 8 de abril de 1986.

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Helí Ramírez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 16 de mayo de 1985 por medio de la cual se confirmó la condena a la pena principal de dos años impuesta al citado procesado amén de las penas accesorias como responsable del delito de extorsión en la calidad de consumado.

Como denunciante aparece el señor José Antonio Mantilla Vergel descendiente del presunto ofendido José Antonio Mantilla Galeano.

HECHOS

Los hechos materia del proceso, fueron resumidos por el Tribunal Superior de Bucaramanga atendiendo a la realidad procesal, en los siguientes términos:

. "A finales del mes de abril de 1984, un desconocido entregó en una tienda próxima a la finca que José Mantilla posee en el corregimiento 'Los

Angeles' del Municipio de Río de Oro (Cesar), una carta a su nombre en la que una organización subversiva, le solicitaba colaborara con un millón de pesos. Con posterioridad fueron recibidas en la casa que el destinatario tiene en esa ciudad, seis llamadas telefónicas de un individuo que se hacía llamar 'Alexander', exigiendo se atendiera la petición, so riesgo de correr la misma suerte de un tal Guarín a quien habían tenido que matar. Informadas las autoridades militares y policivas, luego de rastrear las llamadas durante algún tiempo, a las nueve de la noche del 13 de agosto siguiente, unidades especializadas sorprendieron a Alirio Peñaloza Morales y a Helí Ramírez, cuando desde un teléfono público del Barrio 'La Castellana', se comunicaban con Jorge Antonio Mantilla, reiterándole las amenazas, si no accedía a sus pedimentos. Dado que Helí Ramírez pertenecía a la Policía Nacional, se le procesó militarmente, pero luego el error fue enmendado enviando el diligenciamiento adelantado a la jurisdicción penal ordinaria''. (Folios 25 y 26 del Cuaderno número 3).

ACTUACIÓN PROCESAL

Por auto de agosto 22 de 1984, el Juzgado 100 de Instrucción Penal Militar de Bucaramanga, decretó la detención preventiva de los copartícipes, ordenando la suspensión del cargo a Helí Ramírez y simultáneamente fijando el lugar de reclusión correspondiente. Coetáneamente ordenó compulsar copia de lo actuado con destino al Juez Penal del Circuito —Reparto de Bucaramanga— para que por competencia siguiera conociendo de la conducta punible atribuible al condenado Alirio Peñaloza Morales.

Con posterioridad la Justicia Penal Militar, se desprendió de la investigación por incompetencia y se radica la misma en el Juez Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga.

Por auto de 15 de diciembre de 1984 y previo los trámites especiales previstos en la Ley 2ª de 1984, en su artículo 14, calificó el mérito del sumario y resolvió citar a Audiencia Pública a Helí Ramírez, como presunto autor responsable del delito de extorsión consumada, revocando la libertad de que venía gozando. El 29 de enero de 1985, se presentó voluntariamente el enjuiciado.

Contra este último auto interpuso recurso de reposición el apoderado de Ramírez, el que también fue negado, el 29 de enero de 1985, donde se planteó una situación sustancial, cual es la de sostener, por parte del profesional del derecho, cómo la extorsión, apenas adquirió el grado de tentativa o delito imperfecto, más el Juzgado Quinto Penal del Circuito, resolvió considerarla como consumada, por tratarse según la autorizada opinión de una Sala del Tribunal Superior de Bucaramanga, de un tipo de mera conducta.

Realizada la audiencia pública, el juzgado multicitado resolvió condenar a Helí Ramírez, a las penas principales y accesorias referenciadas en el Introito de estas elucubraciones. La decisión que lleva fecha de marzo 16 de 1985, fue confirmada plenamente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, después de haber sido apelada en tiempo oportuno por el apoderado.

De otra parte el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, condenó el 12 de diciembre de 1984, al señor Alirio Peñaloza Morales a un año de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y al pago en ábstracto de los perjuicios causados por la infracción como autor responsable del delito de extorsión, pero en grado de tentativa, y en perjuicio de José Mantilla Galeano, en razón a los hechos ocurridos en el mes de abril de 1984.

Por consulta el Tribunal Superior de Bucaramanga, confirmó en su integridad la providencia materia del grado jurisdiccional.

La demanda de casación

1. El actor dentro del término legal interpuso recurso extraordinario de casación, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso seguido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito, de la misma ciudad, contra Helí Ramírez, en virtud de la cual se le condenó a las penas aludidas en acápites anteriores.

El censor sustenta el recurso frente a dos causales, contempladas en el artículo 580 del numeral 4, es decir, cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad y en la del numeral 1º del mismo artículo, al razonar cómo la sentencia violó la ley sustancial en forma directa por aplicación indebida de los artículos 355 del Código Penal y la omisión en aplicarse el artículo 22 como dispositivo amplificador del tipo.

2. En cuanto a la enunciación del cargo por la causal citada, se afirma por el libelista que la sentencia condenatoria es nula, por incompetencia del Juez que conoció del proceso, trasgrediéndose de ese modo el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Para demostrar el cargo cogita cómo Helí Ramírez para el 13 de agosto de 1984, se encontraba en ejercicio de sus funciones y atribuciones con base en la certificación expedida por el Jefe de la sección de capacitación de la Policía Nacional.

Elucubra así mismo que desde el mismo instante en que el Estado colombiano se encuentra en estado de sitio, como lo estaba para el día en que se agotó el hecho punible, de conformidad con el Decreto número 1038 del 1º de mayo de 1984, los competentes para conocer y decidir esa situación era la Justicia Penal Militar, conculcándose por esa vía los artículos 307 y 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Para reafirmar su posición, recurre a doctrinas de la Corte, como las del 30 de octubre de 1970; 4 de noviembre de 1970; 22 de febrero de 1979 y 14 de septiembre de 1982, según las cuales la Justicia Penal Militar, siempre será la competente cuando el hecho se cometa estando el país en estado de sitio, según los postulados constitucionales del artículo 212 de la Constitución Nacional, sin importar que el acto imputado "no haya sido cometido con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo".

3. En cuanto a la enunciación del segundo cargo, lo hace consistir el censor en que el Tribunal Superior de Bucaramanga, violó la ley sustancial

en forma directa y por aplicación indebida del artículo 355 del Código Penal al dejar de aplicar el artículo 22 del mismo Estatuto, por cuanto el delito jamás se consumó; en otros términos ha debido aplicarse el 355, pero amplificado con el dispositivo correspondiente a la tentativa.

El actor transcribe el artículo 355 y analiza el verbo constreñir, para de allí sostener cómo para la consumación de este tipo penal, se requiere necesariamente un doblegamiento inequívoco de la voluntad por parte del sujeto pasivo que indique cómo la persona fue realmente constreñida. En otros términos, mientras aquello no suceda y la persona se someta a entregar el dinero, así en definitiva no lo entregue, por cualquier circunstancia ajena a la voluntad del extorsionador, no puede hablarse de delito consumado, sino de un delito tentado.

Concluye el Casacionista lo siguiente:

"Lo anterior está significando que si el sujeto pasivo del ilícito no ha tenido un asentimiento, un doblegar su voluntad respecto de lo que yo quiero que haga, tolere, u omita, manifestación que puede ser expresa o tácita e implica una mediatez y una relación de efecto a causa, no se podrá hablar legalmente de delito consumado de extorsión".

Como en el evento analizado, no se obtuvo ese doblegamiento de la voluntad de la víctima, mal podría hablarse de la consumación del delito analizado, sino, y tan sólo de un delito imperfecto.

Finalmente para reiterar la indebida aplicación del artículo 355 del Código Penal, transcribe parcialmente las actas de la Comisión Redactora del año de 1973, donde el comisionado insistió, al hablar del elemento subjetivo del tipo, como auténtica tutela eficaz para el nuevo tipo, que no se exigiera el resultado de la conducta, sino el simple aprovechamiento ilícito para sí o para un tercero, como secuela de la coacción.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, desecha el cargo de la causal cuarta, apoyándose en reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se sostiene que la Justicia Penal Militar, juzgará a miembros activos de la Policía, si el delito se comete por hechos relacionados u ocasionados por motivo del servicio, o predicables de los mismos, así se trate de delitos comunes, para cuyo efecto transcribe sentencia de abril 23 de 1985, con ponencia del Magistrado Luis Enrique Aldana Rozo, en el caso de Luis Felipe Díaz Ojeda.

Así mismo, el Procurador Delegado, transcribe parcialmente, concepto similar proferido (por el Tribunal Disciplinario) del auto de 4 de febrero de 1985, en el cual se reafirma cómo el fuero policivo, sólo tiene fundamento cuando el delito se comete en conexión inequívoca con el servicio sin interesar para nada que el país se halle o no en estado de sitio.

Cuando la Procuraduría responde el cargo de violación directa de la ley sustancial, la descarta al considerar que el censor hizo referencias de carácter probatorio, lo cual necesariamente conduciría a desechar tal alegación, precisamente por no tener cabida en la causal aludida, que supone admitir en su integridad los hechos.

Sintetiza su reafirmación en el sentido que el delito sí se cousumó en su totalidad, porque las amenazas fueron suficientes para intimidar a la víctima y con tal efecto que al sentirse coaccionada en su integridad sicofísica, se vio en la necesidad de recurrir a las autoridades. Declara además de que ese medio de defensa por parte de la víctima, no puede deducirse que la coacción no alcanzó la finalidad de atemorizarlos, y sin que por tanto pueda admitirse que por esa sola circunstancia no se configuró la infracción porque de hacerlo se ignoraría el espíritu de la norma, y se reconocería a la mencionada circunstancia un elemento integrante del tipo, no contemplado en forma alguna. Consecuentemente el delito se vislumbra como perfecto y no como meramente tentado, para desechar el cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo - Causal cuarta.

Es cierto que durante algún tiempo se plantearon interesantes discusiones en el seno de la Sala de Casación Penal de la Corte, en lo tocante con el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional, los cuales se reflejaron en disímiles providencias.

En alguna ocasión la honorable Corte, sostuvo como lo recuerda el recurrente, que la Justicia Penal Militar era competente siempre para conocer de los delitos cometidos por los agentes de Policía, aun en el tiempo de normalidad constitucional.

Sin embargo, tal discusión ha perdido vigencia a partir de la sentencia de la Sala Plena de la honorable Corte Suprema de Justicia, aprobada por Acta 47 del 26 de septiembre de 1985 en el Proceso número 1325 (Magistrados ponentes doctores Gaona Cruz y Reyes Echandía), mediante la cual se resolvió sobre la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 1º de la Ley 141 de 1961, 284 del Decreto 0250 de 1958 y 18 del Decreto 2137 de 1983, todos tocantes con el juzgamiento por la Justicia Penal Militar de los miembros de la Policía.

En dicha providencia se acepta el principio básico de que la Policía Nacional no tiene naturaleza castrense, es una institución civil y por tanto su posible fuero, no tiene origen constitucional, sino legal.

Como secuela de variadas consideraciones, la Corte concluye, que las normas acogidas son constitucionales y por ende la Justicia Penal Militar, sólo conoce de los delitos cometidos por los miembros de la Policía Nacional "con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo"... y que "por consiguiente los delitos realizados por fuera de tales supuestos sin ninguna limitación, son de conocimiento de la Justicia Penal Militar".

Con estos prenotandos jurídicos, queda fácil concluir que la conducta atribuida en la sentencia condenatoria recurrida al agente de la Policía, Helí Ramírez, no se puede ubicar dentro de las circunstancias citadas y que por tanto sí es competente la justicia ordinaria para conocer del juzgamiento. Como secuela el cargo de la nulidad debe desecharse.

Segundo cargo - Causal primera.

1. Sostiene el recurrente que se violó la ley sustancial en forma directaen cuanto se condenó a Helí Ramírez por el delito de extorsión consumado, cuando ha debido condenársele por el delito imperfecto de extorsión. Se habría dado así mismo aplicación indebida al incurrirse en un error, en la selección de la norma al no haberse aplicado el artículo 22 en concordancia con el artículo 355.

Para fundamentar el cargo, el recurrente estudia el verbo rector constreñir y afirma que él está relacionado con una manifestación explícita en el mundo físico, lo cual se demuestra con el hecho que la víctima haga, tolere u omita algo. Sostiene que en el caso recurrido no se produjo el resultado próximo de hacer o no hacer o tolerar u omitir algo y por tanto, mal puede hablarse de delito consumado, más sí de ilícito imperfecto.

Y agrega textualmente: "aunque lógicamente para su consumación no se requiere el agotamiento del ilícito, como sería que el agente del hecho punible obtuviere el provecho ilícito perseguido".

Para fundamentar su argumentación, el recurrente hace variadas consideraciones y transcribe apartes de las actas de la Primera Comisión Redactora del actual Código Penal. En forma muy superficial cita textualmente algún párrafo de la denuncia. Todo ello para sustentar como argumento central, que, ha debido tenerse en la cuenta el artículo 22 del Código Penal, por encontrarnos ante una tentativa y no ante un delito consumado.

2. Sostiene la Procuraduría, que examinando el cargo, se concluye en primer lugar que hace referencia en cierta forma (subraya la Sala) al aspecto probatorio en cuanto al efecto que lograron los actores de la extorsión de intimidar a las víctimas.

Dentro de tal punto de vista insinúa la Procuraduría que no cabría la causal, ya que ella supone admitir los hechos.

Es bien sabido, que la Corte en reiteradas sentencias, ha sostenido que cuando el recurso se contrae al primer cuerpo del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, debe fundamentar el motivo en razones de estricto derecho y por ende debe descartarse el debate probatorio. (Casaciones de 10 de abril de 1972, Gac. Jud. Tomo XLII, de 12 de diciembre de 1981).

Pero al revisar detenidamente la demanda de casación, se encuentra que si bien es cierto se hacen referencias tangenciales y someras a aspectos probatorios v. gr. la transcripción de un aparte de la denuncia, ello no significa ni mucho menos que se esté impugnando la prueba, que se esté reabriendo un debate sobre los soportes probatorios de la sentencia, ni que se esté separando de las conclusiones probatorias del Tribunal. Antes por el contrario las citas probatorias convergen todas a reforzar planteamientos en puro derecho.

Sería hiperbólico aceptar que una simple cita de seis renglones de la denuncia sean el soporte de un cargo, máxime cuando no se está criticando el texto transcrito.

Estima la Sala que en tratándose de un tema de tanta trascendencia, como la aplicación de las formas amplificadoras del tipo, no se puede llegar al exceso formalista de sostener que cualquier leve referencia probatoria que no implique debate e impugnación probatoria, tenga el mágico efecto de trasladar la controversia del campo jurídico al fáctico, del terreno pertinente del "error juris in judicando" o error puramente jurídico, al "error facti in judicando", o sea el que nace de la falsa apreciación de los hechos.

La circunstancia de que se haga referencia en cierta forma al aspecto probatorio, no es suficiente para desechar la alegación, mientras tal referencia no implique un nuevo debate, ni desconocimiento de la sentencia recurrida.

Si se estudia detenidamente la demanda de casación, se concluye que en ninguna parte de ella se tachan de falsos los hechos o se les considera erróneamente apreciados, que cualquier cita probatoria implique discrepancia con las conclusiones fácticas del Tribunal.

Puede afirmarse que la actividad dialéctica del impugnador se enfoca sustancialmente en torno a los textos legales que estima indebidamente aplicados "pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que la sentencia haya hecho en relación con las pruebas". (Fallo de la Sala de Casación Civil de 20 de marzo de 1973 - Proceso de Mercedes Maya Villegas contra Oscar Villegas Maya).

Por tanto, esta demanda tal como está planteada conserva el enfoque que la Corte ha reiterado: "Cumple recordar que la violación directa de la ley sustancial se refiere al inciso primero del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, quien aduce esta violación no impugna la prueba y muestra su conformidad por ende con los hechos tal como se hallan plasmados 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 sustancial al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido". (Sentencia del 26 de septiembre de 1984). Queda en esta forma estudiado el concepto del Ministerio Público.

- 3. Así las cosas el debate se plantea en un terreno meramente jurídico sustancial.
- 4. En este proceso se han planteado en sendas sentencias de primera y segunda instancia, dos tesis jurídicas diversas, respecto a los dos procesados enjuiciados por los mismos hechos y en similares circunstancias. Alirio Peñaloza ha sido condenado como autor del delito tentado de extorsión, a la pena de doce meses y otro, el recurrente Helí Ramírez como autor del delito consumado a la pena de 24 meses.

El punto a resolver en derecho es el siguiente: en el caso del recurrente Ramírez, debe aplicársele la pena del delito consumado o solamente la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa, tal como lo sostiene la demanda de casación.

5. Para responder estos interrogantes debe considerarse lo siguiente:

Al redactarse lo que después fue el Código Penal de 1936, se tuvo como modelo la descripción típica del artículo 407 del Código Penal Italiano de 1890, llamado Código de Zanardelli, cuyo texto era el siguiente:

"El que con violencia o amenaza de graves daños a las personas o a las cosas, constriña a alguien a consignar, suscribir o destruir en perjuicio de sí o de otros, un acto que produzca cualquier efecto jurídico, es castigado con la reclusión de 3 a 10 años".

Con tal base el Código de 1936, describió así la extorsión:

"Artículo 406. El que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de ocho meses a cinco años. En igual sanción incurrirá el que por los mismos medios, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito".

En cambio, el actual artículo 355 del Código de 1980, presenta mayor similitud con el artículo 629 del vigente Código Penal Italiano de 1930, llamado también Código Rocco o Código de Mussolini, según el cual comete este delito el que mediante violencia o amenaza constriñendo a alguno o hacer o a omitir alguna cosa obtiene para sí un provecho injusto con daño de otro.

La sola comparación entre los textos del Código Italiano de 1890 y el Colombiano de 1936, por una parte, que llamaremos primer grupo y el Código de 1980 y el Italiano de 1930 que llamaremos Segundo Grupo, nos lleva a establecer la siguiente principal diferencia: el primer grupo se puede clasificar desde el punto de vista formalista, entre los tipos cerrados, o tipos en forma vinculada, o sea aquellos en los cuales la descripción es detallada en cuanto al objeto, los medios y las circunstancias de comisión del ilícito.

Las reiteradas formas de descripción de la conducta tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo y la enumeración del objeto material bajo diversos aspectos, convertían a esta norma en uno de los casos clásicos del tipo cerrado.

En cambio el segundo grupo puede incluirse dentro de los llamados tipos abiertos, donde la descripción de la conducta es más sintética, abreviada y elástica donde se eliminan detalles y no aparece la descripción completa de ella, ya que se relaciona con normas que el tipo presupone. Tal por ejemplo el caso clásico de la descripción del homicidio con la apretada fórmula de matar a otro.

El Código de 1980 al consagrar en la parte general, una serie de normas rectoras de la ley penal y de principios básicos sobre la estructura del hecho punible, abrió la posibilidad de acudir más a los tipos abiertos tan relativamente escasos en el Código de 1936.

Los tipos llamados cerrados, han sido sometidos a duras críticas por la doctrina contemporánea endilgándoseles los calificativos de casuistas, repi-

tentes y extensos. "El legislador no puede prever todas las cosas y al enumerarlas deja totalmente por fuera muchas hipótesis porque 'la fantasía del delincuente supera a la de quien hace las leyes'". (Jiménez de Asua).

6. Si se estudian los antecedentes históricos del Código de 1980, se encuentra que en este punto de la descripción del delito de extorsión, se buscó, desde el principio crear un tipo abierto, más similar al estatuido en el Código Italiano de 1930 que al Colombiano de 1936.

Todas las veces los redactores trataron de eliminar expresiones tautológicas y buscar fórmulas cada vez más sintéticas, inclusive que abarcasen el antiguo delito de chantaje, buscando una mejor técnica legislativa.

Así por ejemplo, mientras la fórmula aprobada por la Comisión de 1974 después de interesantes discusiones, se refería a violencia física y moral a la vez que usaba el verbo constreñir, la de 1976 prescindía de la calificación física o moral para la violencia, lo mismo que el Proyecto de 1978.

Ya en el Código de 1980, se omitió la expresión violencia, por estar insita en el verbo rector constreñir.

Dentro de la directriz de crear un tipo abierto, se explica el que se elimine la larga referencia a posibles conductas a que podría ser obligado al sujeto pasivo, y de objetos materiales para reemplazarla por la más concisa fórmula de hacer, tolerar u omitir alguna cosa.

Al procederse así, se "simplifica la redacción, se evita enumeraciones que pueden dar lugar a vacíos incolmables y se comprenden de manera amplia todos los comportamientos de la víctima que pueden menoscabar su patrimonio", según la expresión de un miembro de la Primera Comisión.

Todo esto nos lleva a concluir que la diferencia en torno a la extorsión entre el Código de 1936 y el de 1980, más que de sustancia es de forma y que el delito de extorsión, continúa siendo entre nosotros un delito comisivo por acción predominantemente violenta, que abarca no solamente la violencia física, sino "cualquier conducta ejercida por el agente que trae como resultado un menoscabo de la libre determinación de la víctima obligada a realizar lo que aquél desea y no lo que ella quiere".

Esta observación nos sirve para aclarar otro aspecto de trascendentes secuelas.

Se ha sostenido en este proceso, que el legislador de 1980, convirtió el tipo de la extorsión, en delito de mera conducta, suprimiendo el resultado. Ello porque se usa la expresión con "el fin de obtener provecho ilícito" y no se exige que el provecho efectivamente se obtenga, como lo hace el Código Italiano de 1930.

Para valorar la exactitud de esta afirmación debe tenerse presente como punto de partida que en cuanto al elemento subjetivo del tipo, él aparece tanto en el Código de 1936, mediante la expresión "con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito "como en el de 1980 con la similar" con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero". Por cierto que similar expresión aparece en el artículo 158 del Código Penal Brasilero donde la doctrina ha llegado a conclusiones interpretativas que coinciden con lo sostenido por la mayoría de la Sala.

La circunstancia de que alguna de las comisiones, hubiese propuesto el uso de la fórmula de "obtener para sí o para otro un provecho ilícito" y que dicha fórmula no se hubiese consagrado a la postre, no significa ni mucho menos que se hubiese hecho un cambio trascendente por este aspecto, sino que se conservaron las normas directrices imperantes en el Código de 1936.

Por tanto la mayoría de las consideraciones que la jurisprudencia y la doctrina hacían, dentro de la vigencia del Código de 1936 en torno al verbo rector, a la conducta de la víctima y a la inferencia de los elementos subjetivos del tipo, son valederas en términos generales y con los condicionamientos de forma aún hoy. Dentro de la vigencia de dicho Código no se llegó a sostener que la extorsión fuese un delito de mera conducta, ni se dudó de la posibilidad de la tentativa.

7. Dentro de este orden de ideas, parece claro el concluir, que no es exacto afirmar que el cambio del verbo rector *obligar*, por el de *constreñir*, tenga las trascendentes repercusiones jurídicas que en el fallo recurrido se insinúan reiteradamente.

Basta leer el Diccionario de la Academia, para concluir que ambas expresiones, si no son sinónimos, las diferencias resultan bastantes sutiles. *Constreñir* según el citado diccionario, significa: (del latín Contringere) *obligar* (se subraya) "precisar, compeler por fuerza a uno a que haga y ejecute alguna cosa".

Y obligar (del latín obligare) es "mover e impulsar a hacer o cumplir alguna cosa: compeler, ligar".

El miembro de la Comisión Redactora de 1973 que propuso el verbo constreñir en lugar de obligar, aceptó que "constreñir a alguien a dar, hacer, o no hacer alguna cosa, es obligarlo (subraya la Sala), mediante violencia, sea física o moral" y que tal verbo permitía suprimir la referencia a la violencia.

Se reitera sí, que nos encontramos en este aspecto ante una mutación de forma, más que de sustancia.

8. Si se analiza con algún detenimiento, tanto la norma vigente, como la definición de los verbos rectores dados por la Academia, aparece que en la legislación actual se contemplan dos aspectos: uno atribuible al sujeto activo, conducta violenta física o moral, que tiene como efecto una acción u omisión del sujeto pasivo. Lo afirmado por Antolisei, respecto al Código Italiano, es aplicable a nuestra legislación vigente, en torno a la conducta del sujeto pasivo definiéndola como "el hecho al cual el sujeto pasivo debe ser constreñido a hacer u omitir alguna cosa".

El acto de disposición (hacer, omitir o tolerar) debe tener pues, como causa la conducta del sujeto activo.

9. Se ha sostenido en la providencia recurrida en forma bastante confusa lo siguiente: "se estructura la extorsión como tipo de mera conducta que hace referencia expresa de un resultado sin influencia práctica para la consumación, como sucede con todos los tipos de ingredientes subjetivos". Se cita como ejemplo la rebelión.

Se afirma igualmente que el Código de 1936, al usar la expresión obligar abría la posibilidad de la tentativa y que al suprimirse tal verbo dicha posibilidad desapareció.

Tales afirmaciones deben clarificarse: resulta exagerado afirmar que siempre que aparezca en una norma un ingrediente subjetivo del tipo, por ese solo hecho, nos encontramos automáticamente ante un tipo de mera conducta; cuando el legislador acude a fórmulas como "el propósito de obtener provecho" (Art. 228) o "pretender" como en la rebelión (Art. 125) no está necesariamente significando que la sola conducta configure el ilícito. Tal ingrediente subjetivo puede tener como finalidad diferenciar un tipo de otro de conducta similar, o evitar sancionar conductas inocuas, así por ejemplo el conocido caso de que la expresión "con ánimo de lucro" usada por el hurto, evitar penar como autor de tal ilícito a quien sustrae la pintura de un amigo con la finalidad de exhibirla y procurarle fama. O podríamos encontrarnos también ante un producto de la "impaciencia del legislador que busca que la consumación se anticipe, considerando como tal, actividades que de otra forma resultarían intrascendentes" (Jiménez de Asua).

Tal es la hipótesis de los llamados tipos de resultado anticipado cortado.

El ejemplo citado por la providencia recurrida de la rebelión, lo considera la doctrina como clásico del resultado cortado o anticipado. El legislador pena a los rebeldes por el simple empleo de las armas, sin que consigan el objetivo de derrocar el gobierno v. gr. Si se esperase a que efectivamente tal pretensión se produjese, sería casi imposible, al menos por cierto tiempo, punirlos, pues habrían obtenido un éxito tal, que dificultaría la aplicación de la pena.

10. La clasificación de delitos entre formales y materiales, o de mera conducta y de resultado, ha sido objeto de diferentes críticas en la doctrina contemporánea, lo mismo que la afirmación de que no es posible la tentativa en los llamados delitos de mera conducta o formales. Se ha tratado de reemplazar tal criterio, entre otros por el de delitos unisubsistentes, o sea aquellos en los cuales basta un acto único para perfeccionarse y de ejecución compuesta que presentan una objetividad constituida por actos temporalmente separables. En los primeros, por la instantaneidad misma no sería posible la tentativa, mientras en los segundos donde aparece un devenir cronológico, ella sería posible. Aún aceptando la existencia de los delitos de mera conducta, la extorsión no es encajable entre ellos.

Para la mayoría de la Sala debe tenerse presente un imprescindible punto de partida: la extorsión es un delito pluriofensivo, ya que menoscaba principalmente dos bienes jurídicos: la libertad de autodeterminación y el patrimonio económico.

En otros términos, lo que diferencia este delito del constreñimiento ilegal (Art. 276) es precisamente la finalidad económica. Bien sabido es que este ilícito se asemeja notablemente a la extorsión, ya que se describe mediante la fórmula "constreñir a otro, a hacer, tolerar u omitir alguna cosa" sin darle una connotación específica, ni añadir ningún ingrediente subjetivo.

Pero el solo hecho de amenazar a alguien para que haga o tolere alguna cosa, no significa que el delito se consume, si no se obtiene tal conducta.

Precisamente, lo que distingue el tipo del delito contra la autonomía personal descrito en el citado artículo 276, del ilícito de extorsión, es el elemento subjetivo del tipo contenido en la expresión "con el propósito de obtener provecho ilícito". La referencia subjetiva traslada la misma conducta del campo de la autonomía personal, además al del patrimonio económico. Así pues, este elemento subjetivo del tipo, tiene como finalidad simplemente diferenciar la extorsión del constreñimiento ilegal.

11. Tal como están planteadas las cosas en la providencia recurrida, cabría la posibilidad de aceptar, pues, como consumado el delito de extorsión, cuando sólo se ha fulminado una amenaza "proyección de un mal futuro cuyo sucederse depende de la voluntad del agente (Antolisei)" aun cuando no se haya obtenido ningún efecto fáctico.

Tal punto de vista, olvida que en nuestra legislación no existe, como en el Código Italiano (Art. 612) el delito de amenaza que sanciona a quien amenace a otro de un daño injusto.

12. Con estos prenotandos, se concluye, que la extorsión sí exige un resultado: el hacer, omitir o tolerar algo atribuible a la víctima o a alguien a él vinculado sin que sea menester que el provecho se obtenga. Ello se refiere al agotamiento.

Esa conducta de la víctima encaja como resultado dentro de la concepción naturalística de éste, como dentro de la jurídica. Bien sabido es, que la primera acepta como tal, los efectos materiales de la conducta humana, bien sea físicos, fisiológicos, sicológicos y patrimoniales.

En el caso concreto de la extorsión hay efectos sicológicos en cuanto se le obliga a un tercero a realizar una determinada conducta, y patrimoniales por la calidad de ella, determinada por el objeto jurídico.

Con mayor razón habría en este caso concreto, resultado dentro de la concepción jurídica, según la cual éste es el efecto ofensivo de la conducta, o sea la lesión del interés tutelado por la norma y vinculado lógicamente por nexo causal. Bien sabido es que según esta concepción, en todos los delitos habría resultado.

13. En el momento en el cual la víctima o alguien a él vinculado, hace, omite o tolera algo, de connotación patrimonial, se ofenden ambos bienes jurídicos protegidos: la libertad individual y el patrimonio económico.

Si sólo se atenta contra la libertad de determinación fulminando una amenaza y no se logra el hacer, omitir o tolerar, nos encontraríamos cuando hay finalidad económica, en el terreno de la tentativa.

Para aclarar más lo expuesto, se puede afirmar que cuando se ha hecho, omitido o tolerado algo, v. gr. se ha entregado un cheque, el delito está consumado, así el título valor no se haga efectivo por ser capturado el agente.

14. Se ha esgrimido en la providencia recurrida un argumento aparentemente poderoso, desde el punto de vista de la llamada historia de la ley.

Se ha sostenido que en la Comisión de 1973, mientras el ponente aceptó la existencia del resultado, otro miembro de la Comisión, afirmó que bastaba la acción extorsiva para que el delito se consume. Se insinúa que, como el ponente no refutó esta opinión, ella sería la última expresión de la voluntad del legislador.

Tal manera de argüir, olvida que el silencio no significa aceptación de toda expresión tangencial, que después de esta comisión existieron otras, que la fórmula de la comisión de 1974, no fue a la postre la definitiva, y que las actas de las comisiones, no pueden estimarse como completas, ni como exacto reflejo de lo expresado en ellas.

15. Se ha arguido por algunos integrantes de la Sala, que si bien es cierto el delito de extorsión, si admite resultado él puede ser de un aspecto distinto al económico o patrimonial. Tal afirmación la sustentan interpretando en forma amplia, la expresión "hacer, tolerar u omitir alguna cosa" en el sentido de que ella comprende actos distintos de aquellos de efectos patrimoniales.

Dentro de tal orden de ideas, el hecho de que se hubiese acudido a la Policía, encajaría dentro de dicho resultado. Sin embargo, la mayoría de la Sala, no comparte tal punto de vista por las siguientes razones:

a) Como ya se ha expresado reiteradamente, el delito de extorsión es pluriofensivo, pues conculca tanto la autonomía personal, como el patrimonio.

Debe recalcarse que el Legislador colombiano, le dio tanta importancia a la protección del interés patrimonial, que trasladó este acto al constreñimiento del Título XIV del Libro Segundo.

Si la tentativa comienza cuando se "penetra en la esfera del bien jurídico agredido", aquí existe ella por el elemento intencional, pero no hay consumación en cuanto no se obtuvo una finalidad acorde con el mismo bien jurídico por razones ajenas a la voluntad del agente.

b) Como también se ha reiterado en esta providencia, los legisladores que han usado respecto a la extorsión, la fórmula sintética similar a la del Código de 1980, han querido concentrar en términos menos casuistas las conductas que otros Códigos como el de 1936, describían con variadas hipótesis. Esto es, que la expresión "hacer, omitir o tolerar alguna cosa" no es sino una manera técnica y apretada de expresar una cantidad de hipótesis que comprendían además de la extorsión, el chantaje, todas ellas de contenido económico. Se ha sintetizado pues la relación de medios y efectos.

La mayoría de los autores que han estudiado este tema, han coincidido en este enfoque.

16. En cuanto al caso concreto de la intervención de la Policía, he sabido que la doctrina tanto en el estudio de la parte general, como de la parte especial, ha previsto tanto la solución del delito imposible, como del delito tentado, pero se ha inclinado mayoritariamente por esta tesis, por

estimar que se trata de un factor extraño á la voluntad del agente. Así lo sostienen entre otros autores: Alfonso Reyes E., Derecho Penal, Pág. 165; Scarano, La Tentativa, Pág. 269; Neppi Moddona, Il Reato Imposibili, Pág. 281; De-Mársico, Delitti contro il Patrimonio, Pág. 86; Soler, Tomo II, Pág. 162, etc.

17. Las anteriores razones, las estima la Sala como suficientes para concluir que el delito de extorsión, no es un delito de mera conducta, que exige resultado ya especificado, que permite la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa y que en el caso concreto ella se encuentra configurada.

Por tanto deben aceptarse los planteamientos del recurrente en torno a la configuración de la causal primera y consecuencialmente debe dictarse la sentencia que deba reemplazar el fallo casado.

Para efectos de la penalidad a imponer, ha de tenerse en cuenta el mandato del artículo 61 del Código Penal.

En ese orden de ideas el condenado Helí Ramírez, adecuó su conducta al artículo 355 del Código Penal, tipo legal, que trae una pena mínima de dos años de prisión, la cual debe sufrir la aminorante del amplificador del artículo 22 —tentativa— en su mínimo, que en ningún caso será "no menor de la mitad del mínimo", pues debe precisarse la ausencia de antecedentes penales del incriminado y su grado de culpabilidad a título de dolo. Lo anterior traduce la aplicación de una pena básica de un año.

Pero para regular en definitiva la pena, debe tenerse presente que le concurre como circunstancia de agravación punitiva, la del numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, consistente en ejercer el cargo de agente de la Policía que desdoró con la conducta atentada.

En tales condiciones no podrá imponerse la pena mínima y estima la Sala que para una correcta dosimetría penal debe aumentarse la pena en dos meses, para un gran total de 15 meses de prisión, más la interdicción de derechos y funciones públicas, por período igual al de la pena principal, e igualmente comporta la pérdida del empleo oficial de que venía disfrutando, esta última imposición como pena accesoria.

Ahora bien, por providencia de 27 de febrero de 1986, se negó la libertad de Ramírez, por cuanto en esa fecha acreditó 19 meses y dos días por detención efectiva y trabajo, teniendo como base la pena de la sentencia de segundo grado.

Pero, como la pena impuesta en definitiva es la de 15 meses, habría que ordenar su libertad de manera incondicional.

En mérito de lo anteriormente 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. Casar parcialmente, la Sentencia de fecha y origen anotados.

Segundo. Imponer al procesado Helí Ramírez, como pena principal, la de 15 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por

período igual al de la pena principal y la pérdida del empleo oficial, como accesorias.

Tercero. Confírmase el numeral 3, de la sentencia de primer grado proferida en marzo 16 de 1985 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga.

Cuarto. Ordenar la libertad inmediata e incondicional del procesado por cuanto lleva en detención efectiva y redención de trabajo 19 meses y dos días.

Quinto. Librense las correspondientes comunicaciones de ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo (Con salvamento de voto), Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas (Con salvamento de voto), Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez (Con salvamento de voto), Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas y Gustavo Gómez Velásquez

Con todo comedimiento señalaremos algunas discrepancias que nos llevaron a suscribir la anterior providencia con salvamento de voto.

1º Es evidente que la ley no es otra cosa que la concreta expresión de la voluntad del legislador, de manera que siempre es conveniente para una mejor interpretación del texto legal, acudir a los antecedentes consignados en las relaciones de las comisiones que se hayan encargado de su redacción. No obstante, es preciso no olvidar que la ley una vez promulgada se desprende de su autor y a partir de ese momento tiene una vida independiente, sustentada en la propia vigencia de sus mandatos impersonales y abstractos y en la realidad sistemática del ordenamiento del cual forma parte. En consecuencia la opinión del legislador, que casi nunca se conoce en su integridad y que con frecuencia es el resultado de opiniones disímiles y divergentes, apenas constituye una pauta para una mejor interpretación de las normas, pero siempre que se tenga como punto de partida su exacta realidad gramatical que es, al fin y al cabo, lo único que tiene poder vinculante.

Así mismo, las opiniones de los doctrinantes, valiosos auxiliares para el mejor entendimiento de la ley, serán dignos de ser tenidos en cuenta, en la medida en que sus aseveraciones no los lleven a postular tesis que riñan con el sentido jurídico y el texto de las normas que analizan. Mayor cuidado debe tenerse con tratadistas foráneos por cuanto sus comentarios se insertan en realidades jurídicas distintas y se refieren de ordinario a disposiciones que, aun cuando similares, están concebidas en diversa forma.

2º De vieja data se ha venido discutiendo por jueces, doctrinantes y abogados sobre el tema relacionado con el momento consumativo de la extorsión y, como consecuencia de la forma como se responde esa inquietud, si dicha infracción es de mera conducta o de resultado, si es un tipo de lesión o de peligro y, en últimas, si es susceptible de admitir la tentativa.

La clasificación de los tipos penales hecha por los autores, no siempre obedece a un empeño de índole académica, pues su utilidad para un más adecuado conocimiento de la ley no puede ser desconocida. Por supuesto que es necesario, como punto de partida de cualquier discusión, que a dichas clasificaciones se les dé un sentido y alcance comunes.

Adviértese en primer término, que todos los delitos desde el punto de vista jurídico tienen un resultado, por cuanto toda conducta punible exige una determinada modificación del mundo exterior; sin embargo, es tradicional la distinción entre tipos de mera conducta, también llamados formales y tipos de resultado, también conocidos como materiales. De acuerdo con la concepción Carrariana, los primeros se presentan cuando se consuman con una simple acción, los segundos cuando se requiere la producción de un resultado. Esta clasificación depende de la forma como haya sido redactada la conducta en el texto legal, a pesar de que otro haya podido ser el querer del legislador.

Desde otro punto de vista y en atención al bien jurídicamente tutelado, los tipos penales suelen clasificarse en de lesión y de peligro. Los primeros se dan cuando con la realización de la conducta descrita en la ley se vulnera el interés legalmente protegido, los segundos cuando con el comportamiento previsto en la norma, dicho interés apenas se ha puesto en peligro.

Así mismo, es posible que el legislador incluya dentro de la descripción típica, ingredientes de naturaleza subjetiva, o de conducta interna trascendente, que se presentan en los casos en que en la propia descripción legal se exige una finalidad o un propósito determinado por parte del agente. La misión primordial de esta clase de ingredientes es diferenciar una conducta reprochable de otra que carece de trascendencia jurídico-penal, o diferenciar dos conductas igualmente delictivas, en los eventos en que comportamientos objetivamente idénticos, se diferencien por la finalidad perseguida por el agente al realizarlas.

Como se acepta en la ponencia, no es exacto que los tipos que tienen ingrediente subjetivo sean necesariamente de mera conducta, pues en el homicidio que se comete para preparar, facilitar o consumar otro delito, hay ingrediente subjetivo y sin embargo es de resultado, lo mismo puede decirse del secuestro, del hurto, etc. Otra cosa es que se haya afirmado con razón que para la tipificación de esta clase de delitos no es necesario que la finalidad perseguida se logre, basta con que el agente proceda con el indicado propósito para que se estructure la infracción, pero de ésto no puede deducirse la exigencia de la producción del resultado previsto en la norma.

3º En alguna medida es cierto que la descripción típica del delito de extorsión del Código de 1936 no es sustancialmente diferente de la prevista en la vigente codificación. Es verdad que dicho delito estaba concedido como tipo cerrado en cuanto se precisaban las circunstancias modales que

el sujeto debía emplear, mientras que el vigente artículo 355 es tipo abierto, habida consideración de que el constreñimiento puede lograrse por cualquier medio. Los verbos rectores, aun cuando distintos son equivalentes y el ingrediente subjetivo —el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero— es igual en los dos textos. Sin embargo, hay una diferencia notoria que no puede pasar inadvertida, pues el resultado en las dos normas es diferente. En efecto, mientras en el artículo 406 del Código Penal de 1936 la conducta consistía en obligar a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, o en obligar a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito, el texto del nuevo código exige que el agente constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa.

En el plano de la lógica material es obvio que frente a la descripción del código anterior, los resultados estaban taxativamente señalados, cosa que no ocurre con la amplia previsión de la nueva ley, pues constreñir a hacer, tolerar u omitir alguna cosa es señalar todas las exigencias posibles en relación con la conducta que otro puede asumir con voluntad sojuzgada. En efecto, otra persona sólo puede ser constreñida a hacer, a omitir o a padecer conducta ajena, esto es, a tolerar; en otras palabras que bien pudo el legislador haber redactado la conducta en los siguientes términos: "El que constriña a otro con el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero", caso en el cual la conducta sería sustancialmente idéntica a la vigente.

4º Es incuestionable y en este aspecto no hay discusión alguna, que la finalidad perseguida debe ser de contenido patrimonial, lo cual se deduce del hecho de que la extorsión haya sido incluida por el legislador dentro de los hechos punibles que atentan contra el patrimonio económico. Además este ingrediente subjetivo permite diferenciar el delito que se examina con el delito de constreñimiento ilegal (Art. 276), que es atentado contra la autonomía personal.

Pero también es indiscutible que el delito de extorsión, desde el punto de vista del interés jurídicamente tutelado, es pluriofensivo, porque además de amparar un interés de carácter patrimonial, busca la salvaguarda de la autonomía personal o, más estrictamente, del derecho a la libre autodeterminación. La circunstancia de que el legislador haya ubicado la conducta en un título o capítulo concreto, no es motivo para desconocer la significación de los demás bienes jurídicos amparados, de modo que el intérprete debe tenerlos en cuenta para lograr determinar con mayor posibilidad de cierto el justo alcance de la disposición que analiza.

5º En este orden de ideas creemos que la conducta descrita en el artículo 355 del Código Penal, es de aquellas que doctrinariamente se conocen como de resultado, pues para la ley colombiana no se extorsiona con el simple hecho de amenazar, se requiere que el sujeto activo constriña al sujeto pasivo; esto es que el acto violento que da lugar a la acción, penetre en la órbita sensitivo-afectiva del titular del bien. Es que ningún delito se consuma sino cuando se realiza en su integridad la acción legislativamente consagrada y concretamente en el tipo penal que es objeto de análisis, sólo se habrá consumado la extorsión, cuando se haya producido el constre- nimiento.

Ahora bien, es necesario recordar que el resultado en este tipo no fue el que se pretendió consagrar por el comisionado, que redactó el proyecto de norma que seguía muy de cerca a la legislación italiana. En efecto, en el inicial proyecto se trasladaba el momento consumativo de la infracción, pues el constreñimiento era el medio para lograr el verbo rector, que allí era obtener provecho.

6º En relación con el bien jurídicamente tutelado, el delito de extorsión es delito de peligro, pues en momento alguno se exige, para la consumación del delito, que se logre u obtenga el provecho económico. Este aspecto se destaca con la presencia del ingrediente subjetivo "con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero", por cuanto es bien sabido que para la consumación de delitos que tienen esta clase de ingredientes, basta con que el agente proceda con la finalidad indicada, aun cuando ésta no tenga cumplido efecto.

Pero recuérdese que este es un tipo pluriofensivo, ya que también ampara la autonomía individual, de modo que el legislador habría podido ubicarlo como atentado contra la libertad. Frente a este concreto bien, es evidente que se trata de un delito de lesión, pues se requiere, como ya se dijo, no la simple amenaza, sino que es indispensable que se logre el constrenimiento, es decir, que es necesario que se afecte la libre autodeterminación del sujeto pasivo.

7º Con base en las precedentes consideraciones conclúyese que la extorsión se consuma no sólo con la presencia de una amenaza, sino cuando se logra el constreñimiento, aun cuando no se haya obtenido el provecho de carácter patrimonial perseguido.

Ahora bien, como las expresiones constreñir a "hacer, tolerar u omitir alguna cosa", en manera alguna significan que esa cosa sea la prestación patrimonial pretendida, pues ese es elemento subjetivo que no requiere materialización, siempre que ante conducta humana que signifique constreñimiento, el sujeto pasivo actúe, omita o tolere, determinado por la actividad del sujeto activo, se habrá consumado la extorsión, pues si se llegara a exigir que los indicados verbos deben representar la concresión del provecho, se estaría desconociendo el carácter de los ingredientes subjetivos y la afirmación indiscutida de que en relación con el bien jurídico de carácter económico, la extorsión es un tipo de peligro, ya que la ley en este aspecto no exige la obtención del benéficio patrimonial.

En este orden de ideas se habrá consumado el delito de extorsión, cuando la persona constreñida, para evitar la prestación que se le exige, huye del país, traspasa sus bienes o, aterrorizado demanda el auxilio de la autoridad o se suicida. Con igual razón cuando accede a la realización de lo que se le exige.

Como consecuencia de lo anterior se desprende que el delito de extorsión admite la tentativa, en la medida en que se realice conducta idónea e inequívocamente orientada a constreñir, pero no se logra el resultado. Tal sería el caso de quien envía misiva para extorsionar, pero que es interceptada por la autoridad, o cuando al llegar a su destinatario, éste es informado que los delincuentes se hallan a buen recaudo, ya que en estos casos se

dio principio a la ejecución del hecho, pero el constreñimiento no se logró por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

8º Para abundar en razones es conveniente el examen de otros tipos penales que tienen el mismo verbo rector de la extorsión. En efecto, la concusión explícita (Art. 140) se consuma cuando el empleado oficial constriña a alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero dinero o cualquier utilidad indebidos. Frente a este tipo nadie ha dicho que sea necesario la obtención del provecho, basta con que se dé el constreñimiento, el cual habida cuenta del metus potestatis, es fácil de conseguir; similar razonamiento puede hacerse en relación con la violencia contra empleado oficial (Art. 164); el constreñimiento ilegal (Art. 276); el constreñimiento para delinquir (Art. 277); y, el constreñimiento a la prostitución (Art. 309). En ninguno de estos casos, casi todos ellos de carácter pluriofensivo, se requiere la producción de la finalidad buscada, aun cuando en todos ellos es necesario que se haya afectado la órbita afectivo-volitiva del sujeto pasivo.

Estimamos que los anteriores razonamientos, expuestos en forma sintética, son suficientes para separarnos de la providencia prohijada por la mayoría de la Sala.

Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velásquez.

Bogotá, D. E., 14 de abril de 1986.

FUNCIONARIO PUBLICO

Detención preventiva.

La petición de suspensión en el ejercicio del cargo para el cumplimiento del auto de detención preventiva, sólo procede cuando el servidor público se halla efectivamente desempeñando la correspondiente actividad funcional y no es necesario, en consecuencia cuando se tiene la calidad, pero no la función.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo.

Aprobado: Acta número 021.

Bogotá, D. E., 8 de abril de 1986.

Vistos

Por apelación revisa la Corte la sentencia que con salvamento de voto de uno de los integrantes de la Sala de decisión, profiriera el Tribunal Superior de Quibdó en abril 12 de 1984, en virtud de la cual condenó a Victoriano Cuesta Rentería, en razón de los cargos formulados en su contra por algunas de sus actuaciones como Juez Promiscuo del Circuito de Riosucio (Ch.).

Surtidos los trámites propios de la instancia, la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal, solicitó la revocatoria del fallo objeto de estudio, para que en subsidio del mismo se profiera uno de carácter absolutorio.

HECHOS

Los que generaron la actuación procesal ocurrieron en el mes de noviembre del año de 1979 y tienen que ver con la captura dispuesta por el acusado en contra de Luis María Ibargüen Rentería, dentro del proceso que le correspondió adelantar contra el mismo por un delito contra la administración pública, en desarrollo del cual profirió auto de detención y lo materializó no obstante que el afectado con la medida en su calidad de empleado oficial (Secretario de la Alcaldía Municipal de Riosucio) gozaba para entonces de una licencia que por el lapso de sesenta (60) días le había sido concedida por la autoridad respectiva.

RESULTANDOS Y DEMOSTRACIONES PROBATORIAS

- 1º La calidad de Juez del acusado para la época de los hechos se encuentra demostrada dentro del expediente. (Fols. 23, 127, 205).
- 2º El 16 de marzo de 1979, la Inspección de Policía de Villanueva (Montaño) comunicó a la Alcaldía Militar de Riosucio (Ch.) sobre la ocurrencia de una "riña" entre Francisco Lozano y Gilberto Rodríguez (quien resultó lesionado), para los efectos correspondientes. (Fl. 36).

Por razón de las citaciones las órdenes de captura que se libraron, Lozano se hizo presente en la citada Alcaldía donde para entonces se desempeñaba como alcalde encargado Luis María Ibargüen Rentería, quien, "para arreglarle el problema" le impuso una sanción por la suma de \$700.00 que debería cancelar ante la Tesorería de la localidad, pero que el funcionario recibió y no entregó como era lo pertinente a la mencionada oficina. (Fls. 5, 6, 36, 41, 42, 43, 44, 46).

- 3º El 17 de septiembre de 1979, el personero municipal de Riosucio formuló denuncia penal contra el señor Ibargüen Rentería, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de la localidad, en procura de investigación por los hechos antes relacionados. (Fl. 28).
- 4º El 12 de noviembre del mismo año, luego de iniciada la investigación, de practicadas algunas diligencias y de recibir indagatoria al implicado, el referido Juzgado a cargo de Victoriano Cuesta Rentería como Juez encargado, le dictó auto de detención a Ibargüen Rentería por el delito de "prevaricato". (Fl. 59).
- 5º En noviembre 13 siguiente, mediante Oficio número 320, el denunciado comunicó a la alcaldía la determinación detentiva en cumplimiento de lo "establecido por el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal". (Fl. 61).
- 6º En la misma fecha, por Oficio número 552, la alcaldía respondió al Juzgado, informando que desde el día inmediatamente anterior (noviembre 12) y por razones de orden familiar, al secretario afectado con la medida se le había concedido licencia por el lapso de sesenta (60) días, de conformidad con el Decreto número 116. (Fl. 64).
- 7º Recibida la información por el Juzgado se dispuso allegar el texto del decreto anunciado, y, "tomar mientras tanto, las medidas necesarias de seguridad". (Fl. 65).
- 8º El 15 de noviembre del año en referencia, por razón de los datos suministrados al Juzgado Promiscuo del Circuito de Riosucio sobre las acti-

vidades de Ibargüen Rentería, tendientes a eludir la acción de la justicia, el funcionario sindicado libró varias comunicaciones al F-2 y al DAS, destinadas a obtener su captura. (Fls. 67, 68).

Al día siguiente, las mencionadas autoridades privan de la libertad al citado individuo y lo pusieron a disposición del Juzgado que libró en su contra la boleta de detención número 021 de la fecha. (Fl. 71).

- 9º El 17 de noviembre también del año 1979, practicadas algunas diligencias e incorporada a la actuación copia del Decreto 116 del 12 inmediatamente anterior, Víctor Manuel Cuesta Rentería ante las explicaciones del detenido en el sentido de no estar asistido del propósito de evadirse y especialmente ante el hecho de haberse allegado a los autos la resolución que otorgó licencia a Ibargüen Rentería, dispuso su liberación mediante la imposición de una caución juratoria. (Fls. 70, 80, 81).
- 10. Algunos días después, el afectado con las anteriores medidas, estimando irregular el procedimiento cumplido por el Juez en su contra, le denunció ante la Sala Penal del Tribunal de Quibdó, relievando que todo había sido el producto de la persecución desplegada en detrimento suyo en el municipio ya relacionado (Fls. 1 y ss.).
- 11. El 25 de junio de 1980, luego de clausurado el período investigativo, el Tribunal Superior de Quibdó dictó auto de proceder contra Victoriano Cuesta Rentería, y, finalmente, tramitado el juicio con las debidas formalidades y celebrada la audiencia pública, en abril 12 de 1984, dictó sentencia condenatoria en cuya parte resolutiva impuso al procesado la pena de seis (6) meses de prisión, por el delito de detención arbitraria, otorgándole a su turno la libertad por ser acreedor al beneficio de la condena de ejecución condicional. (Fls. 123, 132, 193, 227).

SE CONSIDERA

De conformidad con la relación de la actividad procesal cumplida dentro de este proceso, se sabe que Victoriano Cuesta Rentería fue llamado a responder en juicio criminal por el delito de detención arbitraria, acto ilegal que habría ejecutado cuando desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Riosucio (Chocó).

La conducta atribuida al procesado ha sido, no obstante, objeto de importantes cuestionamientos en el ámbito jurídico, pues uno de los señores Magistrados que conformó la Sala de Decisión del Tribunal del conocimiento, salvó su voto por estimar que la conducta del enjuiciado no era antijurídica en razón de haber actuado en cumplimiento de los deberes inherentes a un cargo público, mientras que el señor Procurador Delegado en lo Penal pide que se revoque la sentencia condenatoria que se revisa por cuanto no se advierte el proceder doloso del enjuiciado ni, por otra parte, se ocasionó daño a la administración pública al privarse de libertad a persona que no desempeñaba la función, pues cuando se le detuvo se hallaba en uso de licencia.

Para la Sala es un hecho demostrado que la privación de la libertad que dio origen al auto de llamamiento a juicio, se realizó cuando el funcionario contra quien se había dictado auto de detención preventiva, se hallaba en uso de licencia legalmente concedida, de suerte que para resolver es necesario hacer algunas consideraciones previas.

Dispone el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal que "en el mismo auto en que se ordena la detención preventiva de un funcionario o empleado público, tratándose de sindicación por delito no excarcelable, se ordenará a la Corporación o autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo. Mientras se cumple la suspensión se adoptarán las medidas de vigilancia y seguridad necesarias para evitar que el sindicado eluda la acción de la justicia".

El citado artículo 449 no establece en manera alguna privilegios o inmunidades en favor de los funcionarios o empleados públicos; se trata de disposición concebida en beneficio de la administración pública, con la clara finalidad de que el servicio no se vea menoscabado con la detención de quien está llamado a prestarlo en virtud de la situación legal y reglamentaria que ostenta.

Esta disposición constituye excepción a las reglas generales sobre detención preventiva de modo que sus mandatos deben ser interpretados, en forma restrictiva. En consecuencia, solo procede su aplicación cuando se trate de personas que tengan la calidad de funcionarios o empleados públicos, vale decir, que no puede ser extendida a otras personas vinculadas a la administración bajo título diferente, se aplica únicamente cuando el auto de detención se haya dictado por delito que no permita el beneficio de libertad bajo fianza, pues cuando se detiene por delito que permita la excarcelación, el funcionario detenido dispone del término previsto en el artículo 450 ibídem para prestar la caución y solo en el caso de que no se preste oportunamente se pedirá la suspensión y, llegado el momento, se ordenará hacer efectiva la medida cautelar.

Habida cuenta de que la previsión legislativa que se examina ha sido establecida en beneficio de la administración pública y no representa gracia en favor del servidor oficial, es evidente que solo tiene aplicación cuando el funcionario o empleado detenido se halla en el ejercicio del cargo, pues solo en este caso se ocasiona perjuicio a la prestación del servicio con la privación de la libertad de persona a cuyo cargo se halla el cumplimiento de la actividad estatal. En consecuencia, no es del caso que se solicite "suspenderlo en el ejercicio del cargo", tal como precisamente lo exige la norma, cuando el servidor oficial no se halla en su ejercicio por estar disfrutando de licencia legalmente concedida.

La licencia en el desempeño de un cargo es situación reglamentada en el derecho administrativo (artículos 18 y s.s. del Decreto 2400 de 1968 y artículo 27 del Decreto 250 de 1970), según la cual el empleado se retira temporalmente del servicio, sin derecho a remuneración, hasta por el término de 60 días o tres meses, según el caso, o mientras dura su ejercicio en interinidad de otro cargo. Cuando un empleado está disfrutando de una licencia, no solo no ejerce función pública alguna, ni percibe sueldos, sino que otra persona ha debido ser designada y posesionada para cumplir la actividad funcional de quien disfruta de la licencia.

Las precisiones anteriores llevan a la conclusión de que la petición de suspensión en el ejercicio del cargo para el cumplimiento del auto de detención preventiva, solo procede cuando el servidor público se halle efectivamente desempeñando la correspondiente actividad funcional; por el contrario, cuando se tiene la calidad pero no la función, como sería el caso del empleado o funcionario que se halla en uso de licencia o suspendido en virtud de sanción disciplinaria, no es necesaria la solicitud de suspensión en el ejercicio del cargo, porque éste no está siendo ejercido por dicha persona. Además, si como ya se dijo, esta medida legal solo está prevista en beneficio de la administración, ningún agravio se ocasiona a la gestión pública con la efectiva detención de quien en ese momento no la sirve.

Aplicados los presupuestos anteriores al caso que ahora es objeto de juzgamiento, tiénese que el procesado dictó auto de detención contra un funcionario público; que para el momento en que se dictó esa medida de cautela no se trataba de delito que admitiera la libertad provisional bajo caución; y que a pesar de haber solicitado la suspensión en el cargo, sin que hubieran transcurrido diez días desde entonces, ordenó la captura del afectado con el auto detentivo, al enterarse de que éste se hallaba en uso de licencia. En estas condiciones el ex Juez acusado, se limitó a cumplir adecuadamente con las funciones inherentes a su cargo, de suerte que por parte alguna se observa que haya actuado con abuso de su función, elemento de carácter normativo indispensable para que pueda predicarse la tipicidad del delito de detención arbitraria.

Es posible que el procesado haya dado explicaciones inadecuadas, fruto de su inexperiencia en materia jurídica, pues como se sabe apenas cursó la primaria; no obstante, lo que debe ser punto de partida para examinar su conducta es determinar si ésta corresponde a una descripción legal y como ya quedó establecido que Cuesta Rentería se limitó a cumplir con el deber legal de ordenar la privación de la libertad de persona contra quien había dictado auto de detención, forzosamente tiene que concluirse que no cometió abuso en el ejercicio de su función, pues para cuando tomó tal medida no existía razón alguna para solicitar la suspensión del sujeto pasivo de aquella acción penal o para esperar la respuesta del nominador si la suspensión ya había sido reclamada.

Si la conducta del procesado es atípica, y, por lo tanto, no constituye delito, la sentencia que se revisa deberá revocarse y en su lugar se dictará la absolutoria correspondiente.

Por razón 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:

Revocar la sentencia apelada y, en su lugar, absolver al enjuiciado por los hechos que dieron origen a este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

INCOMPETENCIA

Declaración.

No le es permitido al Juez que se reconoce incompetente para conocer de determinado proceso, hacer declaraciones de nulidad; esta decisión es del exclusivo resorte del funcionario competente.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Aprobado: Acta número 021.

Bogotá, D. E., 8 de abril de 1986.

VISTOS

Procede la Sala a resolver el conflicto de competencia negativa, suscitado entre el Juzgado Segundo Superior de Cali (Valle) y el Primero Superior de Santander (Cauca), a raíz de la denegación de conocimiento del proceso que, por el delito de falsedad documental, cometido en conexidad con un homicidio perpetrado por algunos miembros de la Policía Nacional, se adelanta contra los señores Olmedo Lugo Palacios, Bolívar Millán y Vladimiro Giraldo.

RESULTANDOS

Precisa, al respecto, el Tribunal Disciplinario:

"En la noche del 19 de agosto de 1982, algunos miembros de la Policía Nacional, pertenecientes a la Novena Estación acantonada en el Municipio de Jamundí (Valle), aprehendieron a los jóvenes Oscar Dávila y José M. Calvache y los recluyeron en la cárcel del lugar; pero posteriormente los excarcelaron para conducirlos a algún sitio incierto. Al día siguiente, los cadáveres de los retenidos fueron hallados en parajes ubicados en los Muni-

cipios de Puerto Tejada y Santander de Quilichao (Cauca), con evidentes huellas de haber sido torturados y desfigurados.

"Por los hechos anteriores fueron vinculados a la investigación el Sargento de la Policía Nacional Mario de Jesús Ruiz Urán y los agentes Luis Norberto Gil Cano, Demetrio Millán Cruz y Angel María Parra Zúñiga, como presuntos responsables del doble homicidio; y los señores Olmedo Lugo Palacios, Bolívar Millán y Vladimiro Giraldo (guardianes), como coautores del homicidio y responsables de falsedad documental, por haber hecho desaparecer las anotaciones del registro de ingreso a la cárcel de los occisos, en los libros del establecimiento carcelario.

"Como quiera que los primeros sindicados gozaban de fuero policial, el proceso fue asumido por el Comando del Departamento de Policía del Valle, que a su turno envió al Juzgado Primero Superior de Santander (Cauca) las copias pertinentes para que conociera de la falsedad documental cometida por los funcionarios carcelarios; pero dicho expediente fue enviado a los juzgados superiores de Cali teniendo en cuenta que el hecho punible fue consumado en el Municipio de Jamundí, jurisdicción del Departamento del Valle.

"En las anteriores condiciones el proceso fue adelantado hasta la celebración de la audiencia pública y llegado el momento de proferir el fallo de primer grado, el Juzgado Segundo Superior de Cali propuso al Juzgado Primero Superior de Santander (Cauca), colisión negativa de competencias, por cuanto en su sentir, al haber asumido este funcionario con anterioridad la competencia a prevención, le correspondía conocer del mismo asunto.

"Sin embargo, el Juzgado Primero Superior de Santander (Cauca) rechazó la competencia en este asunto argumentando que prima el factor territorial y en consecuencia envió las diligencias a esta superioridad para que se dirimiera el conflicto".

Cuando se calificó el mérito de la investigación en el presente proceso, el Juzgado Segundo Superior de Cali, llamó a responder en juicio criminal a Vladimiro Giraldo Rosero, Olmedo Lugo Palacios y Bolívar Millán, por el delito de falsedad en documentos. Nada dijo con respecto al ilícito de homicidio. Empero, en el auto con el cual se declara la nulidad de todo lo actuado a partir del cierre de la investigación y se propone colisión de competencia negativa al Juzgado Primero Superior de Santander de Quilichao (Cauca), expone:

"La Sala Penal del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, cuando tuvo oportunidad inicial de conocer del presente proceso al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto de detención dictado por el Juez 6º Inscriminal de Cali, en aparte de su providencia del 6 de julio de 1983, con la que confirmó el decreto de prisión preventiva recurrido, acogiendo concepto de su inmediato colaborador Fiscal sobre la responsabilidad que en su condición de cómplices les cabía a los guardianes de la Cárcel Municipal de Jamundí en el delito de homicidio y a la del señor director en los de falsedad por ocultación y encubrimiento por favorecimiento, en conexidad estos dos últimos con el primero, expresó a folios 383 y 384:

"Y concretando aún más la situación que de autos comportan los representados del abogado apelante, a lo dicho y precisado por el adjunto colaborador, agrega ahora la Sala que, a los guardianes Olmedo Lugo Palacios y Bolívar Millán, se les acusa y señala como cómplices de la empresa criminal que diera al traste con la vida de Oscar Dávila y José María Calvache Morales, ya que sin su ayuda o colaboración como vigilantes de turno en la cárcel de Jamundí, no se hubiera podido sacar de allí a los sujetos victimados, en las horas de la noche del 19 a amanecer 20 de agosto de 1982; y en cambio a Vladimiro Giraldo Rosero, en su condición de Director de ese mismo establecimiento carcelario, se lo señala como autor y presunto responsable de la ocultación y cambio del libro de registro de entradas de dichos sujetos a la cárcel, y de haber desarrollado inclusive interferencias posteriores ante las personas declarantes de cargo, en orden a encubrir y favorecer a las personas presuntamente comprometidas en los homicidios, sin que hasta el momento las referidas acusaciones se hayan desvirtuado en su totalidad...'.

"Los delitos de que da cuenta este expediente conforman un complejo de conexidad sustancial en torno al homicidio...".

Con todo, termina su proveído, expresando: "..., si del presente proceso conoció inicialmente por competencia a prevención (Art. 42 C. de P. Penal) el señor Juez Primero Superior de Santander, Cauca, dicho funcionario debe seguir conociendo de las mismas porque prevalece la causal de la prevención que le asignó la competencia;...".

Breves consideraciones de la Sala

Ha dicho esta Corporación:

"Como no siempre es dable establecer desde un comienzo el lugar donde se cometió el hecho punible, lo cual tiene repercusión en el seña-lamiento del funcionario competente por razón del territorio, y como dicha circunstancia no puede tener la virtualidad de dejar sin Juez un determinado caso pues ello equivaldría a su impunidad, el legislador arbitró la forma para que, en eventos como ese, no quede enervada la acción de la justicia. Ese mecanismo procesal es el de la competencia a prevención, de acuerdo con el cual, cuando se desconoce, como en esta ocasión, el sitio preciso donde ocurrió el hecho motivo de investigación, conocerá del proceso el Juez competente por la naturaleza del hecho ante quien primero se formule la denuncia o se inicie la instrucción. Obviamente hasta tanto permanezca esa situación de incertidumbre, pues, esclarecida, corresponderá al Juez del lugar de comisión que además sea competente por razón de la naturaleza del hecho, seguir en el conocimiento del asunto". (M. P. Dr. Darío Velásquez Gaviria, marzo 12/85).

Es incuestionable, entonces, que, si de conocimiento a prevención se trata, él termina una vez queda clarificada la anterior situación de perplejidad que permitió que tal fenómeno se presentara, de ser posible, como se explicará adelante, la reubicación de la competencia. En el caso sub-exámine nunca se presentó inseguridad para ubicar el territorio donde se

cometió la falsedad. Aconteció, simplemente, que asumió el conocimiento conjunto un Juez de Instrucción del Departamento del Cauca, por razón de presunta conexidad. Y, posteriormente, el proceso se envió a la Justicia Penal Militar, por virtud del fuero que cobijaba a los sindicados miembros de la Policía Nacional, jurisdicción ésta que envió al Juzgado Primero de Santander (Cauca) las copias pertinentes, para que se investigara la falsedad documental y sin hacer referencia alguna al delito de homicidio. Este Juzgado, a su turno, las remitió a los Juzgados Superiores de Cali—reparto—, por cuanto en territorio de su competencia se había consumado tal hecho punible. Resulta, pues, incontrovertible que el de esta localidad es el Juez competente y que no es apropiado hablar de conocimiento a prevención.

Adelantada la investigación, el Juez Segundo Superior de Cali, llamó a responder en juicio criminal exclusivamente por el ilícito de falsedad en documentos y, ya en la fase final del proceso, exactamente cuando se trataba de proferir sentencia, optó por declarar una nulidad a partir del cierre de la investigación y por provocar conflicto de competencia negativa al Juez Primero Superior de Santander.

No le era dado, al referido Juez, a esas alturas del proceso, cuando ya gravitaba plenamente demostrado el cuerpo del delito de falsedad y prueba seria de responsabilidad, diferir el fallo, retrotrayendo el proceso y conduciéndolo por un sendero de incertidumbres, con menosprecio de hechos ciertos, o, en otras palabras, prescindir de calificaciones que podían hacerse en forma segura e inmediata, a pretexto de buscar sindicaciones posibles. Y es que a no otra cosa conducen sus inquietudes en el sentido de que los procesados por falsedad podían estar comprometidos, a título de complicidad, en el homicidio, y que por ello se imponía una nulidad por incompetencia, como quiera que otro funcionario era el competente a prevención.

La competencia a prevención está bien antes de hacer calificaciones de fondo, como que esclarecimientos posteriores se reputan, a efectos de competencia, secundarios. Y mal puede dárseles virtualidad suficiente como para retrotraer el proceso, pues ello implicaría acolitar procedimientos que irían contra la economía procesal y la rápida administración de justicia y serían el rotundo desprecio de otras verdades ya manifiestas en autos.

Y no le es permitido al Juez que se reconoce incompetente para conocer de determinado proceso, entrar a proferir determinaciones distintas de la declaratoria de incompetencia. Mal hace en declarar nulidades, las cuales son decisiones del exclusivo resorte del funcionario competente. Proceder semejante es no sólo ir contra el conocido principio del "nemo dat quem non habet", sino propiciar desajustes e irregularidades procesales que, obviamente, entorpecen su desarrollo. Inclusive, bien puede suceder —y es, exactamente, cuanto acontece en el evento sub judice— que, en el desenvolvimiento del asunto, quien así procede termine por ser el competente, con lo cual se enfrentaría al absurdo de haber él mismo decretado nulidades, precisamente por incompetencia.

Entonces, si el Juez Segundo Superior de Cali entiende que existe la posibilidad de participación en los mencionados homicidios, de los aquí convocados a juicio por falsedad, lo procedente es, dadas las condiciones

dichas, la expedición de copias de lo pertinente y el envío de ellas al funcionario que se estime competente, en orden a la averiguación de ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, resuelve: determinar al Juez Segundo Superior de Cali como el competente para seguir conociendo de este proceso, adelantado contra Vladimiro Giraldo Rosero, Olmedo Lugo Palacios y Bolívar Millán, por el delito de falsedad en documentos. Este mismo funcionario expedirá las copias del caso, destinadas a investigar a los citados individuos por su presunta participación en los homicidios mencionados. Dése cuenta de esta decisión al señor Juez Primero Superior de Santander (Cauca), a quien se enviará copia de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

INDULTO

Procedimiento.

La Ley 49 de 1985 que establece la cesación de procedimiento en el artículo 3º, se remite a la institución que tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano lleva ese nombre y aparece regulada em el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda.

Aprobado: Acta número 29.

Bogotá, D. E., 8 de abril de 1986.

Vistos

El Tribunal Superior de Buga —Sala de Decisión Penal— en auto del 15 de agosto de 1985 se abstuvo de conocer la petición formulada por el apoderado de Carmen Tulia Castillo de Gómez para que cesara el procedimiento adelantado contra ella, según las prescripciones de la Ley 49 de 1985, "por la cual se concede una autorización al Presidente de la República, se regula el ejercicio de la facultad de conceder indultos y se dictan otras disposiciones".

El representante judicial de la acusada propuso reposición y en subsidio apelación respecto de ese proveído y la citada Corporación en auto del 28 de agosto pasado no atendió el primer recurso y concedió el segundo ante esta Sala de Casación Penal.

El proceso desapareció en los acontecimientos de noviembre de 1985 ocurridos en el Palacio de Justicia de Bogotá pero se estableció que se le dio el trámite correspondiente y el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en concepto del 21 de octubre pasado, que en copia auténtica obra en el informativo, solicitó a la Sala confirmar la decisión de primer grado.

Se procede entonces a resolver el recurso de apelación propuesto contra el auto del 15 de agosto de 1985 dictado por el Tribunal Superior de Buga en este asunto.

RESULTANDOS

1. Las copias del proceso dan cuenta que el 29 de mayo de 1985 en la población de Santa Rosa de Tapias en el Departamento del Valle, los ciudadanos Rodrigo de Jesús Sánchez, Javier Alonso y Carmen Tulia Castillo de Gómez, acompañada de dos de sus menores hijas, fueron capturados por representantes de la autoridad al hallarse en el vehículo en el que viajaban un radio de comunicaciones y luego, en la habitación del primero de los nombrados en Palmira, 42 granadas de fabricación casera, que habían recibido los nombrados de una señora de nombre "Ana", en Cali.

Carmen Tulia Castillo de Gómez fue dejada en libertad pero luego rindió indagatoria, pieza que obra en copia en este informativo, en la que se mostró ajena a los hallazgos que se han citado, aceptando sí que los ciudadanos antes nombrados y "Ana", pertenecían al movimiento denominado M-19.

El 25 de junio de 1985 el funcionario de Instrucción Especial adscrito al Batallón Palacé de Buga dictó auto de detención a la señora Castillo de Gómez como autora del delito contemplado en el artículo 202 del Código Penal, modificado por el 7 de la Ley 35 de 1982. No está por demás recordar que por el Decreto extraordinario 1058 de 1984 se dio el conocimiento de este tipo de infracciones a la justicia penal militar. Se estimó que la acusada acompañó a Rodrigo de Jesús Sánchez a Cali y regresaron a Palmira con otras personas portando una caja que contenía granadas; además, ella misma aceptó que Sánchez, "Ana" y demás personas mencionadas en el proceso, pertenecían al movimiento subversivo M-19.

- 2. La acusada Carmen Tulia de Gómez por intermedio de apoderado pidió al Tribunal Superior de Buga la cesación de procedimiento con apoyo en lo dispuesto en la Ley de indulto, la 49 del 4 de junio de 1985. La Corporación en auto del 17 de julio estimó que la procesada no era acreedora a esa gracia, porque su vinculación con personas pertenecientes al movimiento M-19 era puramente casual y a ella no le habían encontrado elementos o armas de uso exclusivo de las Fuerzas Militares. En este orden de ideas, decidió "abstenerse de decretar la cesación de procedimiento a favor de la señora Carmen Tulia Castillo de Gómez, por no concurrir los elementos previstos en la Ley 49 del 4 de julio (sic) del presente año...". Es preciso entender que la citada Corporación en lenguaje jurídico impropio, no "se abstuvo" sino que por el contrario examinó la solicitud formulada por el apoderado de la acusada y como resultado de ese estudio negó la petición.
- 3. Pocos días después de pronunciada esa decisión, el apoderado de Carmen Tulia Castillo de Gómez nuevamente solicitó la cesación de procedimiento con apoyo en la Ley 49 de 1985, por estimar que su poderdante estaba vinculada a un proceso por uno de los delitos contemplados en el artículo 1º de la citada ley, y tenía derecho a esa gracia.

El Tribunal Superior de Buga en el proveído recurrido en apelación—agosto 15 de 1985— sostiene que como la nueva solicitud se refiere a los mismos hechos, a la misma acusada y ya hubo pronunciamiento al respecto—el proveído del 17 de julio de 1985— que está ejecutoriado, "...por ello es improcedente tomar nueva decisión sobre si se aplica o no la Ley 49 de 1985...". Agrega la Corporación que el apoderado ha debido proponer los recursos de ley en orden a obtener la modificación del original, "...y no pretender que el Tribunal haga un nuevo pronunciamiento acerca de unos hechos sobre los cuales ya se tomó una determinación...". Afirmó la providencia que para ese momento procesal el apoderado carecía de personería para intervenir, pues entendió que el poder que antes le había otorgado la procesada se había agotado con el pronunciamiento del 17 de julio. Así, pues, la Corporación decidió "abstenerse" de conocer la petición a que se ha hecho mención.

Carmen Tulia Castillo de Gómez otorgó nuevo poder y su apoderado, como ya se dijo, propuso los recursos de reposición y apelación. El profesional se remitió en un todo a su solicitud anterior e insistió en que la acusada debía ser favorecida con la cesación de procedimiento, pues se le había vinculado a un proceso por uno de los delitos contemplados en el artículo 1º de la Ley 49 de 1985 que autoriza el indulto.

En el auto en el cual se resolvió el recurso de reposición, el juzgador de primer grado recordó, una vez más, que ya la Corporación había negado la cesación de procedimiento en providencia ejecutoriada (auto del 17 de julio de 1985); que se trataba de "cosa juzgada", según el artículo 3º de la ley de indulto; y, por tanto, "...esta Corporación no puede, se repite, entrar nuevamente a decidir si es el caso conceder o no el beneficio de cesación de procedimiento para la Castillo de Gómez...". Así pues, el Tribunal no repuso su proveído del 15 de agosto en el que "se abstuvo" de conocer la petición formulada por el representante judicial de la acusada en estas diligencias, y en cambio concedió la apelación.

Consideraciones

La Sala habrá de revocar el auto recurrido en apelación por falta de fundamento jurídico. En efecto:

La Sala de Decisión del Tribunal Superior de Buga "se abstuvo" de conocer la petición formulada por el apoderado de la acusada en este proceso, como se indicó en los resultandos, porque ya se había decidido la cuestión en providencia ejecutoriada y se trataba por tanto de "cosa juzgada"; además, el peticionario carecía de personería pues el poder que le fue otorgado quedó agotado al resolverse la primera solicitud de cesación de procedimiento.

Es preciso aclarar, ante todo, que en el segundo proveído sí aplicó el Tribunal un vocabulario jurídico acertado pues en verdad no hubo pronunciamiento respecto de la petición del apoderado de Carmen Tulia de Gómez, esto es, "se abstuvo". En cambio en la primera decisión, la del 17 de julio de 1985, el vocablo utilizado no tiene el mismo significado, el de inhibición, sino el de negar la solicitud de la defensa.

En segundo lugar, la ley de indulto al establecer "la cesación de procedimiento" en el artículo 3º "...en beneficio de quienes estuvieren procesados por hechos que puedan ser constitutivos de los delitos a que se refiere el artículo primero de la presente ley con las excepciones alli previstas y respecto de los cuales no existiere aún sentencia condenatoria ejecutoriada...", se remitió a la institución que tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano lleva ese nombre y aparece regulada en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. (El ponente del proyecto de ley que devino la 49 del año pasado, Representante Carlos Pineda Chillán, se refirió en dos ocasiones a la cesación de procedimiento contemplada en el artículo 163 acabado de citar. "Anales del Congreso", números 29 y 55, páginas 419 y 723, respectivamente). En consecuencia puede proponerse en cualquier estado de la actuación y cuantas veces lo estimen pertinente las partes. Por lo demás, no existe limitación al respecto en la Ley 49 de 1985 y al intérprete no le es lícito establecer condiciones que el legislador no ha previsto.

Por manera que a juicio de la Sala la petición de cesación de procedimiento por los motivos señalados en la Ley 49 del año pasado, se puede proponer cuantas veces lo estimen pertinente o conveniente las partes; es obvio que las circunstancias que en un determinado momento no se han logrado demostrar, es posible que después se puedan acreditar. Por lo demás, es lo que ocurre en el procedimiento ordinario.

Y observa la Sala que el Tribunal Superior de Buga pasó por alto el mandato del artículo 102 del Código de Procedimiento Penal, pues no corrió traslado de la solicitud formulada por la defensa, al Fiscal ante la Corporación. En este tópico es preciso resaltar, nuevamente, que la ley ya invocada no establece salvedades y menos en cuanto a la intervención del Ministerio Público, pues, como ya se dijo, la institución que se examina es la misma del artículo 163 mencionado arriba.

En tercer lugar, la Corporación sostiene que al negarse la cesación de procedimiento en el auto del 17 de julio y quedar ejecutoriado el proveído, se trata de "cosa juzgada", según el último inciso del artículo 3º de la Ley 49. Tal afirmación no se ajusta al texto claro de dicha norma.

Las providencias que "hacen tránsito a cosa juzgada", según la disposición en cita, son "...las que se refieren al presente artículo...", es decir, las que declaran la cesación de procedimiento. Por lo demás, tal consecuencia es la que se encuentra en la legislación ordinaria. Se recuerda a este propósito el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, la providencia que niega la cesación de procedimiento, que fue la dictada por el Tribunal en este asunto el 17 de julio, no es cosa juzgada. Y, además, no se corrió traslado al Ministerio Público, impidiendo de esta manera que una de las partes en el proceso expresara su opinión respecto de la petición presentada por la defensa.

En cuarto lugar, la Corporación exigió al apoderado de la acusada nuevo poder para formular la segunda petición de cesación de procedimiento, tratándose, como el mismo Tribunal lo destaca, de los mismos hechos, la misma persona e idéntica solicitud, dificultando de esta manera el ejercicio de la defensa.

En definitiva, los presupuestos en los que el Juzgador de primer grado apoyó su decisión de abstenerse de conocer la solicitud de cesación de procedimiento, presentada por el apoderado de la acusada en este asunto Carmen Tulia Castillo de Gómez, carecen de respaldo legal y la Sala habrá de revocar tal determinación para que el Tribunal Superior de Buga, previo traslado al Ministerio Público, resuelva en el fondo dicha petición.

La Sala estima, finalmente, que el juzgador, antes de resolver la petición de la defensa a que se ha hecho mención, deberá actualizar la información sobre el proceso que se adelanta a Carmen Tulia Castillo de Gómez (detenida desde junio de 1985), y a quien debió aplicarse el procedimiento del artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, según el mandato del Decreto extraordinario 1058 de 1984.

Como se observa apreciable demora en resolver el proceso que se adelanta contra Carmen Tulia Castillo de Gómez por tráfico de armas propias de las Fuerzas Militares, se solicitará por la Secretaría de la Sala al señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares intervenir ante la Auditoría Principal de Guerra de la Tercera Brigada con sede en Cali, para que se ponga fin a dicho asunto. (En la etapa instructiva tomó parte el Juez de Instrucción Penal Militar, adscrito al Batallón Palacé de Buga).

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— REVOCA el auto del 15 de agosto de 1985 por el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Buga se abstuvo de conocer la solicitud de cesación de procedimiento propuesta por el apoderado de la acusada en este asunto, Carmen Tulia Castillo de Gómez, y ordena a dicha Corporación decidir en el fondo tal petición.

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

Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario

NULIDAD

La nulidad ha sido instituida como un remedio extremo, de manera que cuando los vicios pueden ser enmendados por el juzgador de segunda instancia, no es ni procedente ni necesario acudir a ese medio.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo.

Aprobado: Acta número 029.

Bogotá, D. E., 8 de abril de 1986.

Vistos

Por apelación que interpuso el defensor del procesado, revisa la Corte la providencia de julio nueve del año inmediatamente anterior, en virtud de la cual el Tribunal Superior Militar dictó auto de proceder contra el abogado Manuel Vicente Danderino Moreno por el delito de "falsedad" cometido cuando se desempeñaba como Juez 28 de Instrucción Penal Militar adscrito al Batallón de Infantería número 6 "Cartagena" con sede en Riohacha.

Dentro del trámite propio de la instancia, la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares solicita la confirmación de la decisión recurrida, con la modificación relativa a que el llamamiento a juicio se profiera por el delito de falsedad en documentos contemplado en el Código Penal, Libro 2º, Título VI, Capítulo III.

HECHOS

Los que generaron el proceso tienen que ver con la afirmación de que en los meses de abril y mayo del año de 1983, varias piezas procesales que hacían parte de la investigación adelantada en el Juzgado 28 de Instrucción Penal Militar, contra el Subteniente del Ejército Nacional Alejandro Céspedes Camacho, por los delitos de homicidio y lesiones personales, fueron

suprimidas y sustituidas por otras o alteradas en su contenido, con el fin de modificar los medios probatorios de tal manera que favorecieran al oficial acusado.

RESULTANDOS

- 1º Se allegaron al proceso constancias de nombramiento, acta de posesión y certificado sobre el ejercicio del cargo del doctor Manuel Vicente Danderino Moreno como Juez 28 de Instrucción Penal Militar (Fls. 183 y ss. Cuad. número 2).
- 2^{9} Se recaudó la versión del denunciante y del implicado quienes en lo fundamental sostienen:
- a) El Brigadier General Enrique Varón Valencia sostiene bajo la gravedad del juramento, que fue informado sobre la presencia de algunas irregularidades en el proceso adelantado contra el Subteniente Céspedes Camacho, en el Juzgado 28 de Instrucción Criminal a cargo del doctor Danderino Moreno, que ameritaban urgente esclarecimiento. (Fls. 1, 5, 9, 22. Cuad. número 1).
- b) El ex Juez acusado, por su parte, sostuvo en su indagatoria la autenticidad de todas las diligencias adelantadas contra el mencionado oficial, negó toda participación de su parte en el delito denunciado del cual ignora su realización. Narra que los cargos contra Céspedes Camacho, que en su oportunidad dieron lugar a que se profiriera auto de detención en su contra, se reducían a que, encontrándose al mando de una patrulla en el sitio conocido como Puente Bomba (Guajira), por indicación de los tripulantes del bus de la empresa "Rápido Ochoa", persiguieron a unos sujetos que habían intentado atracarles. En esta actividad se presentó un cruce de fuego iniciado por quienes emprendían la huida, como resultado del cual resultaron lesionados los dos pasajeros del vehículo, uno de los cuales falleció. (Fls. 17, 91, 206, 209. Cuad. 1 y 7 Cuad. 3).
 - 3º Con el fin de verificar lo manifestado en las precedentes exposiciones, aparecen incorporadas al sumario las siguientes pruebas:

a) De carácter testimonial:

Las que respaldan la queja: Se recibieron por una parte las declaraciones de Mario Vivero Amador (Auditor Principal de Guerra de la Segunda Brigada en Barranquilla), Agueda Torres Rojas (Auditora Auxiliar 27 de Guerra) y Alfonso Navarro Bisbal (Secretario de la Auditoría Auxiliar 7ª de Guerra), quienes bajo la gravedad del juramento sostienen que, en el mes de abril de 1983, procedentes del Juzgado 28 de Instrucción Penal Militar se recibieron las diligencias mencionadas contra Céspedes Camacho y estudiadas fueron remitidas en comisión a la Oficina Judicial. Que en mayo 19 del mismo año regresó el proceso, observándose de la lectura del mismo la sustitución o alteración de varios de sus folios. Fueron cambiados integralmente; el informe rendido por el oficial implicado con ocasión de los hechos; la diligencia de ratificación y ampliación del mismo; uno de los folios de la indagatoria y los testimonios de los soldados Leocadio José

Muñoz Quintana y José Wilder Galindo. Fue adulterada: La versión del soldado Ogier Rivera Díaz.

A la conclusión anterior llegaron los declarantes por la lectura inicial que habían realizado de las diligencias, por las discrepancias que entonces existían entre lo dicho por el implicado y lo expuesto por los soldados declarantes —las cuales desaparecieron en la nueva revisión—, porque la firma del secretario que actuó señor Eladio Camargo Medina no correspondía a la suya en las nuevas diligencias, y, por los notorios errores ortográficos que se cometieron en la redacción de las piezas procesales falsificadas, al igual que la burda enmienda del testimonio adulterado.

Agregan estos declarantes que la modificación de la prueba estaba destinada a cambiar el sentido original de las versiones respecto al momento culminante del operativo en el "Caserío Puente Bomba", así:

Inicialmente se decía que cuando el vehículo de los sujetos perseguidos detuvo la marcha, uno de los ocupantes descendió del mismo y pretendió huir (desarmado) por lo que el oficial a cargo de la patrulla ordenó dispararle causándole posiblemente la muerte a consecuencia de la lesión recibida.

La anterior versión fue cambiada sustancialmente por elementos de juicio uniformes que pretendían demostrar que cuando el sujeto abandonó el vehículo, dio unos pocos pasos y cayó muerto, seguramente por las heridas que recibió en el cruce de disparos durante su persecución. (Fls. 9, 11, 28. Cuad. número 1).

También se recibieron las declaraciones de Eladio Camargo Medina (Secretario del Juzgado 28 de Instrucción Penal Militar) y Héctor Antonio González Henao (Secretario ad hoc por el traslado del primero y quien desempeñaba sus funciones cuando se realizó el hecho), quienes señalan, el primero, que la firma que como suya aparece en las diligencias objeto de censura, no la estampó, como tampoco es legítimo el contenido de las versiones, pues antes se encaminaban a narrar lo ocurrido en forma muy diversa. El segundo, que en sus primeras intervenciones negó la comisión de toda irregularidad en la instrucción del sumario y destacó la autenticidad de las diligencias incorporadas de manera ilegal, finalmente decidió contar lo ocurrido (descargos ante la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares y declaración dentro del proceso), señalando que luego de su posesión, cuando la actuación llegó a la oficina —en comisión—, el entonces Juez doctor Danderino Moreno le dictó las diligencias tachadas de falsas y las incorporó al expediente con la fecha de las originales que fueron suprimidas, con la aclaración de que en su realización no estuvieron presentes los soldados declarantes ni el secretario que figura en las mismas. (Fls. 33, 63, 99, 195. Cuad. número 1 y 22. Cuad. número 2).

Las que respaldan al acusado. Se recibieron por otra parte las declaraciones de José Alejandro Céspedes Camacho (Subteniente procesado), Leocadio José Muñoz Quintana, José Wilder Galindo, José Inés López Doria, Fredy Vargas Chávez y Oglier Rivera Díaz (soldados al mando del citado oficial en los hechos de Puente Bomba), quienes bajo la gravedad del juramento sostienen que las versiones obrantes al informativo corresponden a las suministradas por ellos y que se acomodan justamente a la realidad de lo ocurrido. (Fls. 15, 21, 82, 72, 79, 85, 74, 199. Cuads. 1 y 2).

b) De carácter documental.

Se trajo al expediente la actuación administrativo-disciplinaria adelantada contra el procesado en la cual se incorporaron copias de varias de las diligencias que sustituyeron a las originales (con sus protuberantes yerros ortográficos), así como las conclusiones adoptadas a través de la Resolución 224 de julio 19 de 1984, en la cual la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares no aceptó los descargos que el inculpado presentó por los hechos esbozados y solicitó a la Presidencia de la República, a través del Ministerio de Defensa, su destitución. (Fls... y 245. Cuads. 1 y 2).

c) Inspección judicial.

Se practicó revisión al proceso objeto de la referida conducta y en ella se estableció:

Que la actuación fue iniciada el 5 de marzo de 1983 y radicada bajo el número 343 ante el Juzgado 28 de Instrucción Penal Militar. Que en abril 5 del mismo año se remitieron las diligencias al Comando de la Segunda Brigada con sede en Barranquilla, oficina que el 15 siguiente le comisionó para la práctica de algunas pruebas (Radicación 4958). El comisionado finalmente con auto de mayo 17 regresó el proceso al despacho de origen.

Que durante el lapso en que la averiguación estuvo bajo las responsabilidad del doctor Danderino Moreno, actuaron como secretarios Eladio Camargo Medina (iniciación) y Héctor A. González Henao (etapa de comisión). Que las piezas procesales sustituidas a diferencia de las demás presentan manifiestos errores de ortografía (sujeto con "G", reiteradamente), tienen la apariencia de nuevos en relación con los demás, no aparecen repisados en la foliatura y la firma que en algunos de ellos aparece como Eladio Camargo Medina no corresponde a la de esta persona. (Fls. 25. Cuads. 1 y 212. Cuad. número 2).

d) De carácter pericial.

Al expediente se incorporaron las diligencias que sirvieron de fundamento para que el Instituto de Medicina Legal (Laboratorio de Grafología), hiciera los estudios del caso, con los siguientes resultados:

Que Héctor A. González Henao en los dictados dactilográficos que se le hicieron, incurrió en los desaciertos de ortografía de la magnitud de los existentes en las piezas procesales dubitadas.

Que Eladio Camargo Medina no tuvo ninguna participación en las firmas materia de la presente investigación.

Que por las imprecisiones ya destacadas en las diligencias sustitutivas o enmendadas, se concluye su ilegitimidad o adulteración. (Fls. 38, 69, 70, 71, 81, 84, 87, 90, 95, 102, 114, 140, 201. Cuadernos 1 y 2).

Petición del recurrente: El defensor del procesado solicita de la Sala uno de los siguientes pronunciamientos:

- a) Debe decretarse la nulidad de la actuación puesto que se incurrió en "error en la calificación jurídica de los hechos" pues se les dio la denominación de falsedad en documentos militares y no simplemente la de falsedad en documentos públicos como corresponde.
- b) Debe sobreseerse al sindicado al no estar probado el cuerpo del delito y,
- c) En cualquiera de los casos precedentes el doctor Danderino Moreno es acreedor al beneficio de la libertad provisional. (Fls. 84 y ss. Cuad. 3).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El primer aspecto que se debe dilucidar en orden a orientar la presente decisión, es el relativo a la naturaleza de los documentos motivo de la falsedad que se investiga.

Si por documento militar en estricto sentido ha entendido la Corte "el que conservando la noción de tal en su sentido amplio como escrito, cinta, mapa, etc., tiene por exclusiva finalidad la conservación de la existencia, unidad e integridad de los cuerpos armados para que puedan llevar a feliz término su misión", es claro que las actuaciones judiciales que se vierten en un proceso, así éste sea de competencia de la justicia penal militar, escapan como en el presente caso de tal comprensión y constituyen en rigor jurídico "documentos públicos".

Por razón de lo anterior, el delito de "falsedad" por el cual el Tribunal Superior Militar llamó a responder en juicio al doctor Manuel Vicente Danderino Moreno, ha de encontrar justa adecuación dentro de las descripciones abstractas de la legislación penal ordinaria, en cuya parte sustantiva especial se tipifica la conducta del empleado oficial que en ejercicio de sus funciones "suprime" (artículo 223 modificado por el 3º de la Ley 43 de 1982) o "falsifique", documento público que pueda servir de prueba, o, "consigna" una falsedad al extenderlo (artículo 219).

Se imputa concretamente al procesado la comisión de varios ilícitos, por suprimir y alterar algunas diligencias en la investigación adelantada contra Céspedes Camacho, de las cuales las desaparecidas fueron sustituidas por otras, para incluir nuevos y uniformes elementos de juicio que variaban sustancialmente el sentido de los anteriores. Los hechos punibles atribuidos están acreditados de manera plena en su faz objetiva y existe prueba suficiente de responsabilidad para sustentar el auto de enjuiciamiento.

La claridad y fuerza de los abundantes elementos de juicio que obran legalmente producidos dentro del sumario, permiten llegar sin dificultad a las siguientes conclusiones:

- 1º La calidad de juez del acusado para la época de los hechos se encuentra demostrada.
- 2º El 4 de marzo de 1983 por comisión de la Base Militar de Mingueo, se instaló en el Caserío Puente Bomba (Guajira) una patrulla comandada por el subteniente Alejandro Céspedes Camacho. El personal fue avisado por los tripulantes de un bus de la empresa "Rápido Ochoa" sobre el asedio

de un vehículo que a disparos pretendía "atracarles". El oficial dispuso con los soldados bajo su mando la persecución de los sujetos señalados que en la fuga abrieron fuego contra los militares que respondieron de manera similar. Aquéllos finalmente detuvieron la marcha del vehículo en que se desplazaban y de su interior descendieron Alberto Caicedo Medina, quien falleció y Miguel Angel González Uriana, quien resultó lesionado.

- 3º Por los hechos anteriores se inició investigación penal contra Céspedes Camacho, correspondiendo la indagación al Juzgado 28 de Instrucción Penal Militar a cargo del doctor Danderino Moreno, en cuyo desenvolvimiento inicial se contó con varias pruebas (Informe del implicado, ratificación y ampliación del mismo, indagatoria, y, declaraciones de los soldados Muñoz Quintana, Wilder Galindo y Rivera Díaz); pruebas que sin uniformidad total se encaminaban a significar que, cuando Alberto Caicedo Medina descendió del vehículo, desarmado, (pues la pistola fue encontrada después en el asiento del carro), trató de huir pero fue alcanzado por los disparos que ordenó hacer el subteniente comprometido.
- 4º El ex juez investigado, luego de recibir en comisión el proceso, con el innegable deseo de favorecer al oficial incriminado, de manera consciente y voluntaria y sin razón justificativa alguna, realizó las siguientes conductas:
- a) Suprimió total o parcialmente las piezas procesales objeto de cita, al privarlas de su existencia material dentro de la actuación;
- b) Alteró el testimonio de Rivera Díaz, al cambiar o permitir que tal hecho ocurriera, parte fundamental del documento, con lo cual se afectaba uno de sus extremos esenciales a la luz del conjunto probatorio hasta entonces allegado; y,
- c) Creó totalmente las diligencias llamadas a reemplazar las suprimidas, para lo cual contó con la imposición de las firmas auténticas de Alejandro Céspedes Camacho, Leocadio José Muñoz Quintana y José Wilder Galindo e impuso o permitió que otro lo hiciera mediante el proceso de la imitación, la firma del secretario Eladio Camargo Medina.

En el texto de las pruebas nuevas se faltó a la verdad en la narración de los hechos, al armonizar las versiones que antes eran confusas y contradictorias en el sentido de hacerlas acordes y demostrativas de que, cuando Alberto Caicedo Medina abandonó el vehículo, dio unos pasos y cayó muerto, sin que en tales instantes se hiciera disparo alguno.

Cada una de las conductas señaladas tiene independencia, de modo que se presenta un concurso de hechos punibles, los cuales se demuestran con los medios probatorios precedentemente relacionados.

Finalmente, sobre las peticiones del apelante, debe la Sala hacer las siguientes precisiones:

Respecto de la primera, es oportuno recordar, que por virtud de lo dispuesto en el artículo 197 Bis del Código de Procedimiento Penal, el recurso de apelación otorga al ad-quem competencia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada.

La nulidad ha sido instituida como remedio extremo del cual solo es procedente hacer uso, cuando se trate de decisiones ejecutoriadas, y, cuando no es posible por la vía de los recursos corregir los vicios que eventualmente la generan. De manera que cuando los vicios pueden ser enmendados por el juzgador de segunda instancia, no es ni procedente ni necesario acudir al remedio extremo de la nulidad.

La errada calificación jurídica de los hechos en el auto de proceder opera cuando se otorga a la conducta una denominación legal que no se acomoda a la nomenclatura utilizada en el código, dentro del título o capítulo respectivo, como ya es reiterado criterio de la Sala. Por lo tanto no se presenta nulidad de ninguna especie por haberse hecho apreciación equivocada sobre la clase de documentos, pues de todas maneras la denominación jurídica del hecho es la misma.

La irregularidad advertida por el impugnante que estima que se incurrió en nulidad por cuanto en el auto apelado se habló de falsedad en documento militar, cuando las piezas procesales no tenían este carácter, no constituye nulidad porque los documentos militares también son documentos públicos y por cuanto, por la facultad que al ad-quem brinda la apelación, quedó hecha la aclaración pertinente.

Con relación a las contenidas en los literales b) y c), le basta a la Sala con remitirse a los comentarios precedentes, afirmando respecto a la libertad provisional invocada que, por la naturaleza de los delitos investigados y cometidos en concurso material y por la pena imponible en el evento de una sentencia condenatoria, en todo caso superior a tres (3) años, no es procedente acceder a dicho beneficio por expresa prohibición de las normas invocadas por el memorialista.

Como consecuencia de lo anterior, se confirmará la providencia recurrida, pero, con las aclaraciones consignadas en este proveído.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público,

RESUELVE:

Confirmar la providencia apelada, con las aclaraciones señaladas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

PREVARICATO

Por omisión.

El prevaricato por omisión, demanda para su existencia la comprobación no solo de la materialidad, sino además, la presencia del elemento sicológico del dolo, que se traduce en el propósito de obrar en forma arbitraria o injusta.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado: Acta número 29.

Bogotá, D. E., 8 de abril de 1986.

VISTOS

Por auto del veintisiete de septiembre del año de mil novecientos ochenta y cuatro, esta Corporación dispuso abrir la presente investigación penal, en averiguación del posible delito de prevaricato por omisión, en que pudiese haber incurrido el doctor Efraín Casadiego Martínez, Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Por encontrarse cerrada la investigación, se procede a calificar el mérito legal del sumario.

HECHOS

La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, ordenó practicar una visita general al despacho del Magistrado Casadiego y ella se efectuó durante los días comprendidos entre el 18 y el 26 de enero del año de 1983.

Concluida la visita, y no obstante que el rendimiento del Magistrado fue calificado como "satisfactorio" por el propio funcionario visitador, la Procuraduría le formuló pliego de cargos por haber encontrado al despacho un total de trece procesos laborales de segunda instancia, sin que en ellos se hubiese dictado el auto de sustanciación que debía señalar fecha y hora para la celebración de la audiencia de trámite y juzgamiento. Unos cuantos de estos procesos presentaban una demora superior al año.

En sus descargos el doctor Casadiego asomó diversas causas para justificar su conducta, entre ellas, el inmenso recargo de trabajo, lo dispendioso del trámite oral en el campo laboral, la dificultad para celebrar oportunamente las audiencias que debían señalarse de común acuerdo con todos sus compañeros de Sala y la prevalencia de otros procesos, como los fueros sindicales, los laudos arbitrales y los procesos de carácter disciplinario.

Las anteriores explicaciones no fueron aceptadas por la Procuraduría Delegada ni por la Corte, entidad que sancionó con multa al Magistrado moroso y dispuso abrir investigación de carácter penal.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal en su concepto de fondo, admite la existencia de las irregularidades imputadas, pero considera que en general el rendimiento del Magistrado fue meritorio. Agrega el Procurador Delegado, que el lapso al cual se refiere el acta de visita —quince meses aproximadamente, si contamos los días inhábiles—, el Magistrado dictó 294 sentencias, 638 autos interlocutorios y asistió a 564 audiencias de trámite y-juzgamiento.

Afirma el Ministerio Público, que en consecuencia, las omisiones imputadas al Magistrado, sólo son atribuibles al recargo de trabajo y a la falta de organización en el sistema mismo de trabajo, sin que se pueda afirmar que procedió dolosamente, ya que no tenía interés alguno en que los retardos se produjeran y por el contrario, era manifiesto su deseo de despachar oportunamente los procesos a su cuidado. Concluye afirmando la Procuraduría Delegada, que el hecho denunciado no es constitutivo de delito y que en consecuencia, el Magistrado Efraín Casadiego debe ser favorecido con un sobreseimiento de carácter definitivo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 150 del Código Penal, define el delito de prevaricato omisivo como la conducta del funcionario, que retarda, deniega, omite o rehusa un acto propio de sus funciones. Es un reato esencialmene doloso y el dolo corresponde al propósito del agente de no cumplir con su deber, en un acto arbitrario que depende de su voluntad y que es contrario a lo dispuesto por la ley.

No es suficiente entonces, para que se configure este delito de prevaricato, que desde el punto de vista meramente objetivo, sea manifiesto el retardo del funcionario en el despacho de los procesos a su cargo. Es necesario además, que en el hecho haga presencia un elemento subjetivo que se traduce en el deseo del agente de omitir deliberadamente alguno de los actos que está obligado a realizar por mandato legal.

Tal ha sido el criterio mantenido y reiterado por esta Corporación y ratificado en providencia del 26 de julio de 1985. En la aludida providencia se dijo:

"...El prevaricato por omisión, previsto en el artículo 150 del Código Penal, sólo admite la forma dolosa de la culpabilidad, de manera que además del aspecto meramente objetivo, de haber omitido, rehusado o denegado por el empleado un acto propio de sus funciones, se debe demostrar el aspecto subjetivo que consiste en no haber querido cumplir con el deber...".

"Así, cuando la ley fija cierto término para que se profieran las decisiones judiciales, debe tenerse en cuenta que el tiempo de que realmente dispone se encuentra condicionado por los numerosos asuntos que tienen que atender. Por esto al resolver sobre su responsabilidad ha de examinarse en cl caso concreto, si el funcionario estuvo en condiciones de decidir en el término previsto, de acuerdo con la complejidad del problema sometido a su consideración, la prevalencia de otras actuaciones o aun el cumplimiento del trámite interno del proceso...". (Jurisprudencia Penal - Año de 1985).

Debe admitir la Sala, que en el caso que se examina, no aparece elemento alguno de convicción que permita deducir un comportamiento omisivo doloso por parte del Magistrado Casadiego Martínez o que lleve a pensar que éste omitió deliberadamente el cumplimiento de los deberes propios de su investidura. Las demoras a él imputadas, tienen explicaciones valederas como lo afirma el Procurador Delegado en lo Penal y no pueden constituir en consecuencia, un comportamiento violatorio de la ley penal. No debe olvidarse que el prevaricato por omisión, demanda para su existencia la comprobación no sólo de la materialidad, sino además la presencia del elemento psicológico del dolo que se traduce en el propósito de obrar en forma arbitraria o injusta.

Como este último elemento no hace presencia en el caso que se examina, se desdibuja el delito de prevaricato y como consecuencia debe la Corte sobreseer definitivamente al Magistrado acusado, por no ser el hecho imputado constitutivo de delito.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resulte:

Sobreseer definitivamente al Magistrado Efraín Casadiego Martínez, de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, por los cargos que le fueron formulados en este proceso.

Cópiese y notifíquese.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José H. Velásquez R. Secretario.

RECUSACION

Las causales de recusación están debidamente delimitadas, tanto en el procedimiento civil como en el procedimiento penal y, por consiguiente, al funcionario no le es dable pronunciarse sobre motivos diferentes a los taxativamente contemplados por la ley e invocados por quien promueve el incidente.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Z.

Aprobado: Acta número 029.

Bogotá, D. E., 8 de abril de 1986.

VISTOS

En estas diligencias que se adelantan contra Manuel José Arrazola Escobar y otros, el defensor de Jaime Benito Zuleta Jaramillo, presentó recusación contra el Magistrado sustanciador del Tribunal Superior de Bogotá doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel y le pide que se separe del conocimiento. (Fls. 292 y s.s. Cuaderno calificación del mérito del sumario).

El recusante fundamenta su solicitud principalmente en la consideración del interés que tiene en este proceso el doctor Angel Hernández Esquivel, hermano legítimo del Magistrado, quien ocupa un cargo en el Banco de la República y mediante poder otorgado por el representante legal de dicha institución bancaria, intervino como apoderado dentro de un proceso iniciado en la ciudad de Barranquilla contra José Miguel Martínez Puello.

Los siguientes son apartes de su argumentación:

"En el sumario a que me refiero, se menciona al informe Senatorial mediante el que se debatió la crisis de Grancolombiano y Boli-

variano, formulándose cargos contra las empresas del denominado Grupo Grancolombiano, consistentes en que se utilizó el ahorro privado y el crédito del Banco de la República, para adquirir acciones de manera irregular, haciéndose mención de las situaciones de orden penal con las que se pretende comprometer a la Grancolombiana Corporación Financiera y por ende, a sus directivos, además de indilgársele el haber propiciado una presunta fuga de divisas y violaciones al Estatuto Cambiario, según se desprende de los testimonios de funcionarios de la Superintendencia Bancaria. Las divisas en cuestión, son manejadas por el Banco de la República.

"Es incuestionable que en el proceso citado, el Banco Emisor tiene un profundo interés hasta el punto que cuando se inició el debate citado y se dio lugar a las investigaciones penales, como la que nos ocupa, su representante legal era el doctor Hugo Palacios Mejía. Llegado al cargo de Ministro de Hacienda, el citado doctor Palacios Mejía, se produce la nacionalización del Banco de Colombia y las empresas del Grupo Grancolombiano, a través del Fondo de Garantías que igualmente es manejado por el Banco de la República.

"Actualmente, en la ciudad de Barranquilla cursa en el Juzgado Primero Superior, el proceso radicado bajo el número 6162 por los delitos de falsedad y estafa en el que aparece como sindicado el señor José Miguel Martínez Puello y se hacen cargos a funcionarios de una de las empresas del denominado Grupo Grancolombiano y que responde a la razón social Grancolombiana Corporación Financiera S. A.

"En el expediente citado, actuó como apoderado el doctor Angel Hernández Esquivel, en atención al mandato que le confiriera el actual Ministro de Hacienda, quien para ese entonces, como ya se dijo, era el representante legal del Banco de la República, donde el profesional citado es Miembro del Grupo de Protección y Seguridad. En desarrollo del poder que le fuera otorgado, presentó demanda de constitución de parte civil y ésta le fue aceptada. A más de lo anterior, obran legalmente producidas sus declaraciones juradas ante los Juzgados 30 de I. C. —Ambulante de Bogotá, el día 22 de abril de 1985 y el 19 de marzo del año citado, ante el Juzgado 81 de I. C.—. También depuso por los mismos hechos ante los Juzgados 46 y 91 del mismo ramo en esta ciudad.

"Igualmente aparece su versión jurada ante el Juzgado 15 de I. C. Ambulante de Barranquilla y por último, cabe anotar que pese a tales declaraciones, decidió formular denuncia contra la Grancolombiana Corporación Financiera S. A. ante el Juzgado 52 de Instrucción Criminal.

"En su carácter de funcionario del Banco de la República, a (sic) participado activamente en las investigaciones y como consecuencia de ello, ha rendido informes que hacen parte del expediente que comentamos y se refiere a los hechos que ha denunciado y en los que ha declarado como testigo de cargo. En uno de los informes aludidos, se anota: "...el día 14 de septiembre se produjo una nueva reunión a la cual asistieron por parte de la Superintendencia Bancaria, los doctores Gutiérrez y Jaramillo y por parte del Banco, el Capitán Luis Virgilio Avella, Director del Departamento de Protección, el doctor Jorge Niño, Subdirector y el doctor Angel Hernández. En esta reunión se ratificó el acuerdo de que las dos entidades, Banco

de la República y Superintendencia Bancaria, trabajarían en conjunto mediante un intercambio mutuo de información el cual permitiría satisfacer los objetivos de la investigación en proceso...". (Subrayado es mío).

"Es indudable, honorable Magistrado, que por la estrecha relación que guardan los hechos en uno y otro de los procesos citados, puesto que se alega que el Banco de la República ha sido perjudicado con las acciones que se señalan de delictuosas y la dependencia que tiene el doctor Angel Hernández Esquivel, como Miembro del Departamento de Protección y Seguridad de dicha institución, existe en él un marcado interés en el expediente que actualmente se encuentra a su cargo y en especial, en las decisiones que dentro del mismo se tomen por el Organo Jurisdiccional, situación que de por sí atenta contra la independencia absoluta que debe existir en los asuntos que son sometidos a su consideración.

"El nexo de consanguinidad que existe entre el doctor Angel Hernández Esquivel y el honorable Magistrado, se enmarca de manera clara y objetiva dentro de las causales que se definen y en las normas que nos hemos permitido transcribir, pues si bien no se encuentra en la actuación que usted conoce la intervención directa de quien es su hermano, sí se advierte de las circunstancias que hemos señalado, repito, el interés que le asiste en las determinaciones judiciales que se tomen y que en un momento determinado, puede dar lugar a creer que el ánimo del funcionario se incline en uno u otro sentido. El interés que mencionamos no se encuentra en el campo de las probabilidades, es real y por tanto, es impediente, ya que pone a prueba su neutralidad como Administrador de Justicia. La prueba de la cual se colige la existencia de ese interés, ya la hemos consignado y con ella se acredita, reiteramos, su vinculación con el Banco de la República v la calidad de testigo de cargo contra empresas del denominado Grupo Grancolombiano, que aparece ligado al proceso del cual se ocupa su despacho en el carácter de ponente de las decisiones de orden jurídico".

"Es tan ostensible el interés del Banco de la República, y del doctor Angel Hernández Esquivel, en el caso que se comenta que su poderdante, va en desempeño de las funciones de Ministro de Hacienda, procedió a la nacionalización de lo que en su providencia se ha denominado Grupo Grancolombiano, señalándose como su gestor e inspirador el doctor Jaime Michelsen Uribe, según la Resolución número 02, de enero 10 de 1986, que en fotocopia le adjunto. Por ello, no puede olvidarse que en el calificatorio y en algunas piezas del proceso, se dice que la Grancolombiana Corporación Financiera S. A., Granfinanciera, adquirió acciones que fueron materia de la investigación. No puede predicarse, entonces, que al doctor Hernández Esquivel, no le asiste interés en las providencias decisivas que deben dictarse en el informativo, máxime que el acontecer procesal señala que los préstamos objeto de investigación en otro de los negocios, tiene como origen la "Crisis de los fondos de inversión" que usted conoce, y que el Gobierno Nacional tomó como patrón de referencia para decretar la nacionalización de las empresas del precitado Grupo Grancolombiano, entre ellas, la Corporación Grancolombiana S. A., Granfinanciera...".

El Magistrado doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel rechazó la recusación y en auto de 13 de marzo último, consignó:

"El aceptar o no una recusación no depende del capricho del funcionario ni se hace con base en criterios de conveniencia o comodidad laboral, sino que se debe atender exclusivamente a los presupuestos normativos establecidos por la legislación, por lo cual, se impone analizar cada uno de los elementos de la norma invocada para tomar la decisión que en derecho corresponda.

"En primer lugar, debo decir que el parentesco señalado por el doctor Obando Correa es evidente, pues Angel y yo somos hermanos legítimos y sobre esto no hay necesidad de prueba.

"En segundo lugar, suficientemente acreditado está que mi hermano representó los intereses del Banco Emisor en el proceso que se adelanta en Barranquilla, pues desde hace más de 2 años desempeña un cargo en esa institución, y además, rindió declaraciones en una de las cuales se refiere expresamente a la Grancolombiana Corporación Financiera".

"Lo que no se encuentra demostrado ni puede inferirse del proceso es el interés directo o indirecto que pueda tener el doctor Angel Hernández en el proceso que cursa en mi despacho.

"La Corte Suprema de Justicia ha puntualizado la naturaleza del interés que origina el impedimento de la siguiente manera: "...el interés a que se refiere la ley en el motivo del impedimento alegado, es aquel que resulta ser consecuencia jurídica directa de los resultados de la decisión judicial. No basta, por tanto, que se le pueda simplemente relacionar con ellos como una secuela meramente colateral, u ocasional. En el caso que se analiza, tampoco se presenta este requisito del interés independiente".

La Corte ha resaltado siempre esa necesaria relación jurídica entre el interés y el resultado. Es así como ha dicho: "El interés de que habla el ordinal 1º no es aquel interés abstracto o de orden simplemente legal, que busca la recta, eficaz e imparcial administración de justicia, sino el interés personal deducido de las consecuencias del juicio, cuyos resultados directos o indirectos, puedan favorecer o perjudicar al Juez o Magistrado en su patrimonio económico individual, o en el de alguna de las personas ligadas a ellos por vínculos de consanguinidad o afinidad de que habla la ley (auto de 4 de marzo de 1946, LX, 253)...". El interés a que se refiere la ley procesal significa el provecho, la utilidad, tanto de orden moral como material que la persona pueda obtener de la persecución o desenlace del litigio ... (Auto de 5 de abril de 1958, LXIV, 208). (C. S. de J. Sala de Casación Penal. Auto de junio 24 de 1982. M. P. Dr. Darío Velásquez Gaviria).

En el caso de materia de estudio el doctor Angel Hernández intervino dentro del proceso que se adelanta en Barranquilla, en desarrollo de una obligación legal como empleado del Banco de la República, el objeto de la acción penal en ese proceso, son comportamientos realizados en 1983 y nada tienen que ver con negociaciones de acciones en la Bolsa o fuera de ella, pues se refiere a posibles delitos de falsedad y estafa con ocasión de la pretensión de legalizar giros anticipados al exterior.

"El proceso que me ha correspondido conocer versa principalmente sobre negociaciones de acciones entre el Grupo Grancolombiano S. A. del

cual no forma parte Granfinanciera y la Compañía Industrial Grancolombiana entre otras, de una parte y Graninversión como contraparte, tal como se dejó plasmado en el uto de proceder, por hechos ocurridos en el año de 1980.

"No encuentro relación alguna entre los dos procesos, pues me parece que no basta la circunstancia de que Granfinanciera sea componente de la organización económica denominada 'Grupo Grancolombiano' ... no del Grupo Grancolombiano S. A.) para la existencia del impedimento.

"Por la independencia temporal y moral de los hechos y la disimilitud de las personas procesadas y la condición de simple empleado del Banco, no se advierte razón alguna para estimar que el doctor Angel Hernández tenga interés y por ende considero que no debo aceptar la recusación".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El apoderado del procesado Jaime Benito Zuleta Jaramillo, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, presentó escrito de recusación contra el Magistrado sustanciador en este asunto doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel en los términos antes consignados y, para respaldar sus aseveraciones, presentó los siguientes documentos como medio de prueba:

- 1º Certificación de la Superintendencia Bancaria, que da cuenta que el doctor Hugo Palacios Mejía desempeñaba el cargo de Gerente General del Banco de la República y, consecuencialmente, para el mes de diciembre de 1983, era su representante legal.
- 2º Fotocopia del poder otorgado por el doctor Palacios Mejía, como Gerente General del Banco de la República, al doctor Angel Hernández Esquivel, hermano del Magistrado recusado, para que presentara ante el Juzgado 1º Superior de Barranquilla demanda de constitución de parte civil y actuara hasta su finalización en el proceso que por el delito de falsedad en documentos y en averiguación se inició por denuncia de Luis Castro Cervantes.
- 3º Fotocopia del auto de 17 de julio de 1984 del Juzgado Primero Superior de Barranquilla por el cual se aceptó al doctor Hugo Palacios Mejía como parte civil, en representación del Banco de la República y como apoderado al doctor Angel Hernández Esquivel, dentro del proceso que por falsedad se sigue a Edgard Joaquín Miranda.
- 4º Declaraciones rendidas por el doctor Angel Hernández Esquivel dentro de los procesos que cursaban en los Juzgados 15 y 81 de Instrucción Criminal de Cundinamarca de fechas 30 de julio y 19 de marzo de 1985.
- 5º Fotocopia de las Resoluciones ejecutivas números 02, 03 y 04 de 10 de enero de 1986, por medio de las cuales se nacionalizó el Banco de Colombia, Grancolombiana Corporación Financiera S. A. "Granfinanciera" y Sociedades Grancolombiana de Promociones S. A. "Pronta S. A.", Compañía de Financiamiento Comercial y Comercial Grancolombiana S. A., respectivamente.

- 6º Certificación del Juzgado Primero Superior de Barranquilla donde consta que el doctor Angel Hernández Esquivel sustituyó el poder otorgado por el Gerente del Banco de la República en el doctor Hernando A. Hernández Quintero y éste con el doctor José Antonio Falla Muñoz quien es el que viene actuando.
- 7º Constancia del Juzgado 9º de Instrucción Criminal de Barranquilla que da cuenta de una investigación promovida por el doctor Angel Hernández Esquivel, como funcionario del Banco de la República y ratificada su denuncia el 20 de enero de 1986.

Así mismo, invoca como causal de recusación la prevista en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, numeral primero, que reza:

"Tener el Juez, el Magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, interés en el proceso".

Y, el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, numeral primero, que dice:

"Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil interés directo o indirecto en el proceso".

Cabe anotar en primer término que las causales de recusación se hallan debidamente delimitadas tanto en el procedimiento penal como en el civil, razón por la cual, la Sala procederá únicamente al estudio de la contemplada en el numeral 1º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, pues no le es dable pronunciarse sobre motivos diferentes a los taxativamente contemplados por la ley e invocados por quien promueve el incidente.

No puede predicarse en este caso que el Magistrado sustanciador doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel se encuentra impedido para seguir conociendo de este asunto, puesto, que su hermano legítimo doctor Angel Hernández Esquivel, si bien es cierto ha representado los intereses del Banco de la República, tal actuación lo fue como empleado de la institución, en proceso diferente a éste.

No puede aceptarse la afirmación del apoderado recusante de que el doctor Angel Hernández Esquivel tenga interés en las decisiones que se tomen dentro de este proceso y que, el Magistrado sustanciador, por ser su hermano, pueda presentar a sus compañeros de Sala proyectos que no consulten la absoluta independencia y la cabal ecuanimidad que deben enmarcar las decisiones judiciales.

En las dos declaraciones que el memorialista presenta como prueba para acreditar la causal de recusación, el doctor Hernández Esquivel ninguna referencia hace a este proceso, a las personas vinculadas al mismo ni a las decisiones adoptadas por los varios funcionarios que han intervenido en su tramitación.

Así mismo, según certificación del Juzgado 1º Superior de Barranquilla, el doctor Hernández Esquivel, en ejercicio del poder que le otorgó el representante legal del Banco de la República, presentó demanda de constitución de parte civil dentro del proceso seguido contra José Miguel Martínez Puello y otros y que se le reconoció como apoderado del Banco de la República. Sin embargo, este profesional sustituyó el poder en la persona del doctor Hernando A. Hernández Quintero, quien a su vez, nuevamente sustituye el poder en el doctor José Antonio Falla Muñoz, quien viene actuando en tal calidad.

Quiere decir lo anterior que el doctor Angel Hernández Esquivel dejó de representar al Banco de la República y que ninguna intervención puede tener en el referido proceso.

Igualmente, el proceso que cursa en el Juzgado 9º de Instrucción Criminal de Barranquilla, por denuncia del doctor Hernández Esquivel, se halla en etapa preliminar pues solamente se ratificó el 20 de enero del corriente año y, en la constancia respectiva, nada se dice sobre la apertura de investigación y presentación de demanda de constitución de parte civil.

El hecho de que el doctor Hugo Palacios Mejía en su condición de Gerente General del Banco de la República, haya conferido poder al doctor Angel Hernández Esquivel para representar a la entidad bancaria en uno de los tantos procesos que cursan en el país, y, posteriormente el mismo funcionario, como Ministro de Hacienda y Crédito Público, suscriba las Resoluciones ejecutivas números 02, 03 y 04 de fecha 10 de enero de 1986 por medio de las cuales se nacionalizó el Banco de Colombia S. A.; Grancolombiana Corporación Financiera S. A. "Granfinanciera" y las sociedades Grancolombiana de Promociones S. A. "Pronta S. A.", Compañía de Financiamiento Comercial Grancolombiana S. A. y Compañía de Financiamiento Comercial, no son hechos indicativos del interés del doctor Angel Hernández Esquivel en todos los procesos que cursan en el país contra funcionarios y empleados del Banco de Colombia y de las entidades pertenecientes al Grupo Grancolombiano.

El primer acto tuvo lugar como representante legal del Banco de la República, entidad que se considera perjudicada con la infracción que se investiga ante el Juzgado Primero Superior de Barranquilla y, la segunda, en su condición de Ministro de Hacienda y Crédito Público, siendo las dos actuaciones bien distintas y el resultado del cumplimiento de sus deberes oficiales.

Los motivos que el distinguido profesional recusante aduce para solicitar al Magistrado sustanciador del Tribunal Superior de Bogotá doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel, tuvieron ocurrencia desde tiempo atrás, esto es, desde el año de 1984 y, durante el largo lapso en que el funcionario tuvo el proceso para pronunciarse sobre el mérito del sumario, ninguna de las partes intervinientes consideró la existencia del impedimento invocado. Solamente, cuando el proceso se encuentra para resolver sobre una petición de prescripción de la acción, se pretende separarlo del asunto, cuando ha debido ocurrir antes de que el Magistrado Hernández Esquivel presentara proyecto de fallo de segunda instancia que modificaba el calificatorio recurrido, el cual, por unanimidad fue aprobado por auto de 30 de enero del corriente año.

En la citada providencia el Tribunal de Instancia debía hacer un análisis completo de las pruebas recogidas durante la etapa investigativa, del grado de responsabilidad de cada uno de los sindicados, de las infracciones penales imputadas a ellos. El recusante nada dice en su escrito respecto de la decisión adoptada por el Tribunal ni la ataca por irregularidades imputables al presunto interés que pudiera tener el Magistrado o su hermano como funcionario del Banco de la República.

Es decir, la providencia dictada por el Magistrado Hernández Esquivel con el concurso de sus compañeros de Sala, es aceptada por el memorialista como acertada y con el lleno de los requisitos que la ley exige para tal pronunciamiento. Y, como solamente resta al Tribunal pronunciarse sobre una petición de prescripción de la acción penal respecto del delito de abuso de confianza, las consideraciones que corresponden para esta clase de providencias, ninguna interpretación distinta puede hacerse de aquella que en forma clara y precisa contemplaba el Código Penal de 1936 que fue el aplicado en este proceso por ser más favorable a los intereses de los procesados.

Resulta improcedente la recusación propuesta contra el Magistrado Hernández Esquivel, puesto que, no existe interés en las decisiones que pueda adoptar éste, por parte de su hermano doctor Angel Hernández Esquivel, como funcionario del Banco de la República, por las razones expuestas anteriormente.

Lo dicho es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— declare infundada la recusación propuesta, y dispone que el doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, prosiga en el conocimiento de este asunto.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.



PENA

Cómputo.

Cuando dos procesos se adelantan simultáneamente, sin que haya sido posible la acumulación de causas, y el procesado se encuentra detenido físicamente y vinculado válidamente en ambos, al dictarse sentencia absolutoria en uno de ellos, el tiempo en reclusión debe ser computado para los efectos de la sentencia de condena recaída en el otro.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz.

Aprobado: Acta número 030.

Bogotá, D. E., 9 de abril de 1986.

VISTOS

El defensor del procesado Jesús María Esteban Esteban, solicita para su patrocinado el beneficio de excarcelación, por pena cumplida, en atención a que en este proceso fue condenado a la pena de 26 meses de prisión y se halla detenido físicamente desde el mes de junio de 1983, esto es, lleva en detención efectiva 33 meses, primero por cuenta del Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá que lo absolvió y, desde el mes de septiembre de 1984, por este asunto.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha emitido concepto desfavorable a la libertad del procesado, pues si bien es cierto, por este asunto ha descontado más de las dos terceras partes de la sanción impuesta, su personalidad hace necesario el pago total de la misma.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es un hecho incontroversible en este proceso que contra Jesús María Esteban Esteban, por el año de 1983 se iniciaron varias investigaciones penales por delitos contra la propiedad.

Es igualmente cierto que el procesado ingresó a la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad el 4 de julio de 1983 y que desde esa fecha ha permanecido detenido por cuenta de los varios juzgados que han conocido de las averiguaciones en su contra.

Como quiera que ninguno de los procesos fueron acumulados, y el que cursaba en el Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá concluyó con sentencia absolutoria (Fl. 134) la que fue confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad (Fl. 264), la sentencia de condena dictada en este asunto es la primera que debe ejecutarse según lo preceptuado por el artículo 667 del Código de Procedimiento Penal.

Esta norma que en reiteradas oportunidades ha interpretado y aplicado esta Sala, exige la existencia de dos o más procesos en contra de una misma persona; que las causas no hayan podido ser acumuladas y que en ellas se haya dictado sentencia definitiva. En cuyo caso, el tiempo en detención efectiva del procesado, debe tenerse para la primera que se profiera.

Cabe anotar, que las investigaciones han de ser paralclas y simultáneas al tiempo de detención, pues, de no ser así, se estaría creando un banco de penas, lo cual no es posible a la luz de la legislación colombiana.

En este caso concreto, para el día en que se le vinculó a este proceso mediante indagatoria y se le decretó la detención preventiva, se encontraba privado de su libertad por cuenta del funcionario instructor que adelantó la investigación del asunto radicado en el Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá, y, desde esa misma fecha (19 de octubre de 1983) se le viene notificando de todas las decisiones adoptadas en este proceso.

Como quiera que para el día en que se comprometió en juicio criminal a Esteban Esteban en este proceso, ya el Juzgado 33 Penal del Circuito había dictado sentencia absolutoria, no era posible la acumulación de causas y, solamente se le viene teniendo en cuenta como fecha de privación de su libertad el 17 de septiembre de 1984 cuando el Juzgado antes citado lo puso a disposición del 34 Penal del Circuito de la misma ciudad.

Quiere decir lo anterior que si los dos procesos iniciados contra Esteban Esteban se adelantaron simultáneamente y éste se encontraba detenido físicamente y vinculado válidamente en ambos, al dictarse sentencia absolutoria en uno de ellos el tiempo en reclusión debe ser computado para los efectos de la sentencia de condena recaída en el otro.

Si en este asunto Jesús María Esteban Esteban fue condenado a la pena principal de veintiséis (26) meses de prisión, mediante fallos de primera y segunda instancia, ha de concluirse que el procesado pagó la totalidad de la sanción pues, como ya se dijo, se encuentra detenido en este asunto desde el 19 de octubre de 1983.

Sin embargo, como la sentencia de segundo grado se halla recurrida en casación, el beneficio de excarcelación que habrá de concederse al procesado tiene el carácter de provisional, para lo cual debe prestar caución a favor del Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá por la suma de diez mil pesos (\$ 10.000.00) y suscribir la diligencia de buena conducta de que trata el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal.

Así mismo, una vez satisfechos los anteriores requisitos, se librará la correspondiente boleta de excarcelación por este asunto, pero deberá continuar en prisión por cuenta del Juzgado Diecinueve (19) Penal del Circuito quien lo solicita según Oficio número 754 de 21 de septiembre de 1984. Copia de esta providencia será remitida a dicho funcionario para los fines legales consiguientes.

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,

RESULLVE:

- 1º Conceder al procesado Jesús María Esteban Esteban el beneficio de excarcelación, por pena cumplida, previa caución prendaria por la suma de diez mil pesos (\$ 10.000.00) que depositará en el Banco Popular a favor del Juzgado 34 Penal del Circuito de esta ciudad, 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, líbrase la correspondiente orden de libertad con destino a la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad con la advertencia de que el procesado debe continuar detenido por cuenta del Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá.
- 3º Copia de esta providencia remítase al Juzgado 19 Penal del Circuito de esta ciudad y póngase a su disposición al detenido en la Cárcel Nacional Modelo.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro. Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.

PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD

Si el Juez se siente víctima de un delito, solo puede formular la denuncia, dejando en manos del funcionario competente el desarrollo de la investigación y, obviamente, lo relacionado con la captura del denunciado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz.

Aprobado: Acta número 30.

Bogotá, D. E., 9 de abril de 1986.

Vistos

Por apelación interpuesta por el procesado doctor Milvio Jacob Lozano Mayo, ex Juez Promiscuo del Circuito de Istmina, y su defensor, contra el auto de llamamiento a juicio por detención arbitraria proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, procede la Sala a revisar el mérito de la providencia recurrida, conforme a lo alegado y probado en el proceso.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se acusa al doctor Milvio Jacob Lozano Mayo de haber privado ilegalmente de la libertad al señor Esaú Murillo Camacho, abusando para ello de las funciones que como Juez Promiscuo del Circuito de Istmina tenía, según hechos ocurridos en dicho municipio en las horas de la mañana del día 4 de julio de 1981. Conforme a la versión del denunciante, su retención la ordenó el acusado como represalia por un incidente ocurrido la víspera, en el cual, afirma, fue insultado y amenazado con arma de fuego por el funcionario, hecho que motivó que junto con Jafeth López, procedieron a desarmarlo. Manifiesta también que al día siguiente, a eso de las ocho y media de la mañana, cuando se disponía a tomar un bus para viajar a Quibdó, se pre-

sentó el doctor Lozano Mayo en compañía de un agente de Policía a quien le ordenó que lo aprehendiera, orden que fue cumplida inmediatamente por el uniformado, conduciéndolo al Comando de la Policía y luego a la Alcaldía de Istmina donde después de transcurrir hora y media, el mismo agente, con una boleta en la mano, le pidió que lo acompañara hasta la Estación de Policía, donde permanecería detenido hasta el lunes siguiente.

Tanto el procesado como su defensor solicitan la revocatoria de la providencia impugnada, sobre la base de que la privación de libertad sufrida por Esaú Murillo Camacho fue obra de las autoridades de Policía y no de la intervención directa del primero. (Fls. 268 a 276 y 290 a 292 del cuaderno principal).

Por su parte, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, tras asegurar que "...la prueba recaudada solo es clara en cuanto a la calidad que entonces ostentaba el doctor Lozano y la limitación de la libertad del señor Murillo en las instalaciones de la Policía, pero no en lo que respecta al verdadero origen de la misma, particularmente en lo relativo a la forma como se cumplió", pide a la Corte que revoque el llamamiento a juicio para que en su lugar se sobresea temporalmente al encartado, disponiendo consecuentemente su libertad.

Para resolver se considera

Debidamente establecida se encuentra la calidad de empleado oficial del doctor Milvio Jacob Lozano Mayo con los documentos que aparecen a folios 26 y 38 Bis del cuaderno principal. Para la época, 4 de julio de 1981, el acusado ejercía las funciones de Juez Promiscuo del Circuito de Istmina.

Tampoco se presenta duda alguna en cuanto a la real privación de la libertad que sufrió el señor Esaú Murillo Camacho. Así lo ha sostenido él a través de todas sus intervenciones procesales, y en ello es respaldado por los declarantes Esteban Elías Murillo, Guido Arnaldo González y Ana Tovar, quienes presenciaron su captura (Fls. 1, 7, 73, 30, 31 y 32). Corrobora lo anterior el testimonio del agente de Policía José Gregorio Bajonero Cantor (Fls. 12 y 116), encargado de aprehender a Murillo, quien estuvo privado de su libertad desde el 4 hasta el 6 de julio de 1981, tal como se verificó durante la diligencia de inspección judicial practicada en la Alcaldía Municipal de Istmina (Fls. 17 y ss.).

Lo que entra a analizar ahora la Sala, es si la privación de libertad del señor Murillo Camacho fue ilegal y, en tal caso, si la prueba es suficiente, al tenor de las exigencias previstas por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, para confirmar la determinación recurrida.

De acuerdo con el denunciante, en la noche del 3 de julio de 1981, cuando se encontraba en compañía de su hermano Jafeth y de Artenio y Plácida Benítez en el establecimiento denominado "Los Picapiedra" del Municipio de Istmina, sin ninguna razón conocida fue objeto de insultos por parte del doctor Lozano Mayo, quien ingería licor en otra de las mesas del lugar. Posteriormente advirtieron que el citado se disponía a cargar su revólver y en ese momento se aproximaron a él logrando desarmarlo. Luego

de alguna discusión le devolvieron el arma y abandonaron el sitio. Esta versión es corroborada por los hermanos Benítez, que acompañaban al denunciante. (Fls. 14 vto. y 15 vto.).

En las horas de la mañana del día siguiente (sábado), continúa relatando Murillo Camacho, cuando él se disponía a tomar un bus con destino al Municipio de Quibdó, apareció el doctor Lozano Mayo acompañado de un agente de Policía, a quien le dijo, señalando al denunciante: "Este es, agárrelo", orden que de inmediato cumplió el uniformado. Murillo Camacho fue trasladado a las instalaciones de la Policía, de allí lo remitieron a la Alcaldía Municipal y de este lugar lo regresaron al Comando, donde estuvo privado de su libertad hasta el lunes siguiente. Guido Arnaldo González, Ana Tovar y Esteban Elías Murillo, aunque no dicen haber escuchado la orden de aprehensión impartida por el doctor Lozano Mayo, son contestes en declarar que vieron cuando el agente de la Policía que acompañaba al acusado, aprehendió a Murillo Camacho.

El doctor Lozano Mayo, por su parte, no niega el incidente del 3 de julio, pero al contrario de lo que asevera el denunciante, sostiene que él fue la víctima de los insultos y amenazas, los cuales se produjeron al parecer por una supuesta actuación oficial suya cuando se desempeñó como Juez en Nóvita, que afectó los intereses de la familia de Murillo, según se lo manifestara este mismo durante el incidente. Agrega que ante tal situación decidió cargar su revólver por si las amenazas se cumplían, pero cuando tal cosa hacía Esaú y su hermano Jafeth lo desarmaron, para luego de alguna discusión devolverle el arma y dar por terminado así el problema.

No ha desconocido tampoco el acusado la privación de libertad que sufrió Murillo Camacho. Sobre este aspecto manifestó en la denuncia que en contra del citado presentó ante la Alcaldía de Istmina, que "...con el fin de que ante la autoridad correspondiente queda (sic) aclarada la situación presentada, opté por dirigirme... al Comando de la Policía para que en mi compañía se aprehendiera al señor Murillo Camacho Esaú y se condujera ante dicho Comando o a la Alcaldía Municipal, con el fin de instaurar la correspondiente denuncia...". (Fl. 19).

Esta misma versión la reiteró el acusado durante la diligencia de careo que sostuvo con Murillo: "...me trasladé al Comandante de la Policía a ponerle en conocimiento los hechos de que había sido víctima la noche anterior, para que me facilitara un agente de la Policía Nacional a efecto de que se sirviera conducir el mentado Esaú a la Alcaldía Municipal, porque iba a instaurar el denuncio por irrespeto a la autoridad, ante el señor Alcalde Municipal, pues conforme las normas del recientemente expirado estatuto de seguridad, dicho funcionario en su calidad de funcionario de Policía estaba facultado para sancionar esta clase de infracciones cometidas contra los funcionarios públicos. Efectivamente, el señor Comandante prestó la colaboración y junto con el agente de la Policía y el infractor nos trasladamos a la Alcaldía Municipal de Istmina en donde formulé la respectiva denuncia... No sé la suerte corrida por mi denunciado... el señor Alcalde Municipal debió haber tomado alguna decisión respecto de él...". (Fls. 73 y ss.).

En su indagatoria, el doctor Lozano Mayo una vez más ratifica sus anteriores explicaciones, e insiste en que solicitó la colaboración de la Policía: "...para que el señor Esaú Murillo Camacho quien en igual forma me había irrespetado la noche anterior fuera conducido a la Alcaldía de Istmina con el fin de formular la correspondiente denuncia...", agregando más adelante que en Colombia "...de acuerdo con normas procedimentales formular denuncia en compañía del sindicado no es delito ni infracción...". En otra parte de su injurada modifica su versión, al manifestar que el agente de la Policía que lo acompañaba a capturar a Murillo se le adelantó debido a la aglomeración de personas que había por la calle, y que cuando "...lo alcancé ya lo tenía (a Esaú Murillo) en su poder y le dije que condujera ese señor a la Alcaldía Municipal...". (Fls. 122 y siguientes. Las subrayas no pertenecen a los textos).

De acuerdo con todo lo anterior, para la Sala es claro que el doctor Lozano Mayo ha confesado su ilícito proceder. Es verdad, como él lo afirma, que denunciar a alguien en su presencia no constituye infracción a la ley penal, pero no debe olvidarse que Murillo Camacho no acudió voluntariamente ante las autoridades; su presencia allí fue forzada, contraria a su voluntad, y este acto de fuerza, ilegítimo, bien puede imputarse al acusado, quien pudo hacerlo gracias a su investidura de Juez, que puso al servicio de sus personales intereses. De allí que su conducta constituya un abuso manifiesto de sus funciones oficiales.

Si el doctor Lozano Mayo se sentía víctima de un delito, lo legal era que formulara la denuncia y dejara en manos del funcionario competente el desarrollo de la investigación y, obviamente, todo lo relacionado con la captura o no del denunciado. Al intervenir como lo hizo y reconoce, ante las autoridades de Policía y ante el Alcalde Municipal, en su calidad de Juez, abusó de sus funciones determinando la captura del señor Murillo y ello tipifica el delito de detención arbitraria previsto en el artículo 272 del Código Penal.

La circunstancia de que el funcionario acusado no hubiera firmado la orden de aprehensión, ni privado de manera personal de su libertad al denunciante, no significa que no haya cometido el ilícito, pues bien sabido es que de acuerdo con el artículo 23 del Código Penal, autor de un hecho punible no es solo el que lo realiza, sino también el que determina a otro a realizarlo, y la investigación permite afirmar que la captura de Murillo se logró gracias a la intervención del doctor Lozano Mayo, quien determinó a las autoridades de Policía de Istmina para que la practicasen, prevalido para ello de su investidura de Juez. El ya había anticipado su propósito a Etiel Aragón, poco después de culminado el incidente en el establecimiento "Los Picapiedra", a quien le dijo "...que él haría respetar la autoridad porque le habían hecho un irrespeto...". (Fl. 34).

No se oculta a la Sala el empeño del agente Bajonero Cantor de distorsionar la realidad de lo acontecido. En una primera declaración, expone que capturó a Murillo en acatamiento de una orden emanada de la Alcaldía Municipal (Fl. 12), pero en posterior intervención contradice su inicial aserto, al sostener que retuvo al denunciante "...porque estaba fomentando un escándalo... en la calle, contra el señor Juez, Lozano Mayo, en

frente de la Alcaldía, tratándolo con palabras soeces, e incitándolo a pelear...''. Estas aseveraciones necesariamente suponen la presencia del funcionario acusado en esos momentos, pues no se entendería entonces cómo pudiera estar retándolo a pelear. Sin embargo, el declarante agrega, en manifiesta contradicción, que cuando "...ya lo llevaba (a Murillo) para las instalaciones del cuartel, se me acercó el dector Lozano Mayo... y me dijo que detuviera ese tipo... como vo va llevaba al señor Esaú Murillo Camacho... procedí a entregarlo a la Oficina del Comandante..." (Fl. 16). No puede aceptarse como veraz esta contradictoria versión y por ello la explicación del procesado, al decir que su actuación fue intrascendente porque cuando intervino va Murillo estaba capturado, no es de recibo por no encontrar respaldo probatorio serio. Es tan inconsistente el testimonio de Bajonero Cantor, que al término de su última exposición y contrariando la primera, tajantemente dijo: "... No tengo ningún conocimiento de que el señor Alcalde haya intervenido, ni que haya dado alguna orden de detención..." (Fl. 116).

No obstante que el señor Alcalde de Istmina, Pedro Salomón Cariuty, en su primera declaración afirmara que impartió la orden de captura en contra de Murillo Camacho con base en la denuncia que ante su despacho presentó el doctor Lozano Mayo (Fl. 36), en posterior ampliación aclaró este aspecto, al decir: "...Yo no ordené captura, la Policía después del denuncio me lo presentó al despacho y ahí fue cuando yo ordené la retención en el Comando de la Policía..." (Fls. 69 vto. y 70), con lo cual queda suficientemente establecido el hecho de que antes de ordenarse por el Alcalde la captura de Murillo Camacho, ya éste había sido privado ilegalmente de su libertad, gracias a la intervención oficial y abusiva del acusado.

Este, como abogado y funcionario judicial de alguna experiencia, tenía que saber que su intromisión en la captura de Murillo le era vedada, que los poderes que las leyes le otorgan a los Jueces no pueden ser utilizados para resolver rencillas personales, y que cuando así se actúa, se incurre en una conducta típica y antijurídica, siendo desde luego reprochable su autor por realizar lo que sabía le era prohibido, sin ninguna causa que lo justificara. Claro está, pues, el dolo en el proceder del acusado.

Habrá, por tanto, de confirmarse en su integridad la providencia impugnada, pues las exigencias probatorias señaladas por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal se encuentran cabalmente satisfechas. El procesado, contra quien cursan cuatro causas acumuladas (Fl. 227), con auto de detención vigente, a pesar de habérsele otorgado en todas la libertad provisional (Fl. 231), deberá continuar detenido y no tiene derecho a excarcelación (artículos 14 del Decreto 1853 de 1985, modificado por el artículo 3º del Decreto 056 de 1986, y 468 del Código de Procedimiento Penal).

Las pruebas echadas de menos por el Colaborador Fiscal en su concepto, podrán practicarse en el período probatorio de la causa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

Confirmar la providencia apelada.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

ACCION DISCIPLINARIA

El procedimiento disciplinario es de tipo "acusatorio" de acuerdo a la regulación pertinente y las sanciones son de multa, suspensión del cargo y destitución. La amonestación no tiene carácter de pena.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda.

Aprobado: Acta número 34.

Bogotá, D. E., 16 de abril de 1986.

Vistos

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la denunciante contra el auto del 27 de julio de 1985 mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta se abstuvo de abrir investigación penal contra la doctora Margarita Inés Yepes de Cuello, acusada de un presunto delito contra la administración pública en su condición de Juez Primero Superior de la mencionada ciudad.

HECHOS Y ACTUACIÓN PRELIMINAR

El 15 de mayo de 1985 la Juez 1º Superior de Aduanas de Santa Marta, doctora Margarita Inés Yepes de Cuello, dictó la Resolución número 001 por medio de la cual suspendió por el término de noventa días "mientras se adelanta la investigación disciplinaria..." a la escribiente de tal despacho, Maura S. de Benavides, a quien hizo conocer la decisión en la fecha de su expedición. La empleada no fue llamada a rendir descargos previamente y en el texto se advirtió la inadmisibilidad de cualquier recurso contra la resolución. Como el fundamento de la misma fueron hechos, en sentir de la afectada, ajenos al servicio y atañederos a su vida privada, consideró que la funcionaria no solo profirió acto arbitrario en perjuicio

suyo sino que le negó el derecho de defensa y la hizo víctima, además, de injuria y calumnia.

La resolución en referencia se fundamentó en la utilización, por parte de la escribiente, del nombre de la Juez para solicitar a Rodrigo Gómez Rodríguez un préstamo de dinero para beneficio suyo, girando en garantía del pago un cheque de la cuenta de una amiga y que suscribió con el nombre de la funcionaria. La señora de Benavides luego retiró el cheque de manos del tenedor para girarle otros dos, esos sí de su cuenta personal. La giradora, en su intento de no pagar, libró orden de no cubrir el instrumento, dándose entonces a la tarea de amenazar al beneficiario —Gómez Rodríguez— con escritos anónimos en los que comprometió el nombre de la Juez.

La doctora Yepes de Cuello apoyó su resolución en lo preceptuado en los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978, concretamente en el artículo 199 de este último, mientras se adelantaba la investigación disciplinaria que en la misma resolución ordenó abrir, a la vez que dispuso remitir sendas copias a la Pagaduría Delegada del Ministerio de Hacienda de Santa Marta, al Tribunal Superior de Aduanas y a la Procuraduría General de la Nación. (Fls. 5-6 Cuad. Ppal.).

En la diligencia de ratificación y ampliación de la denuncia, la escribiente Maura S. de Benavides relató numerosas e intrincadas operaciones monetarias efectuadas por ella con terceras personas en beneficio de la Juez acusada quien, en su calidad nominadora le pidió reiteradamente el favor de conseguirle dinero en préstamo, de servirle de fiadora en contratos de arrendamiento y, en fin, de solventarle con urgencia repetidas y crecidas necesidades económicas. Afirmó que para solucionar uno de tales problemas a la Juez, solicitó a varias personas en préstamo cien mil pesos y que la obligación contraída con Rodrigo Gómez provino del ofrecimiento que éste le hiciera de tal suma, cuando ya por otro lado la había conseguido para la funcionaria. Como ella también necesitaba una buena cantidad, optó por recibir la de Gómez a quien giró en garantía de pago el cheque contra el Banco de Occidente al que la doctora Yepes de Cuello se refirió en la resolución. Advirtió la declarante que tal instrumento pertenecía a la cuenta corriente de su amiga Eufemia Núñez pero no aclaró el nombre estampado en el mismo en la casilla del girador y que, según la Juez y el declarante Rodrigo Gómez, beneficiario del cheque, era el de la funcionaria. En respaldo de sus aseveraciones allegó copias de constancias sobre su calidad de codeudora de la doctora Yepes de Cuello y su esposo en diversas obligaciones contraídas por éstos, y un pedazo del cheque aludido en la resolución que motivó la denuncia, en el que únicamente se leen el nombre del Banco v el número del título (Fls. 19 y ss. v 13 y ss. Cuad. Ppal, número 1).

La doctora Yepes de Cuello, en declaración jurada que rindió ante el Magistrado Sustanciador, relató las circunstancias que motivaron su resolución de suspensión de Maura S. de Benavides, y admitió los negocios u operaciones con ésta desde su llegada como Juez a Santa Marta. (Fls. 49 y ss. *ibid*).

Maura S. de Benavides solicitó a la Procuraduría Regional de Santa Marta que tal entidad le adelantara la investigación disciplinaria por los hechos en que se fundamentó la resolución, temerosa de que la Juez pudiera parcializarse en perjuicio suyo, pero aquel despacho, mediante proveído del

22 de mayo de 1985, se abstuvo de atender la petición por considerar que competía con exclusividad a la funcionaria el adelantamiento del procedimiento correspondiente. (Fls. 5-6 Cuad. Ppal. número 3).

La empleada demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena la resolución en referencia, en acción de restablecimiento del derecho, y aunque por auto del 25 de junio de 1985 dicha Corporación decretó la suspensión provisional, en nuevo pronunciamiento, esta vez del 21 de noviembre del mismo año, dejó sin efecto tal decisión al decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, por fallas de procedimiento (Fls. 65 a 67, Cuad. Ppal, número 1 y 51 a 55, Cuad. Ppal, número 2).

Por los mismos hechos a que se contrajo la resolución contra Maura S. de Benavides, la doctora Yepes de Cuello denunció a su subalterna a quien, oída en indagatoria por el Juzgado 10 de Instrucción Criminal de Santa Marta, al parecer se le dictó auto de detención con beneficio de excarcelación. (Fls. 36 y ss. y 21 y ss. Cuad. Ppal. número 1 y 60, Cuad. Ppal. número 2).

Por su parte, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial en auto del 30 de julio de 1985 decidió poner en conocimiento de la justicia penal la conducta de la Juez doctora Yepes de Cuello, por considerar que los hechos en que fundamentó su resolución del 15 de mayo del mismo año estaban constituidos por conductas ajenas por completo al servicio y por consiguiente a la jurisdicción disciplinaria. (Fls. 43-44 Cuad. Ppal. número 3).

En el auto inhibitorio recurrido, el Tribunal de instancia considera que la Juez acusada obró legalmente dando correctivo inmediato a una situación de suma gravedad creada por la empleada Maura S. de Benavides, y que por tanto acertó al apoyar su pronunciamiento en el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978, aunque consideró equivocada pero no censurable su advertencia de que contra la citada resolución no procedía recurso alguno. A esta determinación se opuso la denunciante mediante el recurso de apelación que sustentó en escrito en el que reiteró de manera breve los argumentos del Tribunal Administrativo para decretar la nulidad de la suspensión provisional de la resolución y de los argumentos de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal estima que los hechos en que se basó la resolución dictada por la Juez Yepes de Cuello revestían particular gravedad y afectaban de manera seria el prestigio de la Administración de Justicia, esto es, el servicio, y que por consiguiente la determinación, en los términos en que se produjo, se ajustó a la equidad y a la legalidad, y aunque al igual que el Tribunal encontró que no debió denegarse la procedencia de recursos a las tantas veces mentada resolución, esta circunstancia no conculcó los derechos de la afectada, quien bien hubiera podido hacer uso "del recurso correspondiente con miras a que el funcionario reformara o revocara la resolución...".

Considerandos

La Sala estima necesario hacer, ante todo unas precisiones en materia de procedimiento disciplinario porque, al parecer, algunos de los funcio-

narios que han intervenido en este asunto han expresado opiniones o conceptos equivocados.

La materia disciplinaria atinente a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional aparece regulada por la Constitución Nacional. (Arts. 160 y 217), el Decreto 250 de 1970, que es el importante por ser el estatuto fundamental, y su Decreto reglamentario, el 1660 de 1978.

Los artículos 94, 95 y 96 del Decreto 250 contemplan las faltas disciplinarias; las disposiciones siguientes, las sanciones-multa, suspensión del cargo y destitución (la amonestación no tiene carácter de pena, artículo 98) y los artículos 88 a 93 y 115 a 122 el procedimiento.

El procedimiento aplicable es de tipo "acusatorio" porque solo lo puede iniciar y adelantar el Ministerio Público quien, al final de su averiguación —resultado de "visitas generales" o "visitas especiales" (Art. 90), decide si hay o no lugar a formulación de cargos. En el primer caso se aplica lo dispuesto en el artículo 92, esto es, el funcionario o empleado acusado conoce el pliego de acusación, lo responde, pide pruebas; el Ministerio Público de oficio decreta otras y culmina la averiguación con la resolución en la que se mantienen los cargos, se precisan aún más y se solicita la sanción disciplinaria "a la autoridad para que adelante el proceso disciplinario" (se subraya).

En el segundo caso, en el que no se presentan cargos, se archiva el expediente sin más actuación que hasta puede ignorar el presunto acusado pues no tiene ninguna intervención en esta etapa.

La averiguación también se archiva, como es sabido, cuando de los descargos del funcionario o empleado y de las pruebas practicadas se concluye que han sido desvirtuados los cargos.

El procedimiento acusatorio se manifiesta en cuanto que la sentencia disciplinaria no la dicta quien hizo la averiguación sino el superior del funcionario (Art. 160 de la Constitución) o empleado, una autoridad judicial - Arts. 115 y ss. (la segunda instancia para el caso de los jueces fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia en fallo del 28 de noviembre de 1974, G. J. número 2390-2391, Págs. 416 y ss.).

Caso especial o de excepción a lo expuesto es el contemplado en el artículo 114 del Decreto 250 de 1970, aplicable por los Procuradores Regionales a los empleados y por las faltas que en dicha disposición se señalan.

El Decreto 1660 de 1978, en cuanto concierne a la materia que interesa en esta providencia, trae estas dos novedades contempladas en los artículos 198 y 199. El primero que se refiere al "régimen de disciplina interna de ada oficina judicial", aplicable por el titular del despacho, con sanciones precisas, procedimiento particular y consecuencias jurídicas pues la medida impuesta no constituye antecedente disciplinario.

En cuanto al artículo 199 es preciso distinguir estas características que se infieren de su claro texto: no constituye "sanción disciplinaria" sino "una medida provisional" que solo dura 90 días; el procedimiento disciplinario debe adelantarse de todas maneras por la autoridad competente—el Ministerio Público— en ese lapso y si no culmina con sanción de

suspensión o destitución, el funcionario o empleado debe ser reintegrado y pagársele el tiempo de la suspensión. La medida solo puede aplicarse en los casos de flagrancia o cuasiflagrancia (Art. 301 del C. de P. P., modificado por el Decreto 1853 de 1985, Art. 1°), o de perjuicio grave para el servicio, y siempre que la falta esté sancionada con destitución. (Decreto 250 de 1970, Art. 97). Y, por último, dadas las características de la falta, la medida adoptada no tiene recursos porque es "provisional", se dicta de "plano", "tiene vigencia inmediata", dice la disposición, término preciso —90 días—. El funcionario o empleado suspendido ejerce su derecho de defensa en el procedimiento disciplinario que se le adelante.

Al aplicar estos principios al caso en examen es preciso concluir que la Juez Yepes de Cuello no cometió abuso. En efecto:

Los hechos que el ciudadano Rodrigo Gómez denunció a la funcionaria eran, ni más ni menos, constitutivos de delito y fueron en parte admitidos por la empleada Maura S. de Benavides; en concreto: girar un cheque de cuenta corriente de una tercera persona y estampar el nombre de la Juez como giradora del título-valor. Así pues, la falta constituía "grave perjuicio para el servicio", sancionable con destitución (Art. 97 del Decreto 250 de 1970); y, se afirma en la resolución que se suspende a la empleada "... mientras se adelanta la investigación disciplinaria...". No se le sanciona como se afirmó en actuaciones posteriores por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena y por otros funcionarios públicos que intervinieron en este asunto. La medida adoptada carece de recursos (ya hubo oportunidad de explicar esta cuestión), pero se enteró de ella a la afectada y, como se sabe, la impugnó ante la jurisdicción administrativa (Fls. 35 y ss. del Cuad. número 3). Y, por último, el mismo día de expedición de la resolución se envió copia de ella a la Procuraduría Regional de Santa Marta "para los fines pertinentes" (Fl. 15, ibídem), que no eran otros que los de iniciar la averiguación disciplinaria contra la empleada suspendida temporalmente en el ejercicio del cargo. Por último, la Juez dio cuenta de la resolución a la Procuraduría General de la Nación en Bogotá. (Fl. 1, ibídem).

En resumen, la conducta de la Juez acusada se ajustó a lo prescrito en el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978, como se acaba de demostrar.

Y en fin de cuentas, resulta paradójico que contra la empleada Maura S. de Benavides no se haya adelantado averiguación disciplinaria por los hechos de que da cuenta este informativo, por la autoridad competente que en este caso es la Procuraduría Regional de Santa Marta. Así pues, la Sala ordenará al final de esta providencia la expedición de copias de este auto, una vez ejecutoriado, y de las piezas que se consideren de interés para dicha investigación disciplinaria.

Las autoridades que intervinieron en este asunto incurrieron en los siguientes errores de apreciación en cuanto atañe al procedimiento disciplinario:

El Tribunal Administrativo del Magdalena estimó la suspensión como "sanción disciplinaria" y procedió a suspender los efectos de la resolución, pero luego declaró la nulidad de la actuación por vicios de procedimiento. (Fls. 65 y ss. Cuad. número 1 y Fls. 51 y ss. Cuad. número 2). La Procu-

raduría Regional de Santa Marta se declaró "incompetente" para investigar disciplinariamente a la empleada, porque correspondía a la misma Juez (Fls. 5 y 6 Cuad. número 3). Y la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial en providencia del 30 de julio de 1985, estimó que los actos realizados por la empleada eran de naturaleza contractual, particulares, y que por tanto escapaban a la jurisdicción disciplinaria, y optó por denunciar penalmente a la titular del despacho (Fls. 43 y ss. del Cuad. número 3). No está por demás comentar que este último criterio es equivocado porque hay comportamientos personales que pueden constituir falta disciplinaria, según el artículo 94 del decreto ya varias veces citado y, los hechos constitutivos de delito configuran, por sí mismos, falta disciplinaria en algunos casos.

La doctora Yepes de Cuello denunció a su empleada Maura Silva de Benavides por los hechos expuestos al comienzo de esta providencia, se le recibió indagatoria y se le dictó auto de detención, solicitándose la suspensión en el cargo que desempeñaba para hacer efectiva la medida (Fls. 36 y 37. Cuad. número 3 y Fl. 49. Cuad. número 2).

Como aparece en esta averiguación previa que la Juez, doctora Margarita Inés Yepes de Cuello, solicitó y obtuvo ayuda de tipo económico de su subalterna en el juzgado, Maura Silva de Benavides, comportamiento que puede constituir falta disciplinaria, según el numeral 4º del artículo 94 del Decreto 250 de 1970, se enviará copia de esta providencia y de las piezas que se estimen pertinentes —las declaraciones de la empleada por ejemplo— a la Procuraduría Regional de Santa Marta para que decida lo que estime pertinente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, confirma el auto del Tribunal Superior de Santa Marta que se abstuvo de iniciar investigación penal contra la doctora Margarita Inés Yepes de Cuello, Juez 1º Superior de Aduanas de esta ciudad, por los hechos denunciados en esta averiguación preliminar.

La Secretaría de la Sala compulsará copia de esta providencia, una vez ejecutoriada, y de las piezas pertinentes, todo lo cual enviará a la Procuraduría Regional de Santa Marta, según lo expuesto en la parte motiva de este auto.

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

Edgar Saavedra Rojas, Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

FALSEDAD

Cheque.

Aun, en el hipotético caso de que el cheque girado por un funcionario público, deba considerarse como documento público, la falsedad del endoso de un beneficiario constituye falsedad material en documento privado, porque es un acto posterior al de su creación y giro.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Z.

Aprobado: Acta número 034.

Bogotá, D. E., 16 de abril de 1986.

Vistos

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, el auto de sobreseimiento definitivo que profirió su Sala Penal al calificar el mérito del sumario, el 17 de septiembre de 1985, donde fue acusada la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza, por los delitos de falsedad en documentos y peculado, consumados cuando desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Momil (Córdoba), calidad acreditada con las actas de nombramiento y posesión.

HECHOS

El Tesorero de Momil (Córdoba) Rafael Vicente Llorente Martínez, en septiembre 13 de 1984, denunció penalmente a la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza, porque en calidad de Juez Promiscuo Municipal de Momil, presentó una cuenta presuntamente legalizada por el señor Alcalde Luis Plaza Sánchez y el Auditor Dagoberto Enrique Garcés Galeano (Fl. 5 del C. O.), con cargo al Tesorero Municipal, por la suma de \$40.000.00 a

través de un documento presuntamente firmado por Olga Nassiff de Jabib, fechada en marzo 8 de 1984 y proveniente del "Almacén y Tipografía Jabib" donde se relacionaba un número plural de libros y papelería para uso exclusivo del Juzgado prementado.

Agrega el denunciante, cómo la sindicada personalmente se acercó a la oficina donde funciona la Tesorería, con el fin que le fuera cancelada la cuenta presentada. Así mismo la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza, solicitó la entrega del título valor correspondiente, en favor de Olga Nassiff, para ser remitido al Municipio de Lorica (Córdoba), lugar de residencia de la propietaria del establecimiento comercial.

Ciertamente, con fecha 17 de agosto de 1984, el denunciante, en calidad de Tesorero, expidió el cheque número 0502508 con cargo a los "fondos comunes" de la Tesorería y en favor de la precitada Olga Nassiff de Jabib.

Agrega Llorente Martínez, cómo la beneficiaria del cheque, lo requirió por no haber recibido el mismo, lo cual motivó al denunciante, a averiguar el destino del título, descubriendo cómo el cónyuge de la acusada, Daniel Villadiego Llorente (Fl. 25), cobró previo endoso de la ex Juez el cheque en mención en agosto 21 de 1984 en la Caja Agraria de Momil.

De otra parte, la señora Olga Nassiff, niega por escrito el que se le haya cancelado la factura, al igual que el título valor, donde la firma endosataria la tilda de espúrea y apócrifa.

Finalmente se expresa, cómo la acusada se apropió del dinero referenciado, agotando de esta manera un delito de peculado por apropiación indebida.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El ex Alcalde Luis Plaza Sánchez (Fl. 23), expresa, que por Decreto número 001 de febrero 1º de 1984, se aprobó el presupuesto municipal de Momil (Fl. 41) asignándosele al Juzgado Promiscuo Municipal del mencionado municipio, un "auxilio" por \$40.000.00 sin especificación alguna y \$20.000.00 para "viáticos y gastos de viaje" (Fl. 41).

En similares términos, depone él Auditor del municipio, Dagoberto Enrique Garcés Galeano (Fl. 24).

El cónyuge de la ex Juez, Daniel Villadiego Llorente (Fl. 25) manifiesta que su esposa, evidentemente le entregó el cheque librado por el Tesorero del municipio, para su correspondiente cobro, documento (Fl. 122) que claramente contenía el nombre de la beneficiaria Olga Nassiff de Jabib; le consta además cómo el dinero que representaba el valor del cheque se invirtió en libros, para el Juzgado, donde era titular su esposa, textos aquéllos, que fueron adquiridos en la "Librería Salamanca" de la ciudad de Barranquilla.

Se realizó por parte del Juez Instructor, inspección judicial al renombrado Juzgado, donde se relacionaron por sus títulos y el nombre de sus autores, las obras existentes en el local, que fueron observadas por el Juez

como "nuevas", pero sin coincidir (Fl. 27) exactamente con las relacionadas en la factura proporcionada por el almacén de la beneficiaria (Fl. 6), ignorándose de paso, si en el Juzgado existían con anterioridad libros diversos a los adquiridos, por ausencia de aclaración por parte del Juez Instructor, con el Juez encargado.

2. La beneficiaria del título valor (Fl. 55), afirma cómo a su almacén se presentó, Francisco Mendoza Caffiel (Fl. 87), con el fin que le firmara un certificado, donde ella expresara no haber recibido jamás el cheque, objeto material de investigación, ni haber enajenado libros al Juzgado Promiscuo Municipal (Fl. 54), cuestión que al parecer realizó.

Depone cómo el cheque realmente, nunca estuvo en sus manos, y por ello no fue posible su autorización verbal para el cobro, ni su forma estricta, por la modalidad del endoso.

Reitera la declarante, en todo caso, el no haber firmado las facturas existentes en los folios 4, 5 y 6, que califica de espúreas, porque nunca se ha dedicado a la venta de códigos y textos de Derecho y porque además el documento del folio 6, con su correspondiente formato, lo califica de inexistente.

Niega el testigo Marcelino o Francisco Mendoza Caffiel (Fl. 87) lo dicho por Olga Nassiff, para expresar cómo la persona que solicitó la certificación aludida por aquélla, en su declaración, fue el Tesorero y denunciante Rafael Vicente Llorente Martínez, porque esta persona se lo comentó, sin que hubiere sido contrainterrogada al respecto, aun cuando aparece objetivada la afirmación en el folio 4 F. del cuaderno original, documento cuya firma es rechazada por espúrea por la señora Olga Nassiff de Jabib.

Sergio Santiago Olascoaga (Fl. 94) corrobora la versión de Marcelino Mendoza, en el sentido de que fue el denunciante, quien recogió verdaderamente la certificación del documento del folio 4, donde finalmente Olga Nassiff autenticó su firma ante Notario.

En los infolios (Fls. 61 y 62) reposan los acuerdos del Tribunal Superior de Montería, mediante los cuales la acusada fue nombrada y confirmada como Juez Promiscuo Municipal de Momil, en el Departamento de Córdoba.

3. En su indagatoria, la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza (Fls. 73 a 77) confiese haber recibido el cheque de manos del Tesorero, pero al circunstanciar su conducta, expone cómo el decreto que autorizaba el "auxilio", no estipulaba, cómo se debía aplicar el mismo, y esto le motivó a dialogar con Olga, para que le firmara una factura ficticia (Fl. 6) donde la vendedora presuntamente enajenaba textos jurídicos, actividad ésta que no ejercía. La mencionada factura, fue suscrita, según la imputada por aquéllas, con conocimiento perfecto, de que una vez se hiciera efectivo el cheque, el dinero retornaría a manos de la Juez, para ésta comprar verdaderamente los libros, como aconteció al adquirirlos en la "Librería Salamanca" de la ciudad de Barranquilla.

Agrega la indagada, cómo, con anterioridad a Olga Nassiff se le compraron útiles y papelería, con destino al Juzgado Promiscuo Municipal.

Como la ex funcionaria, no encontró en dos oportunidades a Olga Nassiff, en el Municipio de Lorica donde reside, para entregarle el título valor, procedió a actuar de acuerdo a lo acostumbrado entre ellas, es decir que en su ausencia, previa firma, y sin fingir el nombre de la beneficiaria, cobró el cheque previo endoso del documento privado.

En todo caso, quiere dejar en claro la sindicada, cómo cuando ella firmó con el nombre de la beneficiaria en el dorso, lo hizo con consentimiento expreso y verbal de aquélla, quien le expresó por vía telefónica "hágamelo efectivo".

La Juez sostiene, cómo al haber comprado los libros se dirigió donde Olga Nassiff, exhibiéndole la factura de los libros adquiridos en Barranquilla, adicionando su postura, para expresar que el remanente lo iba a invertir en el arreglo del mobiliario del Juzgado.

Acepta sin reticencias, cómo la cotización, o mejor el contenido de la factura del folio 6, es ficticio —y presuntamente firmado por Olga— cumpliendo insinuaciones del Alcalde, quien le expresó su preocupación, al no hacer efectivo el auxilio municipal, antes de expirar la vigencia presupuestal.

Por ese medio, trata la actora de motivar el desacuerdo existente entre la cotización facturada (Fl. 6), con los libros realmente existentes en el Juzgado que fueron objetivados y además relacionados en la diligencia de inspección judicial, sin que fuera interrogada sobre la legitimidad o autenticidad del logotipo de la factura referenciada, que también ha sido atacada de falsa, por la beneficiaria del cheque.

Finalmente niega haber actuado sobre el documento del folio 5, donde Olga Nassiff recibe el cheque, por la suma de \$40.000.00 y desconoce las facturas existentes en los folios 7 y 8, que aparentemente fueron aportadas con la denuncia, por Rafael Vicente Llorente.

- 4. La experticia grafológica (Fls. 135 y 136) simplemente confirma la postura asumida por la sindicada, en el sentido de afirmar el perito, cómo la signatura del endoso es *apócrifa*. Tan solo se remitieron al perito muestras escriturales del cónyuge de la actora, de Rafael Vicente Llorente y de la beneficiaria del título valor, Olga Nassiff.
- 5. El Tribunal Superior de Montería, por providencia de 17 de septiembre de 1985, sobreseyó definitivamente a la indagada, argumentando la inexistencia de dolo, como forma de culpabilidad y la ausencia de perjuicio frente al delito de peculado: de tal proveído salvó voto uno de los Magistrados de la Sala, acorde con el concepto del Fiscal Primero del citado Tribunal, quien había solicitado llamamiento a juicio por los punibles de falsedad en documento privado —fingimiento de la firma de la beneficiaria del cheque en el dorso— y peculado en la modalidad de apropiación.

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR

1. El Procurador Primero Delegado en lo Penal, consideró que el sobreseimiento definitivo en favor de la imputada, era excesivo, por no estar

plenamente comprobada su inocencia, entre otras razones, porque la funcionaria no precisó a cuánto pudo ascender la erogación y su remanente, máxime si la inspección judicial practicada al Juzgado, no estableció si aquéllos fueron los textos adquiridos por la acusada, o si por el contrario los reputados como "nuevos", ya figuraban en el inventario de la oficina, desconociéndose de otra parte la cuantía de la inversión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Es indiscutible que la Juez imputada, fue la persona que recibió un título valor, girado por la Tesorería Municipal de Momil, a favor de la señora Olga Nassiff de Jabib, por la suma de \$40.000.00.

También lo es que tal título valor aparece consignado en la cuenta de su esposo Daniel Villadiego Llorente (Fl. 25) quien lo hizo efectivo. Igualmente lo es que el valor correspondiente no le fue entregado a la beneficiaria del cheque Olga Nassiff de Jabib (Fls. 55 y 80); ello lo aceptan todas las personas citadas. La sindicada igualmente acepta haber fingido la firma de la beneficiaria del título valor, pero agrega que lo hizo con el consentimiento de ella. Sin embargo la verdad es que llamada a declarar la beneficiaria no ha aceptado tal autorización.

2. De lo expuesto surge que son dos los hechos punibles a subsumir: la falsedad en documento privado que a su vez presenta dos aspectos fácticos; la falsificación de la firma de la señora Olga Nassiff de Jabib al endoso del título valor tantas veces citado y la falsificación de la firma de la misma persona en una factura que en fotocopia obra a folio 5 del expediente. Igualmente dentro de este aspecto cabría lo tocante por los documentos que obran a folios 4 y 5 del C. O., respecto a los cuales dice la señora Olga Nassiff de Jabib, su firma fue falsificada.

El segundo delito a subsumir sería el del peculado por apropiación, que habría sido el delito fin, pues el delito medio serían las falsedades documentales reseñadas. El objeto material del peculado por apropiación, sería la cantidad de \$40.000.00 valor del cheque. La Sala estudiará separadamente cada una de las conductas típicas a subsumir para determinar en cada caso concreto su respaldo probatorio.

3. En cuanto a la falsificación de la firma de la señora Olga Nassiff de Jabib en el endoso del cheque, el análisis se facilita, pues la misma sindicada acepta haberla realizado. Esa afirmación se encuentra corroborada por el dictamen grafológico que obra a folios 135 y 136 del proceso practicado por el laboratorio de grafología del "Instituto de Medicina Legal" que como ya se manifestó, afirma de manera terminante que la firma de Olga Nassiff de Jabib, es apócrifa. Es cierto que las muestras escriturales tomadas, no corresponden sino al esposo de la sindicada y a la beneficiaria del cheque, pues no se aportaron muestras de tal clase, tomadas a la sindicada. También lo es que se insinúan según el dictamen, similitudes morfológicas con la caligrafía de Daniel Villadiego Llorente, esposo de la sindicada. Pero igualmente, es que según el mismo dictamen ellas resultan insuficientes para dar un pronunciamiento de fondo.

Por todo ello, resulta que aparece, la plena prueba del verbo rector del delito de falsedad material en documento, esto es, "falsificar". En lo relacionado con las firmas de los folios 4 y 5, debe advertirse que a ellas no se refirió el dictamen grafológico y consecuencialmente él debe practicarse como secuela del sobreseimiento temporal que se impone sin necesidad de mayores consideraciones.

Igualmente deben aclararse las dudas que presenta Olga Nassiff en torno al documento del folio 4 y las condiciones reales sobre la autenticación de la firma, allegándose la declaración del Notario de Lorica.

4. Cabe aclarar ahora, lo tocante con la calidad jurídica del documento falsificado y su ubicación dentro de la normatividad respectiva y el encuadramiento apropiado de la conducta a subsumir.

La firma falsificada es de una persona particular y se concreta al endoso de un título valor. La circunstancia de que el sujeto activo, sea una funcionaria, no es suficiente ni mucho menos, para aceptar la tipificación de una falsedad en documento público, ya que el acto al cual estaba vinculada la firma, era el simple endoso de un particular. Nos encontramos a pesar de la calidad del sujeto activo, ante la conducta tipificada en el artículo 221 del Código Penal. (Falsedad en documento privado).

5. Esta consideración la fundamenta la Sala así: no es el momento para profundizar, si un cheque girado por un funcionario público, deba considerarse como documento público, ya que la falsedad en este caso no se refiere a la firma de los funcionarios públicos, que signan el título valor, sino a un acto posterior a su creación, esto es, el endoso que en este caso debe realizarlo una persona particular cuya firma fue la falsificada, o sea, el beneficiario.

Es cierto que algunas corrientes doctrinarias de Derecho Comercial, sostienen que el endoso, es una cláusula accesoria e inseparable del título valor por la cual el tenedor o acreedor cambiario coloca a otro en su lugar, transfiriéndole el título con efectos limitados o ilimitados (Garrigues, Vivante, Cervantes Ahumada), aún, algunos de quienes tal sostienen, no hacen incompatible, tales calidades con la independencia del endoso.

Pero tal observación ha sido analizada por la doctrina y la jurisprudencia penal de muchos países, inspirándose la corriente autonomista del Derecho Penal, según el cual esta disciplina debe conocer los conceptos de derecho privado a la luz de los postulados de esta disciplina de derecho público, verificando detenidamente las consecuencias que se derivan de su aplicación, compaginándolas con las exigencias y caracteres del derecho punitivo.

Con tales prenotandos interpretativos se ha concluido, que a pesar de los citados principios de la accesoriedad e inseparabilidad del endoso, no podrán aceptarse; existen hechos evidentes de indiscutible repercusión naturalística: el cheque se crea y perfecciona, al cumplirse las exigencias del Código de Comercio respectivo, en nuestro caso la Sección III, Subsección I "Creación y forma del cheque" y más exactamente los artículos 712 a 714. Además de los requisitos generales para todos los títulos valores del artículo 621 del Código de Comercio, son las de que el cheque se expida en formu-

larios impresos a cargo de un banco, cuyo nombre debe indicarse, que contenga una orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero y la indicación de ser pagadero a la orden o al portador; igualmente se exige la provisión de fondos. A pesar de que se afirme por reputados comercialistas que el endoso es una operación comercial accesoria, no obstante tener su origen en el cheque, la verdad desde el punto de vista fáctico es que constituye un contrato nuevo, distinto del estimado como principal, que no crea un título, sino que lo transfiere. (Art. 651 del C. de Co.).

Las personas que intervienen en la creación del cheque, son distintas de los endosantes; el endoso es un acto posterior al de su creación y giro del cheque, tanto que la ley concede un amplio plazo para que él se verifique. El acto accesorio es pues distinto del principal. Penalmente es un hecho autónomo.

- 6. En tales condiciones, aun cuando hipotéticamente se aceptase la posibilidad de que el cheque de \$40.000.00 que aparece en el proceso pueda considerarse como documento público, la falsificación del endoso de un beneficiario, mal puede, sin acudirse a una interpretación extensiva de la normatividad penal, asimilarse a ella.
- 7. Así pues, está plenamente comprobado el cuerpo del delito de falsedad material en documento privado; en cuanto a la atribuibilidad de la conducta típica, la confesión misma, ofrece serios motivos de credibilidad, al estar corroborado por el resto del acervo probatorio. Por ello la Corte estima que carecen de oportunidad jurídica, las consideraciones hechas por la mayoría de la Sala del Tribunal que forzó un sobreseimiento definitivo.
- 8. Especial insistencia merece para la Sala, el estudio de la confesión de la sindicada, quien acepta haber falsificado la firma de la beneficiaria del título valor, pero a la vez agrega que lo hizo con la autorización de ella. Ninguna razón permite vislumbrar siquiera asomo de la llamada falsa confesión.

Para analizar debidamente tal planteamiento, debe rememorarse la circunstancia de que la beneficiaria del título valor, es reiteradamente enfática en expresar que jamás ese cheque pasó por sus manos o que la firma no es la suya: además en el proceso no aparece consignada su autorización para estampar su firma. No surge clara la razón por la cual la beneficiaria, si hubiese autorizado el uso de su firma, no lo reconociese paladinamente con posterioridad. Ningún beneficio se vislumbra de la carencia de aceptación.

La confesión de la sindicada no puede catalogarse como indivisible, ya que la adición aparente exculpatoria de la aceptación de la falsificación de la firma de la beneficiaria, no la corrobora, sino por el contrario la desmiente.

Tampoco se ve la razón por la cual hubiese sido indispensable acudir a falsificar la firma de la beneficiaria del título valor, para obtener la efectividad de la compra de útiles y libros. El argumento dado por la sindicada para haber falsificado la firma de la beneficiaria, consistente en no haber podido localizar a esta última, no es suficiente para justificar tamaño

atrevimiento, máxime cuando es un hecho notorio que la distancia, entre ambas localidades es corta y la misma sindicada reconoce, que, habitualmente el Juzgado adquiera los útiles de escritorio en el almacén de la beneficiaria en Lorica y a la vez que allí se le hacían efectivos otros cheques. Además no se detecta la urgencia de cobrar el cheque, si se había esperado para que se girase desde el 8 de marzó, fecha de la factura que reconoce ficticia hasta el 17 de agosto.

9. Situación diversa es la predicable por ausencia de prueba plena del cuerpo del delito, en relación con el delito de "peculado por apropiación" que se investiga y la "falsedad en documento público" y "documento privado" que de la sumaria se infiere a folios 4, 5 y 6 del cuaderno original.

La sindicada ha sostenido, haber invertido los dineros en adquisiciones hechas en la "Librería Salamanca" de Barranquilla, pero dicho hecho no aparece aclarado suficientemente en el proceso.

En torno a este punto, sí comparte la Sala, los planteamientos del colaborador fiscal, en cuanto sostiene que la inversión del aporte no está demostrada, por cuanto, no se ha investigado suficientemente la negociación con la Librería de Barranquilla, ni determinada su cuantía, y por ende solicita sobreseimiento temporal.

- 10. La sola enunciación de las pruebas que se ordenarán y se practicarán durante la reapertura de la investigación, robustece la tesis de la pertinencia del sobreseimiento temporal en cuanto al delito de peculado por apropiación y los delitos contra la fe pública, ya determinados. Las pruebas que se decretan son las siguientes:
- a) Practicar diligencia judicial en la "Librería Salamanca" de la ciudad de Barranquilla, con el fin de ubicar la factura o la copia correspondiente a la compra de los libros de consulta, donde se debe detallar el nombre de la persona o de la entidad compradora; la cuantía de la compra y la especificación de los libros en forma unitaria incluyendo el nombre de sus autores, el título de la obra, la editorial y la fecha de impresión.
- b) Ampliar la inspección judicial al Juzgado Promiscuo Municipal de Momil, para cotejar la existencia de los libros de consulta, con la factura encontrada en la "Librería Salamanca".
- c) Solicitarle a la sindicada la factura de compra-venta expedida por la "Librería Salamanca" de Barranquilla, pues ella manifiesta en su indagatoria tenerla consigo.
- d) Adjuntar al proceso el inventario de bienes del Juzgado de Momil, para inferir si los libros adquiridos en la "Librería Salamanca", son diversos a los detallados en la factura. El inventario debe especificar el nombre de la obra, el de su autor, la editorial y la fecha de edición del texto.
- e) Ampliar la indagatoria de la Juez, para que aporte la prueba referenciada en el Punto C, pero además para que explique a la justicia, las circunstancias como adquirió los libros en Barranquilla; cuál su costo; su cuantía; si quedó o no remanente de dinero y en caso afirmativo a qué lo aplicó; si el valor de los libros coincide con la suma entregada por la Tesorería; si presentó relación de la inversión en los libros con posterio-

ridad a la Tesorería Municipal; que indique las circunstancias mediante las cuales vio a Olga Nassiff suscribir el documento del folio 5; que explique además las circunstancias como dice haberle entregado al ex Alcalde, el documento del folio 6, sin la fecha allí estipulada y sin la firma de Olga Nassiff; finalmente debe explicar las circunstancias temporales y modales como se desarrolló el diálogo entre ella y la beneficiaria del título, tendiente a obtener el consentimiento de la misma para firmar con el nombre de otra persona. En dicha diligencia se tomarán muestras manuscriturales con suficiencia (3 a 6 páginas) a la exfuncionaria.

f) Debe ampliarse la declaración del denunciante (Fl. 95) para contrainterrogarlo sobre las afirmaciones de Olga (Fl. 55) y de Marcelino Mendoza Caffiel (Fl. 87), con respecto a la certificación previamente solicitada a Olga Nassiff que aparece en el documento del folio 4.

El Tesorero-denunciante, debe concretar lo relacionado con el certificado del folio 4, que Olga Nassiff califica de espúreo en su firma y que el testigo Sergio Santiago Olascoaga (Fl. 94) expresa haberlo recibido el Tesorero y como auténtico de parte de la citada dama.

- g) Realizar careo entre denunciante y sindicada donde debe precisarse las afirmaciones de la ex Juez ante aquel, acerca de la apropiación del dinero y su manifestación expresa de quererlo reintegrar (observar folio 95 frente).
- h) Ampliar la declaración del ex Alcalde Luis Plaza Sánchez, para que aclare la manifestación de la sindicada (Fl. 75 frente parte inferior y 76 F), acerca de las circunstancias como fue recibida la factura de cotización visible en el folio 6; que exponga el señor Plaza Sánchez, sobre si es o no cierto el diálogo que sostuvo con la sindicada sobre la necesidad de una cotización para agotar el "auxilio" dentro de la vigencia presupuestal. Si el ex Alcalde niega esa posibilidad colocada a su conocimiento, debe realizarse diligencia de careo con la sindicada, previa exhibición para su reconocimiento, de la firma visualizada en el documento del folio 5.
- i) Establecer si existe proceso de peculado contra el Tesorero-denunciante, en el Juzgado Promiscuo Municipal de Momil y en caso afirmativo la constancia debe expresar la fecha de la denuncia del hecho punible, la persona que interpuso la denuncia y el momento procesal de la actuación. (Fl. 95 frente).
- j) Realizar inspección judicial al almacén de Olga Nassiff en el Municipio de Lorica (Córdoba) para constatar en diversas facturas, si existe alguna semejante a la que reposa en el folio 6, y en caso afirmativo debe anexarse a los autos copia fotostática.
- k) Cítese a la Oficial Mayor y/o a la Secretaría de la Alcaldía de Momil, para ese entonces, con el fin de precisar quién elaboró el documento del folio 5, como lo afirma la sindicada (Fl. 76 F.) dado que Olga Nassiff, niega haber firmado el modelo escrito que aparece allí.
- l) Ampliese la declaración de Marcelino Mendoza Caffiel, para que exprese, si es cierto que el Tesorero con su denuncia, ha pretendido coaccionar písiquicamente a la exfuncionaria, para que no le investigara un presunto delito de peculado, denunciado en otrora por el ex Alcalde, como lo dijo la sindicada (Fl. 76 F.)

11. Del delito de falsedad en documento, trata el Libro II, Título VI, Capítulo III, artículo 221 del Código Penal (Delitos contra la fe pública) que tiene señalada pena de prisión de uno (1) a seis (6) años, hecho por el cual genéricamente se le enjuiciará.

Del delito de peculado por el cual se sobresee temporalmente, trata el Libro II, Título III, Capítulo I, artículo 133 que trae pena de prisión de dos (2) a diez (10) años, multa de un mil a un millón de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a cinco años.

También se sobreseerá temporalmente a la procesada por dos delitos contra la fe pública, conforme a lo razonado precedentemente. Estos hechos punibles se encuentran descritos y sancionados en el Libro II, Título VI, Capítulo III, artículos 218 y 221 del Código Penal.

- 12. Debe advertirse que el Tribunal deberá tener especial cuidado en decretar las pruebas pertinentes durante la etapa probatoria siguiendo las directrices ya planteadas, sobre todo en lo tocante a la corroboración e infirmación de la confesión de la procesada, como el dicho de Olga Nassiff de Jabib, mediante la práctica de una diligencia de careo.
- 13. En cuanto a las peticiones de las partes, debe ponerse de presente que por tratarse del grado de consulta, no alegó sino el agente del Ministerio Público, en concepto que ya se estudió; aun cuando el apoderado de la sindicada inicialmente sobreseída no lo hizo, bien hubiera podido intervenir. Sin embargo, en primera instancia presentó en cumplimiento de su deber un escrito cuyas razones aceptó en términos generales el auto consultado.

En tales condiciones al analizarse la providencia consultada, quedan expuestas las razones por las cuales parcialmente no se aceptaron.

14. Como la pena mínima que contempla el artículo 221 del Código Penal, para el delito de "falsedad en documento privado" es inferior a dos años de prisión, dicha ilicitud queda excluida de la detención preventiva de conformidad con el numeral I del artículo 14, correspondiente al Decreto 1853 de 8 de julio de 1985, y el artículo 3º del Decreto 56 de enero 9 de 1986, el cual debe aplicarse, en este caso, por razones de favorabilidad.

Sin embargo, ello no impide, que con fundamento en la prueba, que se viene de analizar, se le imponga a la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza, como medida de aseguramiento, la obligación de prestar caución prendaria, por la suma de diez mil pesos, para garantizar con ello el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal, ello de acuerdo con lo previsto en los artículos 8º y 12 del Decreto 1853 de 1985. La caución prendaria señalada en su cuantía, se depositará en el Banco Popular, Sección Depósitos Judiciales y a la orden del Tribunal Superior de Montería.

Como secuela de la medida de aseguramiento mencionada, la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza, gozará de libertad.

La Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, conforme a los razonamientos anteriores,

RESULLVE:

- 1. Revocar, el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, el 17 de septiembre de 1985, que fue materia de consulta.
- 2. Radicar en juicio criminal a la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza, por el delito de "falsedad en documentos" descrito y sancionado en el Libro II, Título VI, Capítulo I, del Decreto 100 de 1980.
- 3. Proferir medida de aseguramiento de caución, por el delito enjuiciado, conforme a los parámetros de los artículos 8º, 10 y 12 del Decreto 1853 de 1985, la caución de carácter prendario se determinará en la suma de diez mil pesos (\$ 10.000.00), para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal.
- 4. Como secuela de la medida de aseguramiento, se le concede a la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza, el derecho a la libertad.
- 5. Sobreseer temporalmente a la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza, por los delitos de peculado y falsedad en documentos, a que se refiere la parte motiva de esta providencia. Estos hechos se encuentran descritos y sancionados respectivamente en el Libro II, Título III, Capítulo I y Libro II, Título VI, Capítulo III del Código Penal.
- 6. Reábrase la investigación, como consecuencia de sobreseimiento temporal y por el término estipulado en el artículo 493 del Código de Procedimiento Penal, durante el cual se practicarán las pruebas ordenadas en la parte motiva de esta providencia.
- 7. Para la notificación personal de esta providencia a la procesada Carmen Elena Rosales Mendoza, y recibir la caución prendaria por la suma estipulada y para asentar la diligencia de compromiso, se comisiona al Tribunal de Instancia quien le hará saber los derechos relativos a su defensa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z

José H. Velásquez R. Secretario.

FAVORABILIDAD DE LA LEY

La irretroactividad de la ley en materia penal constituye la regla general y la retroactividad como excepción, está reconocido por el principio constitucional y legal de la favorabilidad.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz.

Aprobado: Acta número 034.

Bogotá, D. E., 16 de abril de 1986.



Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Efrén Darío Villate Rojas, de la sentencia de 20 de noviembre de 1984 proferida por el Tribunal Superior de Pereira mediante la cual, al conocer la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de ese lugar, lo condenó a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión por el delito de abuso de confianza.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En cuanto a los hechos que dieron origen al proceso los refirió el abogado denunciante así:

"Gran Financiera S. A., es una entidad de derecho privado que entre otros objetivos tiene el de la 'captación' de dineros para luego desplazarlos a otros sectores de la economía nacional. Para estos efectos la Corporación ha instituido sus filiales y encargado de ello a los agentes de la Aseguradora Grancolombiana, empresa que también pertenece al grupo de Granfinanciera S. A. El acusado de autos era el gerente de la seccional de Pereira y como tal estaba encargado de la labor ligeramente descrita habiendo obtenido que varias personas entregaran dinero a término, los cuales en ningún

momento fueron remitidos a la casa matriz, sino que por el contrario apropiados por Villate Rojas y utilizados en beneficio personal.

"Ya con anterior oportunidad fueron denunciados otra serie de hechos de esta naturaleza que enervó una acción penal que aún continúa tramitándose ante el señor Juez Segundo Superior por los delitos de falsedad documental, estafa y abuso de confianza, razón por la cual el acusado de marras se encuentra privado de la libertad y a órdenes de este despacho judicial.

"Este sistema utilizado por Villate Rojas para cometer la defraudación era por medio de recibos que ya había sido ordenado recogerlos por la Corporación en virtud de que existía doble numeración. Se explica: por error del Departamento de Proveeduría de la Corporación en anterior oportunidad habían sido remitidos a esta seccional, varios recibos de caja (los que eran entregados al cliente como comprobante de depósito) los que por tener doble numeración fue solicitada su devolución, la cual se hizo incompleta quedando en poder del sindicado dos talonarios de cien recibos y comprendidos dentro de las siguientes numeraciones, del 3551 al 3600 y 3601 al 3650 entre los que se encuentra como fácilmente se puede apreciar, el número 3621 que es objeto de esta denuncia.

"A pesar de los varios requerimientos efectuados por la Corporación al señor Villate Rojas, éste omitió la remisión y luego los utilizó en la forma que se está planteando y con el único objetivo de apropiarse en beneficio propio de los dineros recaudados.

"Así las cosas, con la conducta dolosa de Villate Rojas, no solo lesionó el patrimonio de la Corporación, sino de los particulares manteniéndolos en engaño con los recibos 'supuestamente' originales, los que no eran reportados a la casa matriz. De otro lado incurrió en falsedad por ocultamiento de estos documentos que en su tiempo debieron ser remitidos a Bogotá, conductas que deberán ser investigadas por el señor Juez a quien corresponda el presente proceso en forma independiente pues se trata de un hecho nuevo que ha sido reclamado ante la Corporación ofendida".

Como quiera que en contra del mismo Villate Rojas se habían denunciado otros hechos se decretó la correspondiente acumulación y fue así como el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira el 6 de septiembre de 1984 condenó a Efrén Darío Villate Rojas a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión como responsable del delito de abuso de confianza.

Dispuso la misma providencia que no era el caso de conceder al procesado "la condena de ejecución condicional" y en tal virtud revocó la libertad provisional que le había concedido.

Al conocer la sentencia, por apelación interpuesta por la defensa, el Tribunal Superior de Pereira la confirmó aumentando la pena de prisión en treinta y seis (36) meses, al considerar que "la pena no podía ser la mínima, sino que debía determinarse de acuerdo con los criterios que fija el artículo 61 del Código Penal en concordancia con los artículos 26, 27 y 372".

Por manera que admitido el recurso de casación, presentada la demanda por el abogado sustituto y ajustada ésta a las exigencias legales, procede la Sala de Casación Penal a resolver lo conducente.

La demanda

Se acusa a la sentencia de ser violatoria de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues a su juicio se infringió la ley por aplicación indebida de los artículos 358 y 372 del actual Código Penal, cuando lo correcto era hacerlo con fundamento en los artículos 412 y 413 del anterior. Contrariando de esta manera el segundo inciso del artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Mi representado —dice al resumir su argumento central— realizó conductas que se han calificado como abuso de confianza. Estas conductas tuvieron desarrollo bajo el imperio del anterior Código Penal, y algunas de ellas, iniciadas bajo el anterior Código Penal, subsistieron después del tránsito de legislación. Por tanto, el juzgamiento ha debido hacerse de acuerdo con la normatividad más favorable, por aplicación de los artículos 26, inciso 2º de la Constitución Nacional y 3º de la Ley 95 de 1936".

Sin desconocer "las deficiencias probatorias de la investigación", concluye que "las conductas atribuidas a mi mandante son anteriores al 29 de enero de 1981 y en el peor de los casos, algunas conductas alcanzaron a la fecha del tránsito de legislación".

Más adelante se refiere a algunos hechos atribuidos a Villate Rojas los que, afirma, se realizaron durante la vigencia del Código de 1936 y por lo tanto debe aplicarse tal estatuto que es más favorable. Sobre el tema expone:

- 1. La conducta típica de abuso de confianza, en la parte preceptiva, sufrió mínimas correcciones idiomáticas que no alteran el contenido sustancial.
 - 2. En efecto, el artículo 412 del anterior Código Penal establecía:
- "El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, una cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslaticio de dominio...".
 - 3. Por su parte, el actual Código Penal en su artículo 385 establece:
- "El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, ...". (Subrayo).
- 4. Como fácilmente se colige, las variaciones de la parte preceptiva del tipo de abuso de confianza son meras correcciones idiomáticas que en nada alteran el alcance sustancial de la figura, pues tan solo se suprimió en el nuevo Código Penal el artículo indefinido 'una' para no hablar ya de 'una' cosa sino simplemente de cosa. Y de otra parte se cambió la expresión traslaticio por la de traslativo.
- 5. De manera que, señores Magistrados, la favorabilidad que se demuestra en este escrito no es la referente a la parte preceptiva en el tipo sino a la parte sancionatoria, en la que sí hay diferencias cuantitativas importantes.
- 6. El artículo 412 del anterior Código Penal establece en su parte sancionatoria lo siguiente:

- "...incurrirá en prisión de seis meses a tres años y en multa de diez a mil pesos...".
- 7. A su vez, la parte sancionatoria del tipo de abuso de confianza en el nuevo Código Penal establece:
- "...incurrirá en prisión de uno a cinco años y multa de un mil a cien mil pesos...".

También plantea el libelista que:

"Una vez casada la sentencia, por falta de aplicación del principio de favorabilidad, de acuerdo con los planteamientos esbozados, solicitó de los Magistrados la concesión de la ejecución condicional de la condena, beneficio éste que le fue denegado en la sentencia atrás impugnada".

Todo lo anterior dados los antecedentes de su representado, la naturaleza y la modalidad de los hechos y la sanción imponible al caso concreto, de acuerdo a lo reglado en el artículo 80 de la Ley 95 de 1936 derogada.

Concepto del Ministerio Público

Luego de hacer un detenido examen del proceso y de los argumentos de la demanda del señor Procurador Tercero Delegado Penal considera que las pretensiones del recurrente carecen de fundamento y, en consecuencia, pide a la Corte sean rechazadas.

Petición que es formulada tras el análisis de la realidad procesal y de las alegaciones de la demanda. Al respecto expone:

- "Deben examinarse los diferentes aspectos que plantea la acusación antes reseñada; en primer término, se advierte que se presenta con base en la violación directa de la ley sustancial, lo cual supone aceptar los hechos como los plantea o estima probados el fallador, para con esta base demostrar la indebida aplicación alegada; sin embargo, el planteamiento referido, conduce a desconocer tal situación, pues los falladores dan por demostrado y establecido, que las conductas materia del proceso, ocurrieron bajo la vigencia del actual código, por lo cual aplicaron sus normas, sin que se hubiera desconocido con anterioridad tal supuesto; significa lo anterior que tal afirmación lleva a examinar el aspecto probatorio para determinar si efectivmente los hechos ocurrieron antes de la fecha en que operó la vigencia del actual estatuto; y así se llega a lo anteriormente anotado, de que deben analizarse las pruebas correspondientes, sin que por tanto el cargo pueda examinarse por este aspecto, pues implica oposición con el supuesto antes expresado.
- "Si bien lo anterior conduciría a desestimar la impugnación sin otras consideraciones, cabe anotar que aquélla hace referencia a aspecto sustancial, por tratarse de garantía constitucional y que daría lugar a la modificación de la sentencia, por lo cual cabe su examen.
- "Así, examinado el cargo no obstante lo antes expresado, cabe advertir que no resulta demostrado, revisado el proceso y las pruebas correspondientes que llevan a concluir que los hechos ocurrieron en general bajo la vigencia del actual estatuto; para hacer referencia directamente a las anota-

ciones de la demanda, cabe anotar que las 'glosas de auditoría' no se refieren concretamente a los casos de apropiación, sino en el manejo de determinadas cuentas o aspectos; lo relacionado con la finca 'El Horizonte' tampoco determina la fecha de las infracciones, aunque los actos posteriores del acusado tuvieron relación con esta adquisición y negocio, por cuanto aquélla en sí misma, no resulta ilícita; tampoco lo referente a la remisión de talonarios, por la misma razón, pues no fue el hecho ilícito éste, sino su retención y concretamente su posterior utilización con los actos que configuraban las infracciones objeto del proceso; en cuanto al cheque 1769 de diciembre 29 de 1980, se observa que es caso o situación aislada y además existen otros varios cheques expedidos con posterioridad al 29 de enero de 1981, como aparece en el mismo memorando citado; en cuanto a la negociación con Delfina Cifuentes, la inversión se efectuó en agosto de 1981 y no ingresó a las cuentas de la Corporación, siendo ésta la fecha de la infracción, sin que cambie esta realidad el hecho de haberse expedido anteriormente otro recibo a nombre de persona diferente '...y que fue cancelado en la fecha de su vencimiento...', sin que respecto al último se dedujera infracción, ni modifique por tanto la situación anotada".

De igual manera a continuación analiza las diferentes actuaciones del sentenciado, para luego rematar:

"No obstante lo anterior, admitido por duda que algunos casos de los mencionados ocurrieron bajo la vigencia del Código derogado, como en relación a las glosas de auditoría, un cheque y otros a que como se afirma los depósitos venían de fecha anterior y se renovaban, situación en la cual habría lugar a aplicar dicha norma pues efectivamente resulta más favorable (Art. 458 C. P. derogado), como aparece de la simple comparación de las sanciones y que esto determinara que aun las situaciones ilícitas posteriores en concurso se rigieron por dicha norma anterior, por el principio de favorabilidad, en amplia operancia, no habría lugar a señalar pena menor a la impuesta, graduada en el proceso, dado que se trató de concurso o repetición de numerosos actos, vista la cuantía total, las agravaciones que contemplaba la norma anterior y procedentes en la norma examinada (Art. 414 C. P.), que no permitían aplicar en ningún caso los mínimos, aparte de los perjuicios ocasionados por esta conducta, con grave efecto sobre el sistema bancario y financiero, consideraciones que en ningún caso pueden omitirse".

En cuanto a la condena condicional reclamada conforme a lo previsto en el artículo 80 del Código anterior, el Procurador Delegado sostiene que no es procedente,

"no sólo porque la pena no podría ser de dos años de prisión y excedería de tal término, sino porque el procesado no reuniría los requisitos no obstante carecer de antecedentes, y dados los factores ya indicados de la cuantía, número y modalidad de las infracciones, con grave efecto sobre la credibilidad de las instituciones financieras y finalmente sobre la economía nacional, sin que esto pudiera desprenderse que no se trataba de persona peligrosa, siendo inaceptables los razonamientos de la demanda en cuanto a que fueron solo prácticas dirigidas únicamente a eludir impuestos y autorizadas por las entidades respectivas, pues el procesado cometió dichos actos irregulares no a nombre o por insinuación o en beneficio de la entidad

a la cual prestaba sus servicios, sino en su lucro y beneficio directo y personal ideando el sistema explicado y valiéndose del error de otra oficina de la entidad, lo cual revela su personalidad y haría inadmisible el beneficio pretendido; sin que así, aun, en el supuesto indicado, haya lugar a modificar la sanción señalada".

SE CONSIDERA

Ante todo conviene recordar:

1º Es indiscutible que nuestra legislación reconoce el principio constitucional y legal de la favorabilidad de la ley penal. De igual manera es innegable, conforme lo sostiene el actor, que el actual Código Penal aumentó la sanción del delito de abuso de confianza (artículo 358) al imponer prisión de uno a cinco años y multa de un mil a cien mil pesos, cuando en la legislación anterior era de seis meses a tres años de prisión y multa de diez a mil pesos.

De donde, si efectivamente los hechos punibles se ejecutaron durante la vigencia del estatuto penal derogado y la sentencia de condena se fundamentó en las prescripciones del nuevo, es inobjetable la violación de la ley sustancial.

2º La irretroactividad de la ley en materia penal constituye la regla general, por consiguiente la retroactividad es la excepción. Principio consagrado en el inciso 2º del artículo 26 de nuestra Carta fundamental al expresar: "En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable". Igual cosa establece cl artículo 6º del Código Penal, y el Código de Procedimiento Penal en cl artículo del mismo número.

Principio de gran beneficio especialmente cuando la nueva ley hace más gravosa la sanción penal por los mismos hechos delictuosos previstos en la norma derogada. Evento que no tiene problema, a menos que haya duda en cuanto al tiempo en que ocurrió el hecho punible, pues, de lo contrario el primer inciso de la regla constitucional impone que nadie puede ser juzgado sino conforme a la ley preexistente al acto que se imputa.

Consecuencia lógica, entonces, es que la retroactividad, siendo como es una institución de carácter excepcional requiere para efectos de su viabilidad jurídica que los hechos que la originan se hallen inequívocamente demostrados. De otro modo la irretroactividad, que es la regla general, es de imperiosa observancia.

3º Hechas las anteriores consideraciones corresponde determinar si efectivamente —tal cual lo afirma el casacionista— el delito atribuido a Villate Rojas aconteció bajo el imperio del Código del año de 1936, o por lo menos en tránsito de legislación con la actual, y concluir si la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Pereira es violatoria de la ley sustancial conforme lo señala el primer cuerpo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Entonces, para dilucidar el problema, resulta fuente imprescindible la misma providencia impugnada y, desde luego, la del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira origen de aquélla y, claro está, la reseña procesal.

En efecto, en ninguna de estas decisiones, así sea remota, se hace alusión al Código Penal de 1936 y menos aún que se haya aplicado al caso aquí estudiado. Todo está circunscrito al actual estatuto penal. Es más, en el proceso no se advierte que los hechos denunciados e investigados realmente acontecieron antes del 29 de enero de 1981, fecha en que entró a regir el Decreto 100 de 1980.

Y si bien algunos actos sucedidos y ejecutados por el sancionado señor Villate Rojas aparecen cumplidos antes de esa fecha, como por ejemplo, su vinculación a la Aseguradora Grancolombiana de Pereira en el año de 1975, o a la compra por su parte de la finca "El Horizonte" en 1977, o también la remisión de los talonarios de recibos en 1980, nada tienen que ver con las conductas ilícitas atribuidas y probadas en su contra. Estas se relacionan con la captación de dineros de particulares que abusivamente fueron a robustecer su patrimonio y no el de la empresa para la cual laboraba, conforme se analiza detenidamente en la parte motiva de esta providencia.

En síntesis, se repite, ninguna evidencia existe que las conductas ilícitas comprobadas y atribuidas a Villate Rojas hubieran acontecido bajo la vigencia del Código derogado.

De otra parte al condenado no podía corresponderle la pena mínima, si se tiene en cuenta el aprovechamiento continuo, la cuantía y demás agravantes que contribuyen a aumentar la sanción.

No estando justificada la causal alegada habrá de aplicarse el mandato previsto en el artículo 582 del Código Procesal.

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, desecha el recurso de casación contra la sentencia ameritada en esta providencia.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.

GOBERNADOR

Funciones.

La declaración de inexequibilidad de los Acuerdos de los Concejos, es función exclusiva del Gobernador, por manera que las enmendaduras en los proyectos elaborados por el Secretario de Gobierno antes de ser firmados por aquél, carecen de efecto capaz de configurar el delito de falsedad.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Z.

Aprobado: Acta número 034.

Bogotá, D. E., 16 de abril de 1986.

Vistos

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a resolver sobre la procedencia de la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, en estas diligencias contra el ex Gobernador de la Guajira, doctor Jacobo Márquez Iguarán, de conformidad con lo aceptado por el agente del Ministerio Público.

RESULTANDOS

1. El ciudadano Carlos José Daza Daza, presentó denuncia criminal contra el en ese entonces Gobernador de la Guajira, doctor Jacobo Márquez Iguarán, la cual hace consistir en el hecho de que el Secretario de Gobierno Rodrigo Quintero Rincones, le envió los Acuerdos 020 y 021 del Concejo de Uribia, con una nota de revisión al respaldo que contenía la siguiente expresión: "Por no estar acorde con la Constitución y las leyes, se declara inexequible"; el Gobernador Márquez habría hecho borrar la palabra no y

la sílaba in, del término inexequible, cambiando el sentido original y después de ello habría firmado el escrito así enmendado.

- 2. Esta Corporación en providencia de 22 de abril de 1985, ordenó abrir investigación y comisionó un Juez de Instrucción para que la adelantase dentro del respectivo término y se practicaran numerosas diligencias. De todas ellas surgen como fundamentales tres piezas: la declaración del ex Secretario de Gobierno, doctor Rodrigo Quintero Rincones, la del Asesor Jurídico de la Gobernación, doctor Alvaro Enrique Rodríguez Bolaños y la certificación juramentada del mismo ex Gobernador.
- 3. El ex Secretario de Gobierno, doctor Quintero Rincones, afirma que de la oficina jurídica fueron enviados los Acuerdos 020 y 021 del Concejo de Uribia, con concepto favorable a su exequibilidad, pero que él al estudiarlos detenidamente no se encontró de acuerdo con tal opinión y así lo hizo saber à su superior jerárquico ex Gobernador del Departamento al terminarse el Consejo de Gobierno del 26 o 27 de octubre de 1984 y delante de testigos, fundándose en razones que enuncia en el texto de su declaración. Agrega que el ex Gobernador le ordenó que pusiese al respaldo de los acuerdos la leyenda de inexequibilidad, orden que él a su vez transmitió a su Secretaria.

Sin embargo, ya para el mes de noviembre, ésta le pasó fotocopia de los aludidos acuerdos recalcándole que se habían borrado tanto la palabra no, como la partícula in, lo cual le molestó, diciendo hacerle el reclamo al Gobernador de lo que él califica como grave irregularidad. Este le manifestó que le excusara, que no había sido él el que había ordenado borrar la palabra y la partícula, pero le puso de presente que era él a quien le correspondía la responsabilidad de la revisión de los acuerdos y que su error tal vez había consistido en haber olvidado el diálogo con la Secretaría.

El testigo afirma haber hecho énfasis a su superior en la circunstancia de que lo acaecido lo había hecho aparecer como si hubiera firmado el texto, diciendo que los acuerdos eran exequibles, lo cual no era cierto.

- 4. El asesor jurídico de la Gobernación, doctor Alvaro Enrique Rodríguez Bolaños, rindió declaración jurada a folio 59, en la cual sostiene que mediante Oficio número 159 de 19 de octubre de 1984, dirigido al Secretario de Gobierno, emitió concepto de exequibilidad de los citados acuerdos; tal concepto se encuentra agregado al proceso en fotocopias. No obstante ello el Secretario de Gobierno, colocó al reverso tales acuerdos, una nota de inexequibilidad "sin explicación alguna y quién sabe con qué oscuros propósitos". Que conoció por un Secretario encargado de la Gobernación, la existencia de dichas notas, procedió nuevamente a estudiar los acuerdos, se ratificó desde su inicial punto de vista, el cual comunicó al Gobernador. Este por intermedio del deponente obtuvo la comparecencia del doctor Quintero quien reconoció existir una equivocación; que fue él quien ordenó a las Secretarias que hiciesen las correcciones del caso, a la nota de revisión elaborada por la Secretaría de Gobierno, pero sin firma del Gobernador, quien después de ello procedió entre sus facultades a estampar su firma.
- 5. Por su parte el Gobernador en certificación juramentada (Fl. 140, Cuaderno 2), expresa que fue por intermedio del Jefe de la oficina jurídica,

doctor Rodríguez Bolaños, que supo que a pesar del concepto de éste favorable a la exequibilidad de las tantas veces mencionados acuerdos, supo que el doctor Quintero, había escrito al respaldo las notas sobre la inexequibilidad. Que oídas tales explicaciones, revisó personalmente los acuerdos y no encontró reparo alguno qué hacerles, ni formal ni sustancialmente, dando las razones en las cuales se fundamenta su opinión. Por tanto consideró inconculta la actuación del Secretario de Gobierno, quien al no compartir el concepto del asesor jurídico, ha debido consultar con su superior. Por ende hizo llamar al doctor Quintero, quien atribuyó el hecho a un posible error mecanográfico. Explica que del trámite mecánico posterior se encargó el asesor jurídico de la Gobernación, a quien entregó sin firmar la diligencia de revisión. Niega la conversación tenida con el doctor Quintero Rincones, a la cual hace referencia y pone de presente que ni el 26, ni el 27 de octubre de 1984, hubo Consejo de Gobierno, ya que para tales fechas se encontraba en comisión en la capital de la República.

6. Al revisarse el expediente, se decidió enviar a la Procuraduría General de la Nación, para que se emitiese concepto respecto a la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Después de haberse tramitado impedimento, el colaborador fiscal, como ya se dijo, conceptuó favorablemente a la aplicación de tal norma excepcional, por sostener que la firma del Gobernador, corresponde exactamente a su autónoma decisión aún en contra del que era Secretario de Gobierno, conforme a lo previsto en el artículo 194 del numeral 7 de la Constitución Nacional y que por tanto nos encontramos ante un caso de inexistencia de delito.

Considerandos

1. Indudablemente el punto de partida para este caso, es como ya se expresó, tanto por el agente del Ministerio Público, como por el Gobernador y el asesor jurídico de la Gobernación, lo tocante con el ámbito de las funciones de los gobernadores de los departamentos en relación con los acuerdos de los Concejos Municipales y a las funciones que a su vez le corresponda en ese aspecto a los llamados Secretarios de Gobernación.

Debe partirse de la base, de que el cargo de Gobernador de Departamento, es de creación constitucional y consagración legal. En efecto, el artículo 181 de la Constitución, determina que en cada uno de los departamentos, habrá un Gobernador que será al mismo tiempo agente del Gobierno y Jefe de la Administración Seccional.

El inciso 2 del mismo artículo, esboza las funciones que cumple como agente del Gobierno y el 194, determina sus atribuciones. En cambio la creación del cargo de Secretario de Gobernación no es constitucional, ni legal, sino función de las ordenanzas de los departamentos a iniciativa del Gobernador, según lo dispone la misma Constitución en su artículo 187, numeral 5.

Es cierto que algunas normas legales como el artículo 95 del Código de Régimen Político Municipal y la Ley 4ª de 1958, mencionan a tales Secretarios, pero ello no significa ni mucho menos que sea la ley, la fuente de creación y organización de tales entes burocráticos, cuya estructura varía según las diversas secciones.

Si se analiza detenidamente la Constitución Nacional, se encuentra que mientras la existencia de los Ministros en el ámbito nacional, está consagrada en la Constitución, Título XII, lo mismo que sus funciones, que algunas normas constitucionales exigen que determinados actos lleven la firma del Presidente y de todos los Ministros (V. gr. los artículos 121 y 122) que la Constitución habla del Gobierno (Inciso 3 del artículo 121, 3 del artículo 122, 142 y 182) para referirse únicamente a la administración nacional, y en cambio la misma Carta Magna, habla solo de Gobernador; y no puede ser de otra manera, porque como ya se vio dentro de nuestro régimen centralista, el Gobernador es el representante del Gobierno (esto es, el nacional según el artículo 181) y a la vez Jefe de la Administración Seccional.

Reconoce pues la Constitución como único Gobierno al Nacional y no se refiere en ningún momento al Gobierno Departamental, locución ésta que a pesar de lo consuetudinaria, no tiene origen constitucional, ni legal. La citada limitación de la expresión Gobierno al Ejecutivo Nacional, la recogen normas legales, como por ejemplo el artículo 126 del Código de Régimen Político Municipal.

Tal característica surge no solamente del mandato constitucional ya citado, sino de lo dispuesto en el artículo 124 ibídem. De todo ello se deduce pues, que es responsabilidad exclusiva de la persona del Gobernador, en su doble carácter de agente del Ejecutivo Nacional y Jefe de la Administración Seccional, ejercer las citadas funciones del numeral 8 del artículo 124 de la Constitución reiteradas además en el artículo 127 numeral 8 del Código de Régimen Político Municipal.

Las funciones de los Secretarios de Gobierno en este aspecto se equiparan con aquellas que cumplen sus homólogos en la órbita burocrática en lo tocante con autorizar con su firma las providencias de los superiores.

- 2. Dentro de este orden de ideas, resulta claro para la Sala, que la declaración de inexequibilidad de los acuerdos de los Concejos, es función exclusiva de la persona del Gobernador.
- 3. Con estos prenotandos queda fácil deducir que las enmendaduras hechas a lo proyectado por el Secretario de Gobierno, antes de ser firmadas las respectivas notas, carecen de efecto capaz de configurar el delito de falsedad, por sustracción de materia.

El escrito firmado sólo por el Secretario, no es todavía documento, ya que lo que imprime tal carácter, es la firma de la persona a quien la ley o reglamento le adjudica la titularidad de la función creativa. "Un proyecto de providencia pasa a ser un acto, una vez que ha sido firmado por el funcionario y su Secretario e incorporado al respectivo proceso" (Sala de Casación Penal, providencia de abril 7/83, Ponente doctor Aldana Rozo).

En este caso concreto, se configura ante la posibilidad de un proyecto en sentido estricto, esto es, ante una manifestación escrita de voluntad de relievancia jurídica originada en un autor reconocible con idoneidad probatoria.

El autor del documento debe ser el Gobernador del Departamento y la manifestación de voluntad con valor jurídico, es la de él y no la de su Secretario. El Gobernador antes de ser firmado por él, el proyecto podía hacerlo o no, si incurrió en delito. Caso distinto es el de la conducta del tercero, pero él no es tema de este estudio.

4. Aceptar que el hecho de que un Secretario firme un escrito, cuya creación no sea de su exclusiva competencia, lo convierta por ello en documento, peca contra la organización de las funciones y contra el orden lógico de las cosas.

Admitir tal supuesto, abre la posibilidad de que los Secretarios se anticipen a firmar las providencias para atar indisolublemente a los superiores, a su voluntad, bajo riesgo de sanciones penales.

5. Existe un razonamiento que surge de la declaración del Secretario de Gobierno, doctor Quintero Rincones que merece considerarse: sostiene él que al Gobernador le manifestó que lo acaecido lo había hecho aparecer como si hubiese firmado el texto, diciendo que los acuerdos eran exequibles, lo cual no era cierto.

La afirmación puede tener cierto valor en torno a la imagen política o personal del Secretario de la Gobernación, pero no constituye base de conducta típica alguna. Basta recordar lo ya expresado respecto a las funciones de los Secretarios, para darse cuenta que su opinión es jurídicamente irrelevante y que el desacuerdo por él pregonado carece de valor ante el derecho. Los Secretarios, ni en los Juzgados, ni en las Gobernaciones, al estampar su firma están manifestando su acuerdo integral, ya que a la postre la manifestación de voluntad, radica en el titular del despacho.

Aparece así demostrado que el hecho no es constitutivo de delito alguno y por tanto la acción penal debe cesar.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

RESULLVE:

Por inexistencia de delito, ordenar la cesación de todo procedimiento contra el doctor Jacobo Márquez Iguarán, ex Gobernador de la Guajira, en razón de los hechos relacionados en esta providencia.

Ejecutoriada la decisión archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.

IMPEDIMENTO

Cuando el juzgador tiene la calidad de sindicado, enfrentado a la actividad del abogado acusador, el debate no es exclusivamente profesional, porque la discusión probatoria y jurídica toma algunos elementos de compromiso personal y existe, así, una circunstancia posiblemente perturbadora del ánimo del juzgador, que conforma una causal de impedimento.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas.

Aprobado: Acta número 034.

Bogotá, D. E., 16 de abril de 1986.

Vistos

Resolverá la Sala lo que fuere pertinente sobre la no aceptación de la manifestación de impedimento realizada por el Magistrado Plinio Moreno Rodríguez dentro de este asunto.

ACTUACIÓN PROCESAL

El abogado Fabio Espitia Garzón formuló denuncia en contra del señor Juez 21 Superior de Bogotá, por los presuntos delitos de prevaricato y falsedad, según hechos ocurridos en esta ciudad en el mes de agosto de mil novecientos ochenta y cinco. Tal acusación correspondió en reparto al doctor José Plinio Moreno Rodríguez como Magistrado sustanciador, quien desde un comienzo consideró la posibilidad de que existiera una causal de impedimento para conocer de la actuación, razón por la cual solicitó al Juzgado 21 Superior copias de la actuación allí surtida.

Aportadas las copias, advirtió el Magistrado que el abogado denunciante comparte su calidad de parte civil con Antonio José Cancino Moreno, profesional éste que a su vez formuló denuncia en contra de José Plinio Moreno Rodríguez y otros, ante la Corte Suprema de Justicia, con base

en la cual se inició la correspondiente investigación penal y se reconoció a Cancino Moreno como parte civil.

Frente a estos hechos, el Magistrado Moreno Rodríguez consideró que se halla cobijado por la causal de impedimento contemplada en el numeral cuarto del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, por ser contraparte del denunciante, y así lo manifestó a la Sala Dual en pronunciamiento de fecha veinticuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco.

Con posterioridad a esta manifestación, el doctor Antonio José Cancino Moreno presentó demanda de parte civil, sobre la cual no se ha tomado decisión alguna.

La Sala Dual de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, en auto de cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y seis declaró infundado el impedimento alegado por el Magistrado Moreno Rodríguez, al considerar que los hechos alegados no constituyen la causal invocada "ya que ésta se reserva para aquellos eventos en los que el Magistrado o Juez, antes de serlo, hubiesen ejercido la abogacía en un caso determinado que luego le corresponda conocer en la judicatura". Apoyó la Sala su decisión también en jurisprudencia pasada de esta Corporación, según la cual "la causal cuarta no rige sino cuando el Juez o Magistrado han asistido a una persona dentro del proceso actual, sometido a su conocimiento. Toda vinculación profesional en otro, terminado o pendiente, es inútil alegarla como impedimento".

Consideraciones de la Corte

En oportunidad anterior, con ponencia del doctor Luis Enrique Aldana Rozo, la Corte analizó la causal cuarta del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, y al respecto dijo:

"Con esta causal de inhibición se trata de preservar la absoluta imparcialidad y la total neutralidad del funcionario en las decisiones que va a adoptar, las cuales podrían llegar a verse comprometidas por el interés de indole intelectual de sacar avante, como Juez, la concepción jurídica que del caso se tuvo como litigante" (Auto de 7 de febrero de 1984).

Evidentemente, se puede concluir que aun para los eventos establecidos en el ordinal 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, la razón del impedimento o la recusación es solamente la correcta administración de justicia y el libre criterio del Juez o Magistrado frente a los hechos sometidos a su conocimiento. Ello conduce a un examen detenido de la norma aludida, no solamente desde la perspectiva del litigio trabado con anterioridad entre dos personas, sino, y más importante, con relación a los litigios actuales que se debaten entre los procesalmente vinculados.

El numeral 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, a la par que regula el impedimento en razón a un criterio expresado con anterioridad, norma la inhibición para situaciones en las cuales el Juez o Magistrado y abogado litigante han sido contrapartes.

Como ya varias veces lo ha aceptado esta Corporación, el hecho de haber intervenido en un proceso defendiendo intereses de terceros no es causa suficiente para que el funcionario, ahora juzgador, se declare impedido cuando hallare a quien defendía los intereses contrarios en ese anterior pleito, litigando ante su propio despacho; es por ello no solamente clara y acertada la jurisprudencia de siete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro ya citada.

No es idéntica la situación cuando el pleito trabado entre litigante y funcionario es actual, y menos aún si el juzgador tiene la calidad de sindicado, enfrentado a la actividad del abogado acusador. En efecto, el representante de la parte civil tiene dentro de sus funciones obtener la indemnización de perjuicios causados con la infracción y, por lo tanto, su deber es el de desarrollar actividades que terminen con la condena del procesado, la cual no es netamente civil sino que en ocasiones —las más de ellas— será así mismo una condena de carácter penal, base de la indemnización de perjuicios.

El sindicado, por su parte, no solamente se constituye como parte dentro del proceso, sino que es además sujeto pasivo de la actividad del representante de la parte civil no por recibir él directamente la actividad de éste, sino porque ha de procurar desvirtuar o contrarrestar las actividades de la parte civil; es, en consecuencia, contraparte de ésta.

Ahora bien, cuando la situación procesal enfrenta al litigante y al funcionario, como en el caso presente, el debate realizado por sus actividades no es exclusivamente profesional, de ideas o de tesis, con enfrentamiento de intereses ajenos. En estos eventos, la discusión probatoria y jurídica toma algunos elementos de compromiso personal, se nutre de las relaciones y sentimientos de los enfrentados, no sólo por la pasión con que se pueda controvertir la tesis del oponente, sino porque existen de por medio necesidades de triunfo no solamente jurídico. Surge de ello un doble riesgo; el primero para el funcionario, quien podrá ver entorpecida su actividad de juzgador por las acciones de su contraparte, o vinculado a nuevas investigaciones penales, o de algún modo molestado en el libre ejercicio de su función; el segundo surge para el apoderado, quien se ve expuesto a recibir decisiones contradictorias, negaciones soslayadas de derechos, juicios equivocados o deliberadamente mal producidos con el fin de causar un daño a su contraparte. En cualquiera de estas dos circunstancias, se estaría contrariando el espíritu mismo de las leyes que procuran la verificación de un juicio no solamente justo y rápido, sino también desprovisto de atentados contra las garantías establecidas en la ley procesal.

De aceptarse esta situación, se violaría además el derecho consagrado en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada como ley de la República, cuando establece:

"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

De esta misma norma, surgen las causales de impedimento y recusación, justamente para garantizar el juicio imparcial en todos los casos sometidos al conocimiento de la autoridad jurisdiccional y las condiciones de plena

igualdad para las partes intervinientes en un juicio. Por ello mismo la ley ha establecido que la manifestación de impedimento debe hacerse tan pronto se advierta por parte del funcionario, toda vez que a partir de tal momento el ánimo sereno, imparcial y no comprometido de su juicio tiene posibilidades de verse contaminado por cuestiones ajenas a las meramente jurídicas. Obsérvese que no debe esperarse siquiera a que se presenten las violaciones de derechos por el funcionario, o la realización de conductas que delaten su ánimo perturbado, sino que la sola posibilidad de la ruptura del equilibrio debido amerita la declaración de impedimento o la formulación de la recusación.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, existe la circunstancia posiblemente perturbadora del ánimo del juzgador, y éste así lo ha manifestado; la causal alegada se encuentra contemplada dentro de las consagradas en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, y los hechos constitutivos de ella se hallan debidamente acreditados en el proceso. En consecuencia, el impedimento ha debido aceptarse por parte de la Sala Dual del Tribunal.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de

Justicia —Sala de Casación Penal—,

RESULLYE:

ACEPTAR el impedimento manifestado por el Magistrado José Plinio Moreno Rodríguez para continuar conociendo de este asunto; por consiguiente, devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Bogotá para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

IMPEDIMENTO

Dependencia funcional.

La simple dependencia funcional que se haya conservado en alguna oportunidad entre el juzgador y el acusado no puede constituir causal suficiente de impedimento, porque el numeral correspondiente exige la existencia de sentimientos de amistad íntima o enemistad grave entre las mismas partes.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas.

Aprobado: Acta número 034.

Bogotá, D. E., 16 de abril de 1986.

Vistos

Resolverá la Corte lo que fuere pertinente en torno a la no aceptación de impedimento que hiciera la Sala Dual de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, con relación al pronunciamiento del Magistrado Edgar Escobar López.

ACTUACIÓN PROCESAL

La Procuraduría Segunda Regional de Medellín, luego de agotada una investigación disciplinaria en contra del señor Humberto Vergara Cardona, ex Juez Promiscuo Municipal de Tarazá, compulsó las copias pertinentes con el fin de que el Tribunal Superior de Medellín iniciara, si fuere del caso, investigación penal contra el mismo ex funcionario por el delito de peculado.

Realizado el reparto correspondiente, fue sorteado el Magistrado Edgar Escobar López como ponente, quien en pronunciamiento de fecha veintiséis de febrero de mil novecientos ochenta y seis se declaró impedido para conocer del asunto "ya que el señor ex Juez acusado, el doctor Humberto Vergara Cardona, fue mi empleado subalterno cuando estuve el (sic) frente del Juzgado Noveno Superior de la ciudad (artículo 78-5 del Código de Procedimiento Penal)".

La Sala Dual de Decisión Penal, en auto de primero de marzo del corriente año, declaró infundado el impedimento por considerar que la causal alegada no constituye motivo real para él, toda vez que el numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal exige la existencia de sentimientos de amistad íntima y no la simple dependencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal establece como causales de impedimento la enemistad grave y la amistad íntima entre alguna de las partes y el Juez o Magistrado a quien haya correspondido el conocimiento del asunto; ninguna de ellas alegó en forma clara y expresa el Magistrado Escobar López como presente en sus sentimientos, sino que se limitó a expresar que el acusado había sido su subalterno, hecho éste que bien ha podido dar origen a cualquiera de las dos situaciones contempladas en el numeral citado. Empero, la Sala Dual acogió como criterio de impedimento el de la amistad íntima.

Es verdad que la institución del impedimento surgió con el objeto de preservar la recta y cumplida justicia, garantizando un juzgamiento en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos; pero en nuestro ordenamiento procesal las causales de tal impedimento no son amplias y reguladoras de extensas situaciones carentes de trascendencia para el juzgamiento, sino que regulan específicas condiciones dentro de las cuales puede verse comprometido el sano criterio del juzgador.

La simple dependencia funcional que se haya conservado en alguna oportunidad entre el Magistrado y el acusado a quien corresponde investigar la conducta acusada, no pueden constituir causal suficiente de impedimento, porque el numeral correspondiente exige la existencia de sentimientos de amistad íntima o enemistad grave entre las mismas partes; por lo demás, si bien es cierto que la dependencia funcional puede hacer nacer sentimientos de amistad, ésta no necesariamente es de la característica exigida por la norma invocada por el Magistrado que se declara impedido, como tampoco lo es necesariamente grave el sentimiento de enemistad que haua surgido entre los comprometidos en el proceso como consecuencia de su anterior vinculación. Además, el Magistrado Escobar López en su pronunciamiento expresó tácitamente que no existen sentimientos de amistad íntima o de enemistad grave que lo unan al ex Juez denunciado, toda vez que la fundamentación de su impedimento fue la de procurar que las posteriores decisiones no se vieran eventualmente opacadas ante los ojos de terceras personas.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA INFUNDADO el impedimento ale-

gado por el Magistrado Edgar Escobar López, y ordena la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

CESACION DE PROCEDIMIENTO

Indulto.

El trámite de la petición para que cese el procedimiento, en relación con los delitos de sedición, rebelión o asonada, requiere el traslado al Agente del Ministerio Público.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz.

Aprobado: Acta número 037.

Bogotá, D. E., 22 de abril de 1986.

Vistos

El Tribunal Superior de Pereira mediante auto de 19 de julio de 1985 negó la cesación de procedimiento en aplicación de la Ley 49 de ese mismo año, solicitada por el apoderado de Oscar Echeverry Mazo dentro del proceso adelantado contra éste y otros acusados por homicidio y terrorismo, en trámite en ese momento en el Juzgado Décimo de Instrucción de ese Distrito, de donde se remitió al Tribunal para resolver lo pertinente.

Posteriormente, el mismo Tribunal por auto de 27 de agosto de 1985, negó la cesación de procedimiento pedida con igual fundamento por los apoderados de los sindicados Jairo de Jesús Obando Ossa, María Inés Bedoya Rodríguez y Augusto Echeverri Mazo, en el mismo proceso.

Las anteriores providencias fueron recurridas en apelación, recursos que se concedieron por autos diferentes, por estimar que reunían los requisitos necesarios.

Remitidas las actuaciones respectivas a esta Corporación, cumplido el trámite de segunda instancia, se encontraban para decisión, cuando se destruyeron en el incendio del Palacio de Justicia. Enviadas copias por el Tribunal Superior de Pereira para la reconstrucción, procede dictar una sola providencia para la resolución de los dos recursos, por economía procesal, ya que se hallan pendientes y hacen referencia a los mismos hechos y proceso.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día 1º de mayo de 1985, en jurisdicción de los Municipios de Pereira y Dos Quebradas (Risaralda), fueron incendiados varios buses de transporte público sin subsidio, ocasionándose además de los daños en los automotores, la muerte de seis personas y heridas a otras varias. Adelantada la investigación respectiva fueron vinculados como autores de dichos atentados los procesados referidos.

En trámite la correspondiente investigación y dispuesta su detención, se solicitó por sus apoderados la cesación de procedimiento con fundamento en la Ley 49 de 1985, resuelta negativamente por el Tribunal citado en las providencias ya indicadas, por considerar que las acusaciones se concretaban hasta ese momento a homicidio y terrorismo, sin que apareciera su conexión con los delitos de sedición, rebelión o asonada y sin que procediera por tanto la cesación de procedimiento impetrada.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita se invalide la actuación, por cuanto al omitir el Tribunal dar traslado al Ministerio Público de las solicitudes mencionadas —como era obligatorio dado que se trataba de cesación de procedimiento de conformidad con el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal— no podía prescindirse de este paso expresamente previsto, lo cual produce la nulidad de la actuación para que se surta debidamente.

SE CONSIDERA

Por el artículo 3º de la Ley 49 de 1985 se dispuso la "...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 primero de la presente ley con las excepciones allí previstas y respecto de los cuales no existiere aún sentencia condenatoria ejecutoriada".

La ley referida no contempla procedimiento especial para el trámite correspondiente, lo cual significa que debe seguirse el previsto en las normas ordinarias, el cual no es otro que el señalado en el artículo 163 del estatuto procesal penal.

"Previo concepto del Ministerio Público" reza la norma indicada. Significa lo anterior que el Juez no puede proferir su decisión sin antes oír la opinión del colaborador. Requisito que resulta imprescindible por cuanto el legislador ha querido que no se resuelva sobre casación de la acción penal sin escuchar la opinión del representante de la sociedad y sin que el ... exista base o fundamento alguno para considerar que se dispuso tramitación diferente.

La pretermisión de este requisito implica desconocimiento de las formas propias del juicio en cuanto no permite la oportuna intervención de una de

las partes y desde luego, como lo anota la vista fiscal "...una vulneración de las garantías a que tiene derecho el imputado, toda vez que siendo el agente del Ministerio Público representante de la sociedad, su función no se halla circunscrita exclusivamente a abogar por la condena de los acusados, pues bien podría, en este caso concreto, opinar favorablemente a la aplicación del beneficio creado por la Ley 49 de 1985...".

En reciente providencia la Sala al tratar el tema dijo: "En este tópico es preciso resaltar, nuevamente, que la ley ya invocada (se refiere a la 49 de 1985) no establece salvedades y menos en cuanto a la intervención del Ministerio Público pues, como ya dijo, la institución que se examina es la misma del artículo 163 mencionado arriba".

En resumen, no podía decidirse sobre cesación de procedimiento sin cumplir previamente la tramitación prevista por la ley, por todo se debe invalidar el trámite para que se surta regularmente.

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte, oído el concepto del Procurador Delegado y de acuerdo con éste,

RESUELVE:

Declarar la NULIDAD de lo actuado en este proceso en relación con las solicitudes de indulto de los procesados a partir de los autos de 19 de julio y 27 de agosto proferidos por el Tribunal Superior de Pereira, para que se resuelvan tales peticiones previo traslado al Ministerio Público.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.

TITULO VALOR

Efectos legales.

Para que el título valor —el cheque es uno de ellos— produzca efectos legales, se requiere que salga de la posesión del suscriptor y entre en circulación, mediante la entrega que hace y sin intención de hacerlo negociable.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado: Acta número 37.

Bogotá, D. E., 22 de abril de 1986.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Fernando Torres Estrada contra la sentencia de veintinueve de marzo del pasado año, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, reformando la dictada por el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad, lo condenó a la pena principal de treinta y ocho (38) meses de prisión y multa de doscientos cincuenta pesos a favor del Tesoro Nacional y a las sanciones accesorias correspondientes, como responsable de los delitos de falsedad y peculado, revocándole el beneficio de la condena de ejecución condicional con que había sido favorecido.

HECHOS

El Gerente del Instituto de Desarrollo de Boyacá "Ideboy", autorizado por la Junta Directiva contrató los servicios profesionales del doctor Fernando Hinestrosa Forero, para que rindiera concepto jurídico respecto a una negociación del Instituto con la Corporación Financiera de ese depar-

tamento, reconociéndole como honorarios por su gestión la suma de cincuenta mil pesos.

Requerido con urgencia dicho concepto, el Tesorero de Ideboy por insinuación del Gerente entregó a Fernando Torres Estrada quien se desempeñaba como Asistente de la Gerencia y era conocido del doctor Hinestrosa, por haber sido su discípulo, el cheque número 085100 de nueve de septiembre de 1981 por valor de \$49.790.00 girado a favor del mencionado profesional contra el Banco del Comercio - Sucursal Centro Comercial de la ciudad de Tunja y el correspondiente comprobante de pago a fin de que lo entregara a su beneficiario recibiendo el correspondiente concepto.

Torres Estrada no entregó el cheque a su destinatario, lo firmó por él y lo cobró, apropiándose de su valor. Del mismo modo firmó el comprobante de pago en el renglón que dice "Recibí".

ACTUACIÓN PROCESAL

Denunciado el hecho por el Investigador Fiscal de la Contraloría Departamental encargado de adelantar las averiguaciones del caso, el Juzgado Quince de Instrucción Criminal de Tunja inició la investigación practicando las pruebas que estimó pertinentes, con los siguientes resultados:

El Gerente del Instituto de Desarrollo de Boyacá "Ideboy", mediante Resolución número 188 de 4 de septiembre de 1981 ordenó el pago a favor del doctor Fernando Hinestrosa Forero de la suma de \$49.900.00 por concepto de honorarios profesionales correspondientes al "estudio y concepto rendido sobre la negociación de la venta de las acciones y activos que el Instituto posee en la 'Corporación Financiera de Boyacá' con cargo al artículo 1º numeral 010 del Presupuesto del Instituto para la presente vigencia" (Fls. 16, 44, 55 y 63 del Cuad. principal).

En la parte motiva de dicha resolución, aparece consignado que la contratación de servicios profesionales la hizo el Instituto, de acuerdo al numeral 4º del artículo 72 del Código Fiscal de Boyacá para la que no se exige celebración de contrato (Fl. 62 ibídem).

A folio 58 del expediente, obra el cheque original número 085100 por valor de \$49.790.00, título que fue cobrado por ventanilla en la sucursal del Banco del Comercio de Tunja, el 16 de septiembre de 1981 (Fls. 57 y 58 ibídem).

Llamado a declarar el doctor Hinestrosa Forero manifestó haber tenido trato con Fernando Torres Estrada, en su carácter de funcionario del Instituto de Desarrollo de Boyacá, entidad a la que le prestó sus servicios profesionales en varias oportunidades, expresando que el concepto relativo a la negociación del Instituto con la Corporación Financiera, fue entregado en el mes de enero de 1982 habiendo recibido la cancelación de honorarios por dicho concepto en los últimos días del mes de febrero del mismo año.

Desconoció la autenticidad de las firmas que aparecen estampadas en el "Recibí" del comprobante de pago y el dorso del cheque explicando que se trata de burdas imitaciones de la suya, negando haber autorizado a

alguien para firmar a su nombre o cobrar el título que tuvo a la vista (Fls. 66 a 68 ibídem).

Cotejadas, por el perito grafólogo del Instituto de Medicina Legal, las firmas que aparecen en el comprobante de pago y el cheque original con las muestras manuscritas tomadas al doctor Hinestrosa Forero, se estableció, "con todo fundamento la aprocrifidad de las primeramente mencionadas por el sistema de imitación mediocremente logradas..." (Fl. 83 ibídem).

El Tesorero de Ideboy, Gilberto Oliverio Saavedra, declara que procedió a elaborar el cheque y legalizar la respectiva cuenta por orden del Gerente Tirso Talero, siendo entregado con el comprobante de pago a Fernando Torres Estrada con el encargo de hacerlo llegar a su beneficiario recibiendo a cambio, el concepto rendido por el doctor Hinestrosa, enterándose después que el cheque había sido cobrado en Tunja por Torres Estrada quien estampó su firma después de la que parecía corresponder al beneficiario. Le pidió explicaciones por dicho proceder contestándole que había recibido autorización del abogado para cobrarlo a su nombre.

Agrega el deponente, que posteriormente un hermano del sindicado dejó en su escritorio un cheque de gerencia de fecha 18 de enero de 1982, del Banco del Estado por cincuenta mil pesos, a favor del doctor Fernando Hinestrosa Forero (Fls. 39 a 42 ibídem).

José Tirso Talero Camargo, Gerente de "Ideboy", rinde testimonio en términos similares al anterior, advirtiendo haber delegado en el Asistente de Gerencia Fernando Torres Estrada los trámites relacionados con la contratación del abogado encomendándole la misión de hacerle llegar el cheque correspondiente a honorarios profesionales, título que según el Tesorero Saavedra fue cobrado por aquél, hecho del que se informó a la Contraloría Departamental a fin de que adelantara la investigación.

Respecto al encargo o delegación al Asistente, es conveniente destacar lo que dice el declarante a través de sus intervenciones en el proceso.

En exposición rendida ante el Visitador de la Contraloría, refiriéndose también a la falsificación de la firma del doctor Miguel Enciso Pava y consiguiente apropiación ilícita del valor de un cheque girado a su favor por el mismo concepto; hecho por el que se adelanta a Torres Estrada investigación por separado, afirmó:

"... los anteriores casos le fueron encomendados para su tramitación al doctor Torres Estrada en su calidad de Abogado y Asistente de la Gerencia debe tramitar en el Instituto; realmente fue una gran sorpresa para el Gerente los anteriores hechos teniendo en cuenta la confianza que deposita el Gerente en su más inmediato colaborador, pues se trata del segundo cargo por orden de Gerarquía (sic) en el Instituto..." (Fl. 8 del expediente).

Y en declaración rendida ante el funcionario instructor, concretándose al caso aquí investigado, manifestó:

"... una vez contratado el concepto con el doctor Hinestrosa Forero se autorizó por parte de la Gerencia a mi Asistente de Gerencia doctor Fernando Torres Estrada para adelantar los trámites correspondientes con el doctor Hinestroza (sic) como lo es, suministro de datos e información necesarios para rendir dicho concepto; al mismo tiempo se le encomendó al doctor Torres Estrada hacer llegar el cheque por la suma de \$49.790.00 al doctor Hinestroza (sic) como valor de honorarios del concepto contratado'' agregando que lo autorizó verbalmente para todas las gestiones dada la categoría del cargo desempeñado por el procesado y su condición de abogado (Fls. 47 y 48 ibídem).

Myriam Rodríguez de Vargas, Asesora del Instituto confirma también el hecho de la entrega del cheque y el comprobante de pago al sindicado con destino al doctor Hinestrosa (Fl. 45 ibídem).

A Torres Estrada le fue aceptada la renuncia el 30 de noviembre de 1981 (Fl. 53) ausentándose del lugar e ignorándose su paradero, motivo por el que fue emplazado y juzgado en contumacia.

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Tercero Superior de Tunja por auto de diecinueve de abril de 1983, calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio del procesado por el delito de falsedad en documento privado de que trata el artículo 221 del Código Penal, pronunciamiento apelado por la defensa y reformado por el Tribunal Superior mediante el suyo de diez de agosto de 1984 en el sentido de convocarlo a juicio por falsedad material de empleado oficial en documento público en concurso con peculado por apropiación (artículos 218 y 133 del Código Penal) - (Fls. 97 a 102 y 125 a 142 del mismo cuaderno).

Argumentó el Tribunal Superior que el cheque materia de las presentes diligencias no puede tenerse como documento privado sino público por tratarse de título valor emitido por empleado oficial en ejercicio de sus funciones, con las formalidades legales y estar destinado a la cancelación de una deuda oficial. "Establecido lo anterior, agrega, se tiene que se ha cometido una falsedad de empleado oficial en documento público y por este delito habrá de responder en juicio Fernando Torres Estrada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 218 del Código Penal".

En cuanto al peculado por apropiación expresó:

"Aquí la falsedad no subsume el peculado, según se desprende del siguiente razonamiento: El delito de falsedad en documento público, se perfecciona con la alteración de la verdad, cuando con esa alteración se causa o se puede causar potencialmente un daño independientemente del que se obtenga tal resultado. Pero si efectivamente se causó un daño en tal forma que por sí solo configure otra infracción penal, se da el concurso de delitos. En este evento se falsificó un documento para defraudar un ente oficial y efectivamente, se causó tal defraudación al apropiarse de una suma de dinero. Entonces falsificación y apropiación constituyen elementos propios presentándose el concurso". (Fl. 139 ibídem).

Rituado el juicio y celebrada la audiencia pública sin la presencia del acusado, el Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia condenando a Torres Estrada a la pena principal de un año, tres meses de prisión y multa de un mil pesos otorgándole el beneficio de la condena de ejecución condicional; fallo consultado con el Tribunal Superior de Tunja y reformado por éste, mediante el que es objeto del recurso de casación.

La DEMANDA

Bajo el ámbito de la causal cuarta de casación se acusa la sentencia por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad de orden legal (artículo 210 - 5 del C. de P. P.) por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción y se solicita a la Corte casar el fallo impugnado y en su lugar llamar a juicio al procesado por el delito de falsedad personal de que trata el artículo 227 del Código Penal, en concurso con el de abuso de confianza descrito en el artículo 358 de la misma codificación.

Arguye el impugnador que el raciocinio hecho por el ad quem para calificar como falsedad material de empleado oficial en documento público la conducta realizada por su patrocinado es a todas luces equivocado "pues el cheque número 085100, recibido por Torres Estrada para cancelar los honorarios profesionales del doctor Fernando Hinestrosa Forero, girado por Ideboy, no sufrió alteración o falsificación alguna ni en su texto ni en su cuantía, ni en relación con el nombre del beneficiario, ni de los sellos que debía llevar, y mucho menos de las firmas necesarias en él por parte de la entidad suscriptora".

"Fue y es el endoso del cheque lo que se debe considerar falseado, pero allí de lo que se trata es de una forma distinta de falsedad, pues se actualiza la llamada personal, esto es, una suplantación conforme al C. P. (Art. 227), y entonces lo que realmente cometió Torres Estrada fue suplantar a la persona del doctor Hinestrosa Forero".

Critica luego la calidad de documento público asignada por el Tribunal Superior al cheque cuestionado frente a las nuevas orientaciones del Estatuto Punitivo vigente que prescindió de asimilarlo a documento público para efectos punitivos, concluyendo que "el cheque es documento privado, así la entidad suscriptora sea un Instituto de orden departamental, entonces no se trata de un documento público y menos, en el caso sub judice, sirvió de prueba para algo. Por eso se considera mal calificada la falsedad, cuando además como se dijo, no se falseó parte alguna del cheque de los honorarios del doctor Hinestrosa Forero, sino que se suplantó al mencionado profesor (Art. 227 del C. P.)".

En cuanto a la errónea adecuación típica del peculado por apropiación, razona de la siguiente manera:

"El cheque una vez salido de la entidad o persona suscriptora, entra al torrente de los negocios normales de todo ciudadano (Art. 625 del C. de Co.). El Ideboy al girarlo con todas las firmas necesarias, para remunerar al profesor contratado, estaba permitiendo la entrada del cheque al mundo de los negocios, se desprendió del mismo y por tanto el derecho literal contenido en él era ya patrimonio del doctor Hinestrosa Forero, no del Ideboy, por tanto, no se puede hablar de peculado (Art. 133 del C. P.), en cambio se dejó de aplicar, en nuestro concepto, la disposición que tipifica la apropiación en provecho personal o de un tercero de cosa mueble ajena, que se ha confiado o entregado a título no traslaticio de dominio (Art. 358 del C. P.). Jamás se disminuyó el patrimonio del Ideboy, pues la actividad de Torres Estrada atentó contra el del profesor Hinestrosa, pues era él el

beneficiario del cheque. El patrimonio oficial quedó intacto mientras se lesionaba el de un particular".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal opina que la acusación no está llamada a prosperar porque el demandante involucra, en forma antitécnica, argumentaciones propias de las causales cuarta y primera de casación creando un motivo de impugnación mixto, extraño a la autonomía y taxatividad de las mismas.

Sin embargo, examina los planteamientos del censor descartando la tipicidad del delito de falsedad material en documento público "ya que el cheque en su integridad, es decir, en sus elementos formales y esenciales, no sufrió alteración alguna. Fue su vida jurídica la que sufrió menoscabo al interrumpirse ilícitamente su normal transcurrir comercial, impidiéndole cumplir con su cometido, esto es, el ingreso al peculio del beneficiario original. Aquí se confundió el cheque en sí con el objeto para el que fue creado en principio".

Agrega a continuación:

"¿ Constituye esta apropiación un verdadero peculado? La respuesta es necesariamente positiva. En efecto, el procesado no sólo ostentaba la calidad de empleado público; también el cheque lo tenía bajo su custodia, y además, por expresa delegación del Gerente de Ideboy, tenía el encargo de entregarlo al jurista Hinestrosa".

Afirma que la acción del procesado estuvo siempre orientada a defraudar los intereses patrimoniales del Estado y prevalido de la influencia que ejercía en el Instituto, consiguió la entrega del cheque y previa una imitación de la firma del beneficiario, obtuvo su pago por el girado.

De acuerdo a este último planteamiento, solicita la información oficiosa de la sentencia recurrida por haberse calificado erróneamente como concurso de falsedad en documento público y peculado, lo que en realidad es un peculado por apropiación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El demandante, acogiéndose a la causal cuarta de casación, ataca el fallo impugnado, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción toda vez que a los hechos probados en el sumario se les dio una calificación jurídica que no es la que a ellos corresponde, pues de una parte se tuvo como falsedad material de empleado oficial en documento público (Art. 218 del C. P.) lo que es una falsedad personal por suplantación de la persona del doctor Fernando Hinestrosa Forero (Art. 227 ibídem) y de la otra, se hizo concurrir aquel ilícito con el de peculado por apropiación (Art. 133 ibídem) cuando dicha apropiación se adecua al tipo penal descrito como abuso de confianza por el artículo 358 del Código Penal. Es decir, que por este aspecto la censura

se endereza a demostrar que los hechos imputados son delictuosos pero se les dio una denominación distinta a la que a ellos corresponde, con lo que en principio se cumple con las exigencias de orden técnico que disciplinan este específico motivo de nulidad.

No asiste entonces razón al Ministerio Público cuando predica la improcedencia de la causal invocada por falta de técnico en el planteamiento y fundamentación de los cargos formulados a su amparo por cuanto la equivocación atribuida al juzgador en la calificación de los hechos debe alegarse preferencialmente bajo la órbita de la causal cuarta de casación como nulidad insubsanable por ser de mayor amplitud y efectos, especialmente cuando se trata de error sobre la denominación jurídica de la infracción.

A pesar de lo dicho, se advierte prima facie, que en la primera hipótesis planteada en la demanda, el error de tipo se refiere no al género del delito sino a una de las especies de falsedad en documentos de que se ocupa el capítulo tercero, título sexto, libro segundo del Código Penal (falsedad personal en lugar de falsedad en documento público), contrariándose de tal modo reiteradas enseñanzas de la Corte, conforme a las cuales este yerro se relaciona con el nomen juris del delito y tiene lugar cuando el juzgador califica los hechos con el nombre que corresponde a otro género delictuoso como cuando llama hurto a lo que es estafa, o mejor, cuando los hechos probados en el sumario no son calificados genéricamente conforme a la denominación acordada por el Código Penal en su respectivo capítulo o título, si éste no se divide en capítulos.

En sentencia de casación de octubre 5 de 1982, dijo esta Corporación sobre el particular:

"Todo error en la denominación jurídica de la infracción supone la existencia de un delito distinto al que determinó el auto de proceder y la sentencia cuestionada. De aquí que cuando se aduce esta clase de nulidad, es menester probar dos extremos: primero que el delito por el cual se llamó a juicio no se tipifica; y segundo, que es otro muy distinto el que de manera inequívoca se cometió según las pruebas recaudadas. Por tanto, la impugnación comprende estos aspectos: la aceptación de que el procesado no es inocente porque de todas maneras cometió delito; y, la necesidad de que la demostración del verdadero delito se haga en el terreno probatorio y jurídico. Esto es elemental, porque si se parte de la inocencia del acusado o de la inexistencia de la infracción —por atipicidad de la conducta, se agrega—el ataque de la sentencia tendría que hacerse por la causal primera de casación; y, porque si no se demuestra probatoria y jurídicamente el verdadero delito, el error de calificación no aparece de modo manifiesto en los autos".

No existe en consecuencia, nulidad por el motivo aducido cuando, como en el presente caso, uno de los hechos concurrentes en el comportamiento atribuido al procesado y por el que fue llamado a juicio y condenado se le dio la denominación que corresponde a la conducta genéricamente rotulada en el respectivo capítulo, como falsedad en documentos.

Por otra parte, es manifiesta, la equivocación en que incurrió el impugnante al confundir una falsedad por suplantación personal con aquello

que constituye una verdadera falsedad en documentos por alteración material del título valor.

En este punto es preciso resaltar el desatino en que incurre el Procurador Delegado al descartar la existencia del delito de falsedad por atipicidad de la conducta imputada, olvidando que dicho fenómeno no puede configurar esta clase de nulidad en la que se parte de la base, ya se dijo, de que el hecho sí es punible, pero se le dio una denominación distinta a la que le corresponde.

Los anteriores razonamientos impiden a la Sala ocuparse de examinar las argumentaciones del actor y la réplica del Ministerio Público respecto al error de calificación así planteado.

De tal manera resulta evidente que la demanda no acierta en el cargo de nulidad formulado al fallo del Tribunal Superior en este extremo de la conducta delictuosa, en concurso de tipos penales, y en tales condiciones no puede prosperar.

La tacha de nulidad por errónea denominación jurídica del delito concursante con el anterior, esto es, el de peculado por apropiación se hace consistir en que el cheque una vez emitido con el lleno de las formalidades legales por la entidad oficial del orden departamental, para remunerar al profesor contratado ingresó "al torrente de los negocios normales de todo ciudadano" incorporándose al patrimonio económico del beneficiario y por lo tanto, al apropiarse el sindicado de su valor habiéndole sido confiado o entregado a título no traslaticio de dominio, incurrió con dicho proceder en el delito de abuso de confianza y no en el de peculado, pues jamás se disminuyó el patrimonio de Ideboy, sino el de un particular.

En este punto de la censura, no controvierte el censor la calidad de sujeto calificado en el agente activo del ilícito ni su relación funcional con el bien del cual se apropió, pues no desconoce, como resulta probado, que Torres Estrada obró contraviniendo una orden administrativa impartida por su inmediato superior en consideración a su condición de abogado, la categoría del cargo desempeñado y las atribuciones inherentes al mismo.

Su inconformidad, sin ahondar en demostraciones, radica en haberse apropiado de cosa mueble ajena que le había sido entregada a título no traslaticio de dominio por cuanto el cheque una vez emitido salió de la esfera de control del ente oficial ingresando al patrimonio económico del beneficiario, enunciado que resulta francamente inaceptable, porque para que el título valor produzca efectos legales se requiere que salga de la posesión del suscriptor y entre en circulación. Sólo así se materializa y como tal la ley y la doctrina lo consideran como cosa mueble corporal.

La eficacia de la obligación en él contenida, está condicionada no a la simple creación del título, como parece sugerirlo el demandante, sino a la entrega del mismo con la intención de hacerlo negociable, pues tal es la interpretación que emerge del claro texto del artículo 625 del Código de Comercio que dice:

"Toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en cl título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación". (Subraya fuera del texto).

El llamado principio de la legitimación del título valor —el cheque es uno de ellos—, contenido en la definición que trae el artículo 619 del mismo Código, norma citada por el impugnador, es la habilitación para pedir el pago o transferir legítimamente el documento. Unicamente el poseedor o tenedor legítimo del título estún reconocidos como titulares del derecho en él incorporado para exigir el cumplimiento de la obligación debiendo en tal cvento, exhibirlo o presentarlo al librado como lo exige el artículo 624 ibídem: "El ejercicio del derecho consignado en un título valor requiere la exhibición del mismo".

En el presente caso, es incuestionable que el cheque no alcanzó a entrar en circulación por no haber sido entregado a su beneficiario y el dinero en él representado no llegó al doctor Hinestrosa Forero en la forma en que debió haberlo sido, sino después de concluida la averiguación adelantada por la Contraloría Departamental mediante el mecanismo del reintegro por parte de un hermano del funcionario sindicado.

Entonces, si el procesado Torres Estrada se apropió del valor incorporado en un título que no entregó a su legítimo dueño y de quien, como es obvio, no podía recibir la tenencia fiduciaria del mismo, los conceptos de ajenidad de la cosa y entrega de ella por el sujeto pasivo al activo a título no traslaticio de dominio, estructurantes del tipo penal de abuso de confianza, no se configuran, la argumentación se desploma y el cargo se hace insostenible.

Además, no ofrece razonamientos atendibles que posibiliten la existencia del delito contra el patrimonio económico de las personas y por el contrario, de los hechos probados y en gran parte no controvertidos en el libelo, se infiere que la conducta atribuida al acusado se subsume en el tipo penal de peculado por apropiación. No puede la Corte suplir las deficiencias y vacíos de que adolece el cargo formulado para interpretar el pensamiento del demandante ni deducir los alcances de la impugnación.

No prospera en consecuencia, el reparo hecho a la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —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 Fernando Torres Estrada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José H. Velásquez R. Secretario.

JUEZ

Funciones.

No es función de los jueces de la República aceptar o rechazar memoriales.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Z.

Aprobado: Acta número 037.

Bogotá, D. E., 28 de abril de 1986.

Vistos

Procede la Sala a resolver la apelación interpuesta, tanto por el defensor de la procesada, como por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Pereira, que emitió el proveído de mayo 22 de 1985, por medio del cual, llamó a responder en juicio criminal a la doctora Stella Mejía de Murillo, por el delito de detención arbitraria, decretó la detención preventiva y concedió la libertad provisional caucionada.

HECHOS

Según la denuncia, el 1º de febrero de 1985, el Secretario del Concejo Municipal de Chinchiná (Caldas) y miembro del Consultorio Jurídico de la Universidad de Caldas, Jorge Noel Osorio Cardona, recibió información de Melba Rosa Rengifo Marín, en el sentido de que su hermano, José Alirio Rengifo Marín, había sido capturado el 6 de enero de 1985, por orden del Juez Penal del Circuito, de Santa Rosa de Cabal, y trasladado a la cárcel del lugar, el 8 de enero del mismo año.

Como Osorio Cardona, en calidad de estudiante del último año, de la Facultad de Derecho de la "Universidad de Caldas" considerara la priva-

ción de la libertad de Rengifo Marín, era ilegal, elaboró petición de "habeas corpus", que llevó al Juzgado 2º Penal Municipal a cargo de la procesada Stella Mejía de Murillo. Esta inicialmente le habría expresado, que la petición debía dirigirse al Juez de Reparto y llevarlo al Juzgado Primero Penal Municipal de esa ciudad.

Así mismo se afirma en la denuncia, que la posteriormente Juez acusada, en asocio del Secretario, adujeron que el competente para conocer la misma, era el Tribunal Superior de Pereira, en razón a que el capturado, estaba por cuenta del Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal. A la postre el memorial no fue recibido, ni tramitado. Pone de presente el denunciante que el escrito no estaba signado por él, sino por el detenido José Alirio Rengifo; no llevaba el sello de la cárcel, porque el Director ordenó no se le pusiese.

Estima Osorio, que se violaron los derechos de un ciudadano, recalca haber leído a los funcionarios el Código de Procedimiento Penal y califica lo acaecido de ex abrupto jurídico.

Decreta como anexo a su denuncia, un memorial que obra en fotocopia, por haberse destruido el original en el incendio del Palacio de Justicia. En tal fotocopia no aparece sello alguno. (Fl. 9).

ACTUACIÓN PROCESAL

1. En inspección judicial realizada al Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, se dejó en claro, que allí se tramitaba una investigación, por delito de "hurto calificado", donde habían varios sindicados entre ellos, José Alirio Rengifo Marín, contra quien el Juez Séptimo de Instrucción Criminal, el 14 de septiembre de 1984, libró orden de captura; empero la orden de aprehensión, como la de emplazamiento, se refirieron a Alirio Rengifo *Pérez*, quien fue emplazado, declarado reo ausente y se le decretó detención preventiva, el 30 de octubre de 1984.

El instructor constató que el 7 de noviembre de 1984, se remitió el proceso, al Juez Penal del Circuito mencionado y el 8 de enero de 1985, el Departamento de Policía de Caldas, Distrito de Chinchiná, puso a disposición del Juez 7º de Instrucción Criminal, a Rengifo Marín, cuando el funcionario del conocimiento, se encontraba en período de vacaciones colectivas.

Sólo el 11 de enero de 1985, queda el capturado a disposición del Juez del Circuito, que equivocadamente, profiere auto de sustanciación, donde informa que "José Alirio Rengifo (sin distinguir si su segundo apellido es Marín o Pérez), ya tiene en su contra auto de detención ejecutoriado", para cuyo efecto se le notificó la providencia, el 11 de enero del año en cita, pero a Rengifo Marín, que fue posteriormente revocada oficiosamente, el 25 de enero de 1985, por la razón que el ofendido con el latrocinio, no reconoció en fila de personas al capturado como uno de los copartícipes del hecho (Fls. 9 y 10).

2. Melba Rosa Rengifo Marín, consanguínea del capturado, depone sobre las actividades, que realizó junto al denunciante, manifestando, ade-

más cómo el Director de la cárcel, le comunicó verbalmente, que el memorial de habeas corpus, era improcedente por encontrarse Rengifo Marín, detenido (Fls. 11 y 12).

El Secretario del Juzgado Javier Rodríguez Carvajal, en declaración y careo, acepta que un estudiante de Derecho que no se identificó, llevó un memorial que no venía dirigido a ningún Juzgado, porque tenía espacio en blanco y así se lo manifesté al después denunciante, que por un error de su parte, insinuó que el memorial debía dirigirse al Tribunal, pero la Juez requirió al estudiante para que dirigiera bien el escrito y así lo recibiría. No obstante el estudiante no retornó.

3. La Juez sostiene, que el memorial tenía por encabezamiento solamente la palabra "Señor" y por tanto expresó que debía dirigirse a un Juez concretamente a cuál, por existir dos en Santa Rosa.

Igualmente recalcó, que el escrito carecía del sello de la cárcel, requisito según ella necesario para "que tuviese conciencia de estar obrando a nombre del agraviado". Cita el artículo 418 del Código de Procedimiento Penal, equivocadamente, como se observará. Dice haber oído la opinión del Secretario ya relatada y haber ingresado a su despacho. Niega haber exigido que el memorial se llevase al Juzgado Penal del Circuito.

4. Antonio Rocha Plazas, Director de la Cárcel de Santa Rosa de Cabal, afirma que constituye una orden al Comandante de Guardia, que todo memorial dirigido a un Juez, debe llevar el sello de la Dirección y su firma, a lo cual no puede negarse, y si ello ha acontecido, es actividad que se ha desarrollado subrepticiamente.

Desmiente a Melba Rosa Rengifo Marín —hermana del capturado en su aseveración, que el domingo 13 de enero de 1985, se hubiere negado a asentarle el sello a la solicitud de habeas corpus, porque ese día la "asesoría jurídica" permanece cerrada (Fls. 33 y 34).

- 5. El Juez 7º de Instrucción Criminal, Sotero Vanegas Guzmán, corrobora a la sindicada, haberle informado en cuanto le inquirió sobre la situación jurídica del capturado; aclara que la persona capturada y detenida, fue Alirio Rengifo Pérez (no Marín), porque es posible que se hubiese cambiado el nombre ante los policiales. Agrega cómo desde el 8 de enero de 1985, la Policía lo puso a su disposición, y en ese estado se mantuvo hasta el 11 de enero del mismo año, cuando regresó de vacaciones, el Juez del conocimiento (Fl. 61).
- 6. José Alirio Rengifo Marín, aclara cómo el denunciante, fue quien le llevó la solicitud a la cárcel, que le firmó y que ella estaba dirigida al Juez 7º de Instrucción Criminal (Fls. 56 y 57).
- 7. Por auto de marzo 22 de 1985, se cerró la investigación y el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Pereira, solicita sobreseimiento definitivo, en favor de la imputada por ausencia de dolo. (Fls. 65 a 68). La misma calificación impetró el apoderado de la sindicada.
- 8. El Tribunal Superior de Pereira, en proveído que se revisa, radicó en juicio criminal a la procesada por el delito de detención arbitraria. Se cita como norma específica agredida, el artículo 275 del Código Penal.

Según esta decisión el hecho tipificaría por haberse negado el trámite al memorial llevado por el estudiante, lo cual habría lesionado la libertad de Rengifo, pues si se hubiese procedido con celo y diligencia, habría recobrado su libertad 2 ó 3 días después.

9. Es de observar que el mismo Tribunal de Pereira, ya en Sala Especial Disciplinaria, absolvió disintiendo de la Procuraduria Regional, a la procesada, por estimar que no hubo por parte de la Juez, rechazo al escrito de habeas corpus, sino simplemente comedida solicitud para enmendar fallas formales.

De esta decisión, salvó voto un Magistrado, para quien si se habría obstaculizado el trámite inmediato de la petición.

Curiosamente se observa que uno de los Magistrados que signó la absolución disciplinaria, hizo lo propio con el llamamiento a juicio.

- 10. El Fiscal del Tribunal Superior, apeló del auto de proceder, porque a su juicio, las declaraciones del Secretario y la sindicada, sólo están contradichas por el denunciante y porque no se evidenció el dolo que reclama la norma, pues para entorpecer la tramitación del habeas corpus, la omisión tiene que ser explícita, clara y tajante.
- 11. El nuevo apoderado de la sindicada, depreca la revocatoria del auto de proceder, por un sobreseimiento definitivo, porque no es justo, que el Tribunal Superior hubiere inclinado su criterio, otorgándole credibilidad al denunciante en un "desusado valor probatorio" sin darle anuencia al Secretario y a la Juez, en un proceso donde está demostrada la ausencia de tipicidad y culpabilidad.
- 12. Debe observarse que el proceso fue reconstruido y que muchas diligencias fueron agregadas por el apoderado de la procesada.

Concepto de la Procuraduría Delegada en lo Penal

El Ministerio Público, conceptuó a favor de la revocatoria del auto apelado y solicitó un sobreseimiento definitivo, porque las explicaciones de la acusada son valederas. En vista de que no se causó daño a Rengifo Marín. En efecto, éste permaneció privado de la libertad, por la confesión ereada entre el instructor y el Juez del conocimiento, con respecto a la identidad del emplazado; además si se le hubiere dado trámite a la petición, se hubiere encontrado con el obstáculo de la detención preventiva.

Agrega la Procuraduría, que el denunciante cuando impetró el recurso, sabía de su improcedencia, porque cuatro días antes, se le había notificado el auto de detención al aprehendido, y éste como lo expresó en el proceso, signó la solicitud en la cárcel.

Consideraciones de la Corté

1. El punto de partida a dilucidar, es el siguiente: ¿El aceptar o rechazar memoriales, es función de los Jueces de la República o por el contrario de sus Secretarios?

La respuesta que se dé a este interrogante, es rica en secuelas jurídicas. Para ello es necesario recordar, que en la actividad jurisdiccional, también existe división de funciones.

El Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 37 y siguientes, determina los deberes y los poderes del Juez y a él le corresponde, entre otros, dictar las providencias dentro de los términos legales y resolver los procesos, en el orden en que se haya ingresado a su despacho, pero el Juez no puede personalmente, encargarse de todo lo concerniente, a la marcha de su oficina; para ello existe el cargo de Secretario, al cual las normas vigentes, se le asignan funciones específicas.

El ya citado Código de Procedimiento Civil y el Decreto 1265 de 1970, determinan algunas, entre otras: autorizar con su firma las providencias del proceso, mostrar los expedientes, recibir los escritos que se presenten, pasarlos al despacho, etc.

2. Del estudio de dicha normatividad queda fácil colegir, que aun cuando inicial y tangencialmente, la Juez hubiese intervenido en un diálogo entre el denunciante y el Secretario, la conducta en la cual radica la base de la incriminación, debe concretarse, en el hecho de no haber sido recibido el memorial de habeas corpus, en el Juzgado del cual era titular la doctora Stella Mejía de Murillo y Secretario, Javier Restrepo Carvajal.

La función del Juez, solamente comienza según el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, para efectos de dictar providencias, cuando los escritos hayan ingresado a su despacho.

En el caso a subsumir, no nos encontramos, ante ninguna providencia del Juzgado, llámase auto o sentencia, sino ante una actuación atribuible al Secretario, así se afirme que fue la Juez, quien rechazó el memorial.

La circunstancia de que la Juez, acepte, que ella vio el encabezamiento, no significa ni mucho menos, que hubiese realizado un acto dentro de su órbita funcional, ya que es muy clara en afirmar, que ella sólo hizo la observación, que el negocio debía dirigirse a un Juez Penal Municipal, puesto que solamente, se encabezaba "Señor", y agrega la Juez procesada, algo que es menester considerar:

"De todas maneras, le iba a decir esto por auto, y otros detalles". Igualmente consigna otros aspectos de gran trascendencia que corrobora el Secretario: el estudiante no regresó jamás; de ello surge evidente, que el negocio no ingresó al despacho de la Juez.

La confrontación entre el denunciante Jorge Noel Osorio y el Secretario, Javier Restrepo Carvajal, reafirma la realidad de lo acaecido, pues éste manifiesta que después del diálogo con la Juez, ella lo llevó donde el Secretario, para que definiese la conducta a seguir.

El mismo Secretario citado, acepta que por un error de su parte, insinuó que el recurso debería presentarse ante el Tribunal Superior, por ser competente el Juez Penal del Circuito.

En tales condiciones, ni desde el punto de vista normativo, ni probatorio, puede atribuírsele a la conducta de la Juez, la autoría de un delito de

detención arbitraria, por la circunstancia de que el Secretario erróneamente, no haya recibido un memorial, que estimaba que debía presentarse en otra parte, memorial éste que no llegó nunca a su despacho, ya que la Juez habría tenido sólo un recortado conocimiento de lo acaecido.

3. La conducta descrita en el artículo 275 del Código de Procedimiento Penal, es de sujeto activo calificado, o sea que se trata de los llamados delitos propios o id-intraneus. Tal sujeto no es otro, que el Juez de la República. Trátase de un tipo de formulación casuista o de conducta alternativa, donde se formulan varias hipótesis: las primeras comisivas por omisión (no tramitar o no decidir) y la última comisiva por acción (obstaculizar).

Mal podía la Juez procesada, iniciar el trámite de una actuación, cuyo escrito de origen parece no haber llegado a su despacho. De ahí que él no se iniciase.

En cuanto a la hipótesis comisiva por acción de la obstaculización de la tramitación, *mutatis mutandi*, cabe hacer similar observación.

4. En contra de la manera de raciocinar de la Sala, podría argüirse que a pesar de que el recibir memoriales y pasarlos a despacho, es según las normas citadas, atribución de los Secretarios, en este caso concreto la Juez tuvo injerencia o influjo en tal determinación.

Sin embargo, tal raciocinio pierde su fundamento cuando se analizan detenidamente, como adelante se hará, las probanzas, y se encuentra que la Juez después de conversar con el denunciante, puso la cuestión en poder del Secretario y se retiró a su despacho, dejando los otros dos actores del drama solos, y cuando retornó, ya el estudiante había abandonado el Juzgado.

Hay además otra consideración convincente: el denunciante sostiene que la Juez en asocio de su Secretario, manifestó que no era competente para conocer la petición, porque le correspondía al Tribunal Superior, ya que el sindicado estaba por cuenta de un Juzgado de Circuito. Pero es el mismo Secretario, quien paulatinamente confiesa haberse equivocado, al hacer tal manifestación y es terminante en exonerar de ella, a la Juez.

Como el diálogo entre el Secretario y el denunciante, continuó en ausencia de la Juez, es de inferir que de las dos razones esgrimidas por éste como cargo contra aquélla, la que en definitiva lo movió a retirarse de la oficina, fue la absurda de que el memorial debería presentarse ante el Tribunal, que en lógica aparece prevalecer sobre la supuesta de que el negocio debería llevarse al Juzgado de Reparto.

De todas maneras pues, queda en pie la afirmación fundamental, de que recibir memoriales y pasarlos al despacho, no es función de los Jueces, sino de los Secretarios, y que en este caso la decisión postrera y definitiva fue secretarial.

5. Como se ha observado, existen dos versiones totalmente encontradas en torno al encabezamiento del escrito llevado al Juzgado por el estudiante y Secretario del Concejo de Chinchiná. Según éste, en el encabezamiento estaba escrito "Señor Juez Penal Municipal", lo cual coincide con el texto que él agregó a la denuncia.

Sin embargo, tanto la Juez como el Secretario, coinciden reiteradamente, en sostener que el encabezamiento se circunscribía a la palabra "Señor".

El dilucidar este punto tiene honda trascendencia, pues si evidentemente aparecía "Juez Penal Municipal", no era muy claro el motivo, para no recibir el memorial; pero si sólo estaba encabezado como lo dicen los funcionarios, resulta explicable que se le solicitase al estudiante, lo llenase, y por tanto sería exagerado atribuir a su no recibo, secuelas ilícitas.

Hay una pieza procesal que permite aclarar la verdad: el mismo José Alirio Rengifo Marín (Fl. 56) impetrante del hábeas corpus, cuando se le pregunta qué sabe en relación con la solicitud presentada ante el Juzgado 2º Penal Municipal de Santa Rosa, responde que mandó una petición ante el Juzgado 7º de Instrucción, que éste no la recibió y que fue el denunciante quien la llevó ante ese despacho. Tal manifestación es reiterada y agrega ignorar lo referente al Juzgado Segundo Penal Municipal. No se necesita hacer mucha lucubración para deducir, que él no firmó ningún memorial dirigido a Juez Penal Municipal, y que su versión permite más corroborar la afirmación de que el encabezamiento estaba en blanco. Si estuviese destinado a Juez Penal Municipal, no se explica por qué se refiere al 7º de Instrucción Criminal.

- 6. Por lo demás existen circunstancias procesales, que demeritan la credibilidad del denunciante y lo muestran como persona poco ecuánime.
- A. En su ratificación de denuncia, Osorio afirma, que la hermana de Rengifo, le manifestó que éste se encontraba detenido desde el 6 de enero y no se le había ningún auto (sic). Tal manifestación debería haberse hecho entre el 7 de enero, fecha en la cual se le solicitó asesoría en el Consultorio Jurídico y el 14 de enero en la cual presentó el memorial.

Pero resulta, que según la inspección al proceso contra Rengifo (Fl. 9), el 11 de enero se notificó un auto en el cual se le hacía saber que su situación estaba resuelta. Y ocurre que para la fecha del memorial 12 de enero, el detenido habló con el "Doctor" Osorio, quien fue la persona que lo redactó; y a la sazón ya se había notificado el auto de detención, lo cual lógicamente el sindicado debió relatarlo. Por tanto no se explica la omisión de tal circunstancia, aun en la ratificación del 6 de febrero.

- B. La misma hermana de Rengifo, la testigo Melba Rosa Rengifo Marín, desmiente esta referencia del denunciante, puesto que es muy clara en manifestar que el Director de la cárcel no puso el sello del memorial, porque su hermano ya tenía auto de detención (se subraya).
- C. El día 1º de febrero de 1985, cuando ya había sido puesto en libertad, por revocatoria del auto de detención José Alirio Rengifo, por no haber sido reconocido, el estudiante Noel Osorio Cardona, presentó un memorial que curiosamente ostenta el sello que dice: "Concejo Municipal Secretario Chinchiná", dicho memorial es manifiestamente irrespetuoso e injurioso.

Tamaña intemperancia muestra al menos la carencia de ecuanimidad del denunciante.

- 7. No obstante lo irrespetuoso de este escrito, no se devolvió a su signatario (Código de Procedimiento Civil, Art. 39, numeral 3) sino que en un gesto que muestra la sinceridad de la funcionaria acusada, se remitió a la Magistrada a quien le habían correspondido las diligencias previas.
- 8. Para la configuración de un hecho punible, debe existir relación de causalidad entre la acción u omisión del agente y el resultado antijurídico. En el caso a subsumir, no parece muy clara la relación entre la circunstancia de que el Juzgado Segundo Penal Municipal de Santa Rosa, no se hubiese recibido por las razones anotadas al memorial del estudiante y Secretario del Concejo de Chinchiná, señor Osorio, y la prolongación de la detención de Alirio Rengifo.

Como ya se ha repetido, es evidente que, en el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa, sí existía un sumario, el número 3776, por el delito de hurto calificado, entre otros, contra José Alirio Rengifo *Marín*, esto es una persona cuyos nombres y apellidos sí coincidían integramente con los del impetrante del hábeas corpus.

También es cierto, que sí había librado orden de captura, en forma equivocada, respecto al segundo apellido contra José Alirio Rengifo *Pérez*, lo mismo que el emplazamiento y auto de detención. También lo es, que José Alirio Rengifo Marín, fue capturado a pesar del error anotado el 8 de enero de 1985, pero igualmente lo es, que al capturado se le notificó el auto con la confusión en el segundo apellido, el día 11 de enero.

En estas circunstancias, no puede sostenerse que al existir un auto de detención, la interposición del derecho de hábeas corpus y su trámite, tuviese el efecto instantáneo de poner en libertad a Rengifo, ya que el problema de identidad en cuanto a la diferencia del segundo apellido, no es tan sencillo, como alegremente se supone en el auto vocatorio a juicio, ante la circunstancia indiscutible de que él coincidía con la denuncia inicial.

No aparece para la Sala, muy clara pues la lucubración, de que si el hábeas corpus se hubiera tramitado, José Alirio Rengifo, habría recobrado su libertad en dos o tres días. Un Juez acucioso habría tenido que establecer primero si se trataba de la misma persona sindicada y determinar los alcances del error en el segundo apellido. Como bien lo dice la Procuraduría, la confusión de apellidos no puede cargársele a la sindicada, ni menos aún la iniciación de la detención. En cuanto a la prolongación de ella, el razonamiento sobre su inferencia es demasiado sutil y forzado: tiene razón la Procuraduría, cuando lo califica de "esfuerzo dialéctico, nada edificante". No es muy meridiano sostener que nos encontremos ante la hipótesis indiscutible del homónimo capturado por equivocación desafortunadamente tan común en nuestro medio.

Prueba de la precipitud de la suposición del auto de instancia, es la de que, la causal por la cual en definitiva fue revocado el auto de detención, no fue la alegada falta de identidad, o la confusión, o el homónimo, sino el negativo reconocimiento a Rengifo en fila de personas.

9. En tales condiciones la conducta atribuida a la Juez, en el auto vocatorio, no es constitutivo de delito por las razones expuestas (Art. 491 C. de P. P.); consecuencialmente sobra referirse a las juiciosas considera-

ciones que sobre la carencia de dolo han hecho los apelantes y el Procurador Delegado. Por ello la providencia recurrida deberá reemplazarse por un sobreseimiento definitivo que traerá como efecto la devolución de la caución prestada.

Las razones anteriores son suficientes para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

RESUELVA:

- 1. Revocar el llamamiento a juicio proferido por el Tribunal Superior de Pereira contra la doctora Stella Mejía de Murillo, Juez 2º Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal.
- 2. En su lugar sobreseer definitivamente a su favor por los cargos formulados y ordenar la devolución de la caución prestada para gozar del beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.

ESTAFA Y EXTORSION

Diferencias.

Los dos tipos penales tienen en común el propósito de obtener un ilícito provecho económico, más en cuanto a los medios no puede existir posibilidad de confusión, la estafa suele calificarse como delito de inteligencia para lograr el engaño, mientras que la extorsión menoscaba la libre determinación de la víctima por acciones predominantemente violentas.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz.

Aprobado: Acta número 41.

Bogotá, D. E., 29 de abril de 1986.

Vistos

Procede la Corte a dirimir el conflicto de competencias entre los Juzgados Segundo Penal del Circuito de Vélez (Santander) y Penal del Circuito de Puerto Boyacá, en este sumario contra Fernando Londoño Carvajal.

El último de los Juzgados citados, en providencia de 21 de noviembre último (Fl. 163), sostuvo que no era competente, porque si doña Leonilde Franco de Giraldo había sido amenazada, primero en enero de 1979 y luego en febrero de 1981, para que, en su orden, vendiera su finca a Fernando Londoño Carvajal por un precio ínfimo, y posteriormente se la comprara al mismo por el doble, estas amenazas se llevaron a cabo en la propia finca, jurisdicción de Cimitarra. Y como se trata de un delito de extorsión, que "se consuma con el solo acto de constreñir a hacer, tolerar u omitir alguna cosa", el Juez competente es el Penal del Circuito de Vélez, a quien le propuso la colisión respectiva.

En proveído de 30 de enero del año en curso (Fl. 178), el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Vélez sostuvo que, de acuerdo con los autos, la denunciante Franco de Giraldo "fue mantenida en error" (por el sindicado) durante esos dos años que separan las dos transacciones, configurándose "sólo el presunto delito de estafa a que se ha venido refiriendo la denunciante, ya que cuando se induce en error a una persona, mediante amenazas que la llevan a concluir que si accede a las pretensiones del sujeto activo no atentará contra su vida pasan a aser (sic) los artificios o engaños propios para la obtención del provecho ilícito, no se puede hablar de un delito per se de extorsión, ya que éste es subsumido por el delito fin, por ser simplemente un medio para llegar a él".

Y como sostuvo que la estafa habíase consumado con la firma y autenticación de los documentos de promesa de venta, actos cumplidos en Puerto Boyacá, el competente es el Juez de esa localidad.

SE CONSIDERA

Como se ve, la polémica entre los indicados Juzgados céntrase, con prioridad, en cuanto a la competencia por el factor objetivo o naturaleza del hecho: uno sostiene que habría extorsión, y, el otro, que solamente estafa. Y como la competencia por el factor territorial (Art. 41 del C. de P. P.) depende aquí de la tesis que se acoja sobre la tipificación de los hechos, la Corte debe resolver primero este tópico.

- 1. El artículo 406 del Código Penal de 1936 (modificado por el 12 de la Ley 21 de 1973), norma bajo cuya vigencia ocurrieron los primeros hechos, describía así la extorsión:
- "El que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de...
- "En igual sanción incurrirá el que por los mismos medios, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito".
- El Código Penal de 1980 en el artículo 355, tipificó dicho delito en los siguientes términos:
- "El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de...".

Ahora bien, el delito de estafa, tanto en el artículo 408 del Código Penal de 1936, como en el 356 de 1980, se describe como la obtención de un provecho ilícito con perjuicio ajeno mediante la inducción (o mantenimiento) en error a otro, a través de artificios o engaños.

Ambos tipos penales tienen en común el propósito de obtener un ilícito provecho económico, más en cuanto a los medios no puede existir posibilidad de confusión: la claridad de los preceptos aludidos no le da cabida. La estafa, ha dicho esta Sala, "suele calificarse como delito de inteligencia,

para denotar con ello que aunque jurídicamente cualquier persona puede realizar la conducta descrita como tal en el respectivo tipo penal (es de sujeto activo indeterminado) en realidad su ejecución requiere en el autor especiales condiciones personales de versatilidad, simpatía, poder de convicción, imaginación para idear artificios capaces de atraer a la víctima, seguridad y confianza en el manejo de la concreta situación creada para consumar el engaño y obtener, por tal vía, el provecho económico hacia el cual se orienta toda su actuación..." (Casación de 24 de agosto de 1984).

Los términos que acaba de subrayar la Sala expresan, inequívocamente cuáles son los medios desplegados por el actor: todos ellos engañosos, fraudulentos, excluyen, repelen frontalmente la violencia, la intimidación, cualquier clase de fuerza. En la estafa, gracias al engaño, la víctima se desprende gustosamente de sus bienes.

En oportunidad muy reciente, la Corte examinó la naturaleza, proyección y límites de la extorsión. Registró que su verbo rector "constreñir", es sinónimo de "obligar" (utilizado en el artículo 406 del Código Penal de 1936), y cómo de esta manera, "el delito de extorsión, continúa siendo entre nosotros un delito comisivo por acción predominantemente violenta, que abarca no solamente la violencia física, sino "cualquier conducta ejercida por el agente que trae como resultado un menoscabo de la libre determinación de la víctima obligada a realizar lo que aquél desea y no lo que ella quiere" "(Sentencia de 8 de abril de 1986, Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga).

En el presente caso la denunciante Leonilde Franco de Giraldo —respaldada por varios testimonios— ha reiterado que el sindicado Fernando Londoño Carvajal la hizo firmar los dos contratos de promesa de venta, y una letra de cambio (con la cual le inició proceso ejecutivo) "bajo amenazas... me obligó... haciéndome creer que mi vida está en peligro porque pretenden secuestrarme o secuestrar mi familia, y que la única supuesta salvación es entregarle la finca, y en esta forma él también se mantiene amenazándome de darme muerte" (Fl. 4).

Huelgan, pues, otras consideraciones para concluir que, de acuerdo con los elementos de prueba allegados al sumario, el tipo penal en el cual vendría a subsumirse la conducta imputada a Londoño Carvajal, sería el de extorsión, como acertadamente lo sostuvo el Juzgado de Puerto Boyacá.

2. ¿Dónde, entonces, se consumaron los hechos investigados?

El Juzgado de Puerto Boyacá argumentó que, como la extorsión "es delito formal o de mera conducta", la imputada a Londoño Carvajal se consumó en la finca de la dama (jurisdicción de Cimitarra), pues fue en ese sitio donde ella recibió las amenazas; y recuerda —citando al tratadista doctor Antonio Vicente Arenas— cómo la conducta se perfecciona "con el solo acto de constreñir o hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito, aunque este resultado material no se produzca y aunque el constreñido logre sobreponerse a la exigencia delictuosa" (Fl. 70).

Precisamente en la sentencia de la Corte atrás citada, ésta zanjó la discusión sobre tan interesante punto relacionado con el momento consuma-

tivo de la extorsión, en el sentido de que el ilícito en cuestión se perfecciona cuando el constreñimiento —imprescindiblemente presidido de una "finalidad económica"— es eficaz, esto es, cuando logra que la víctima haga, tolere u omita lo querido por el sujeto agente que, en el caso que ocupa a la Sala, sería la suscripción de los citados documentos, sin que sea necesario el efectivo menoscabo patrimonial.

Se expresó así la Sala en esa ocasión:

"Para la mayoría de la Sala debe tenerse presente un imprescindible punto de partida: la extorsión es un delito pluriofensivo, ya que menoscaba principalmente dos bienes jurídicos, la libertad de autodeterminación y el patrimonio económico.

"

"Con estos prenotandos, se concluye, que la extorsión si exige un resultado: el hacer, omitir o tolerar algo atribuible a la víctima o a alguien a él vinculado, sin que sea menester que el provecho se obtenga. Ello se refiere al agotamiento.

"

"En el momento en el cual la víctima o alguien a él vinculado, hace, omite o tolera algo, de connotación patrimonial, se ofenden ambos bienes jurídicos protegidos: la libertad individual y el patrimonio económico.

"Si sólo se atenta contra la libertad de determinación fulminando una amenaza y no se logra el hacer, omitir o tolerar, nos encontraríamos cuando hay finalidad económica, en el terreno de la tentativa.

"Para aclarar más lo expuesto, se puede afirmar que cuando se ha hecho, omitido o tolerado algo, v. gr. se ha entregado un cheque, el delito está consumado, así el título valor no se haga efectivo por ser capturado el agente".

En este orden de ideas, el razonamiento del Juzgado de Puerto Boyacá (que el hecho se perfeccionó donde se hicieron las amenazas), sólo alcanzaría para una tentativa de extorsión, y ésta, por el contrario, habríase consumado en esa localidad, pues repítese que fue allí donde la señora de Giraldo firmó los documentos, o, traducido a la redacción del tipo penal, "hizo" lo que el sindicado se propuso mediante la intimidación (Cfr. folios 2, 3 y 21).

No debe pasarse por alto, advierte finalmente la Sala, que en este proceso se investigan dos hipótesis delictivas, la primera de las cuales sucedió en vigencia del anterior Código Penal, que tenía señalada para el delito de extorsión (Art. 406, modificado por el 12 de la Ley 21 de 1973), una pena menor que la prevista por el ordenamiento hoy vigente (Art. 355).

El competente para conocer de este asunto es, pues, el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Boyacá.

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

RESULLVE:

- 1. Asignar al Juzgado Penal del Circuito de Puerto Boyacá la competencia para conocer de este asunto.
- 2. Para su información, envíese copia de esta providencia al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Vélez.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José H. Velásquez Ramos Secretario.

EXTRADICION

Tratado con Estados Unidos.

No procede cuando se está en vía de juzgamiento por la incierta perspectiva de la pena (naturaleza y mínimo), debiéndose definir su pedimento para cuando exista condena en concreto y se sepa si se desestimó la pena de multa o fue necesario determinar una privación de libertad superior a un año.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Aprobado: Acta número 041.

Bogotá, D. E., 29 de abril de 1986.

El Gobierno de los Estados Unidos de América, en nota verbal número 086 de febrero 5 del año en curso, solicita la extradición de Pierre de Vautravers o Pierre Vautravers, a quien el Ministerio de Justicia, el 4 de diciembre de 1985, dictó el correspondiente auto de detención preventiva, el cual se hizo efectivo el 10 del mismo mes y año últimamente citados.

Se invoca el Tratado suscrito entre los Estados Unidos de América y Colombia (Ley 27 de 1980).

Del señor Vautravers se dice que es de nacionalidad suiza y como documentos de identificación se tienen: cédula de extranjería número 83419, pasaporte número 1699486, expedidos en Bogotá y, la licencia de conductor, concedida en el Estado de Florida, el 17 de marzo de 1983.

La acusación por el Gran Jurado, se distingue como 84-0384-CR-JWK, lleva fecha de 18 de junio de 1984, y se cumplió en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Meridional de Florida. Se formulan siete cargos, que se especifican así:

"Cargo I. El, o aproximadamente el 27 de junio de 1983, en Miami, en el Distrito Meridional de Florida, el acusado Pierre de Vautravers alias

'Pierre Vautravers', en forma individual y como agente y funcionario de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, a sabiendas y fraudulentamente y con la intención de frustrar las disposiciones del Título 11, transfirió y ocultó y dio lugar a que se transfiriese y ecultase propiedad de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, deudor en posesión, a saber, aproximadamente 5.500 dólares en fondos girados contra la cuenta de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporate, n/c La Fontaine, deudor en posesión, cuenta número 1376073943, en el Barnett Bank Coral Way y la 87a. avenida, Miami, Florida; todo ello en violación de las Secciones 152 y 2 del Título 18 del Código de los Estados Unidos.

"Cargo II. El, o aproximadamente el 27 de junio de 1983, en Miami, en el Distrito Meridional de Florida, el acusado Pierre de Vautravers alias 'Pierre Vautravers', elemento de prueba del Gobierno 'A' en forma individual y como agente y funcionario de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, a sabiendas y fraudulentamente y con la intención de frustrar las disposiciones del Título 11, transfirió y ocultó y dio lugar a que se transfiriese y ocultase propiedad de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, deudor en posesión, a saber, aproximadamente 4.533,61 dólares en fondos girados contra la cuenta de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, n/c La Fontaine, deudor en posesión, cuenta número 1376073943, en el Barnett Bank, Coral Way y la 87a. avenida, Miami, Florida; todo ello en violación de las Secciones 152 y 2 del Título 18 del Código de los Estados Unidos.

"Cargo III. El, o aproximadamente el 27 de julio de 1983, en Miami, en el Distrito Meridional de Florida, el acusado Pierre de Vautravers alias 'Pierre Vautravers', en forma individual y como agente y funcionario de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, a sabiendas y fraudulentamente y con la intención de frustrar las disposiciones del Título 11, transfirió y ocultó y dio lugar a que se transfiriese y ocultase propiedad de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporate, deudor en posesión, a saber aproximadamente 9.425,57 dólares en fondos girados contra la cuenta de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, n/e La Fontaine, deudor en posesión, cuenta número 1376073943, en el Barnett Bank, Coral Way y la 87a. Avenida, Miami, Florida; todo ello en violación de las Secciones 152 y 2 del Título 18 del Código de los Estados Unidos.

"Cargo IV. El, o aproximadamente el 27 de julio de 1983, en Miami, en el Distrito Meridional de Florida, el acusado Pierre de Vautravers alias 'Pierre Vautravers', en forma individual y como agente y funcionario de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, a sabiendas y fraudulentamente y con la intención de frustrar las disposiciones del Título 11, transfirió y ocultó y dio lugar a que se transfiriese y ocultase propiedad de Hostellerie d'Argentuil, Incorporated, deudor en posesión, a saber, aproximadamente 10.764 dólares en fondos girados contra la cuenta de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporate, n/c La Fontaine, deudor en posesión, cuenta número 1376073943, en el Barnett Bank, Coral Way y 87a. Avenida, Miami, Florida; todo ello en violación de las Secciones 152 y 2 del Título 18 del Código de los Estados Unidos.

"Cargo V. El, o aproximadamente el 29 de julio de 1983, en Miami, en el Distrito Meridional de Florida, el acusado Pierre de Vautravers alias 'Pierre Vautravers', en forma individual y como agente y funcionario de

Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, a sabiendas y fraudulentamente y con la intención de frustrar las disposiciones del Título 11, transfirió y ocultó y dio lugar a que se transfiriese y ocultase propiedad de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, deudor en posesión, a saber, aproximadamente 22.682,40 dólares, en fondos girados contra la cuenta de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, n/c La Fontaine, deudor en posesión, cuenta número 1376073943, en el Barnett Bank, Coral Way y 87a. Avenida, Miami, Florida; todo ello en violación de las Secciones 152 y 2 del Título 18 del Código de los Estados Unidos.

"Cargo VI. El, o aproximadamente el 6 de agosto de 1983, en Miami, en el Distrito Meridional de Florida, el acusado Pierre de Vautravers alias 'Pierre Vautravers', en forma individual y como agente y funcionario de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, a sabiendas y fraudulentamente y con la intención de frustrar las disposiciones del Título 11, transfirió y ocultó y dio lugar a que se transfiriese y ocultase propiedad de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, deudor en posesión, a saber, aproximadamente 4.315,50 dólares en fondos girados contra la cuenta de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, n/c La Fontaine, deudor en posesión, de la cuenta número 1376073943, en el Barnett Bank, Coral Way y 87a. Avenida, Miami, Florida; todo ello en violación de las Secciones 152 y 2 del Título 18 del Código de los Estados Unidos.

"Cargo VII. El, o aproximadamente el 7 de agosto de 1983, en Miami, en el Distrito Meridional de Florida, el acusado Pierre de Vautravers alias 'Pierre Vautravers', en forma individual y como agente y funcionario de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, a sabiendas y fraudulentamente y con la intención de frustrar las disposiciones del Título 11, transfirió y ocultó y dio lugar a que se transfiriese y ocultase propiedad de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, deudor en posesión, a saber, aproximadamente 4.225,55 dólares en fondos girados contra la cuenta de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, n/c La Fontaine, deudor en posesión, cuenta número 1376073943, en el Barnett Bank, Coral Way y 87a. Avenida, Miami, Florida; todo ello en violación de las Secciones 152 y 2 del Título 18 del Código de los Estados Unidos''.

Sobre la legislación transcrita, se reproduce la parte pertinente del Título 18, Sección 152 - Ocultación de bienes, etc.: "... Todo aquél que, en forma individual o en calidad de agente o funcionario de cualquier persona o corporación, en contemplación de un caso encuadrado en el Título 11 incoado por él o contra él por cualquier otra persona o corporación, o con la intención de frustrar las disposiciones del Título 11, a sabiendas y fraudulentamente transfiere u oculta cualquiera de sus bienes o la propiedad de tal otra persona o corporación; o... Se le impondrá una multa de no más de 5.000 dólares o sufrirá la pena de cárcel durante no más de cinco años, o se le impondrán ambas penalidades".

El señor Robert J. Bondi, a quien como colaborador de la Sección de Fraudes, Oficina Federal del Fiscal de los Estados Unidos, le ha correspondido intervenir en el mencionado caso, expresa en su testimonio de folios 31 y siguientes, que la conducta de De Vautravers, se cumplió "con la intención de frustrar las leyes de quiebra de los Estados Unidos (que) extrajo el dinero... sin contar para ello con el permiso de Steven H. Fried-

man, abogado síndico del tribunal federal de quiebras, y sin el permiso de Bruce M. Boiko, abogado quien es el abogado de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, n/c La Fontaine. Se había estipulado que el señor De Vautravers debía obtener permiso del Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos o de uno de sus funcionarios a los efectos de proteger a los acreedores legítimos de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, n/c La Fontaine. Estos acreedores cuentan con la protección de las leyes federales. Todo esfuerzo tendiente a socavar los derechos de estos acreedores constituye un delito que los Estados Unidos de América castigan como fraude''.

Se afirma, por el mismo funcionario, que el caso sometido a juzgamiento, está por fuera de las disposiciones sobre prescripción.

De la declaración juramentada de Boiko, se extracta: "... 3. Soy abogado de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, n/c La Fontaine. El 10 de noviembre de 1982 presenté en el Tribunal Federal de Quiebras una petición de quiebra a nombre de Hostellerie d'Argenteuil.

- "4. De conformidad con el procedimiento judicial en el Tribunal Federal de Quiebras, se requirió que el señor Pierre de Vautravers, a quien conozco como uno de los ex dueños de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, obtenga la aprobación del Tribunal de Quiebras antes de que el señor De Vautravers pudiese extraer fondos legalmente de la cuenta bancaria perteneciente a Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, n/c La Fontaine, deudor en posesión, en el Barnett Bank, cuenta número 1376073943, según se consigna en los Cargos III, IV y V de la acusación por el Gran Jurado (Elemento de Prueba 'A').
- "5. El señor De Vautravers no obtuvo mi permiso para extraer las sumas de dinero consignadas en los Cargos III, IV y V de la acusación por el Gran Jurado, copia de lo cual yo he examinado".

El apoderado de De Vautravers, entre otras alegaciones, puntualiza:

- a) Que el señor Boiko, sólo se refiere como no autorizados los cheques relacionados con los Cargos III, IV y V, "lo cual significa que sí lo obtuvo (el permiso) para los otros cuatro cargos";
- b) "4. La conducta delictual imputada al señor Vautravers fue la violación de las disposiciones del Título 11, así reza el cargo del Gran Jurado y la Sección 152 del Título 18 del Código de los Estados Unidos que transcribieron en la documentación allegada a la solicitud de extradición. Se trata de una norma penal en blanco y de acuerdo a los principios de hermenéutica 'su aplicación queda condicionada a las determinaciones contenidas en otras normas de carácter no penal'. Por manera que la génesis del delito en los Estados Unidos es el incumplimiento de cualquier caso encuadrado en el Título 11 del mismo Estatuto Estaudinense (sic).
- "5. Siendo esto así falta el Título 11 para poder determinar a qué procedimiento jurídico se refiere tal disposición, la cual tiene como epígrafe 'Bankruptcy', equivalente al epígrafe del Libro Sexto del Código de Comercio Colombiano y en el que incluye 'Concordato Preventivo' en su subdivisión Título I y la 'Quiebra' en su Título II y dentro de éste en su capítulo 7º (Arts. 1993 a 2005), reglamenta el Régimen Penal de la Quiebra.

- "6. El Título 11 del Código de los Estados Unidos reglamenta en su Capítulo 7 (Chapter 7), bajo el epígrafe 'Liquidation' el equivalente a la Quiebra de nuestro Estatuto Comercial y en Capítulo 11 (Chapter 11) bajo el epígrafe 'Reorganization' lo hace al equivalente de nuestro Concordato Preventivo del Título I del Libro 6º.
- "7. Tanto es así, que en nuestra reglamentación comercial, la declaración judicial de Quiebra conlleva la inmediata separación del quebrado de la administración de sus bienes embargables (Art. 1945), no así el concordato que durante su tramitación, el deudor conservará la administración de sus bienes y negocios (Art. 1921).
- "8. De acuerdo a la Sección 701 del Capítulo 7º del Título 11 del Código de los Estados Unidos, en la liquidación se nombra una persona distinta del deudor para su administración denominada 'Interim Trustee', en cambio, al igual que en nuestro país, según la Sección 1101 del Capítulo 11 del Título 11 de la misma obra la persona que administra la reorganización lo es el 'Debtor in Possession' o 'Deudor en Posesión' a que se refieren todos y cada uno de los cargos que el Gran Jurado hace al señor Pierre Vautravers.
- "9. Los delitos que dan lugar a la extradición, según lo señalado en el Tratado que nos ocupa, son aquellos que sean punibles según las leyes de ambas partes contrates.
- "10. Es así que el numeral 34 del apéndice del Tratado señala los delitos relativos a la Legislación sobre Quiebra, identidad jurídica con la conducta delictual establecida en el Capítulo 7º Título 2º Libro 6º del Código de Comercio de Colombia, Decreto 410 de 1971, luego si para la legislación colombiana el incumplimiento de un concordato es atípico a la legislación penal y cuando más tendrá las consecuencias previstas en el inciso 2º del artículo 1927 del Código de Comercio, es un imposible hipotético, siquiera suponer una analogía con la legislación de los Estados Unidos".

Entiende la Sala, sin vacilación alguna, que el requerimiento de extradición se presenta bajo la acertada calificación de estimar la múltiple conducta de Vautravers, como propia a un delito de quiebra. Las testificaciones de los señores Bondi y Boiko, especifican, en las explicaciones suministradas sobre la acusación por el Gran Jurado (equivalente a nuestro auto de proceder o de cargos), que se trata de esta clase de ilicitud penal y así lo patentiza la clase de organismo ante el cual se promoviera la inmovilización de los bienes de Hostellerie d'Argenteuil, Incorporated, o sea un "Tribunal Federal de Quiebras". Es evidente, y la deducción se apoya en la documentación aportada, que los bienes de esa sociedad no podían transferirse, por parte de los "deudores en posesión", sin la anuencia de Steven H. Friedman —síndico del Tribunal Federal de Quiebras— o de Bruce M. Boiko, abogado de Hostellerie d'Argenteuil, promotor del juicio de quiebra. El solicitado en extradición, como "deudor en posesión", escamoteó considerables sumas de dinero, sin que tuviese la autorización del señor Boiko, al menos para las partidas señaladas en los Cargos III, IV y V, y de ninguna, en cuanto al señor Friedman. Tal como se describe el comportamiento, en los cargos formulados, éste se adecua a la previsión legal del Título 18, Sección 152, parte primera, de la legislación penal americana, confirmándose esta naturaleza criminal por la clase de juicio que se adelanta al señor De Vautravers, no permitiéndose al Estado requerido cuestionar esta índole y derivarla hacia conflicto meramente civil.

No resulta, pues, válido alegar que se trata de una controversia civil que debe encontrar su solución ante jueces y con medidas de esta exclusiva estirpe. Su origen, ciertamente, traduce esta nota, pero su desarrollo ha trascendido más profundamente, hasta el punto de insertarse en disciplinamientos criminales, no sólo en el ámbito legal de los Estados Unidos de América, sino en Colombia, en donde la relación comercial, cuando se subsume en ordenamientos penales de quiebra, sufre esta mutación y merece su represión a título penal.

Tampoco puede intentarse con éxito el distingo que recomienda el señor apoderado, para tratar de inferir que la repetida acción de su representado, apenas incidía en una esfera no penal, aunque se estuviera dentro de la quiebra, correspondiendo más bien a lo que entre nosotros se llama "concordato preventivo". Esta diferenciación no viene al caso para impedir la procedencia de la gestión extraditora, pues el solo hecho de la acusación por el gran jurado y la descripción legal de la conducta criminosa, revelan de inmediato y de manera incuestionable, al menos para la Sala, que se trata de un obrar delictuoso enmarcable dentro de la noción de quiebra, contemplada en el apéndice del referido Tratado.

Pero hay un aspecto que adquiere singular importancia y en virtud del cual la Corte tendrá que oponerse a la comentada petición.

El Tratado, que persigue con la extradición hacer viable el sancionamiento de conductas delictuosas de entidad, revela este propósito cuando establece en el artículo 2º aparte 3: "...I. Los delitos que darán lugar a la extradición con arreglo al presente Tratado son: ... 3. Se concederá la extradición por un delito sujeto a la misma sólo si el delito es punible según las leyes de ambas partes contratantes con privación de la libertad por un período superior a un año...".

Pero este quantum de pena debe aparecer como sanción cierta, definida e inevitable, que no tolere o auspicie, en momento alguno, variarla por sanción de otra índole o desconocer el mínimo señalado. En otras palabras, para esclarecer el concepto por la vía del ejemplo, y que viene muy ceñidamente al caso que se analiza, que no pueda resultar con una represión de multa o con pena física inferior a un año. Desde el momento en que se posibiliten estas hipótesis, la extradición resulta improcedente porque, en ese juego de variadas alternativas y eventualidades, puede llegarse al caso de imposición de estas penas, que contraría la previsión concreta y tajante del Tratado.

Según la parte final del Título 18, Sección 152, el Juez que conozca de esta clase de acciones delictuosas, está facultado para determinar una pena de multa o para fijar una sanción inferior a un año, como pena privativa de la libertad. Son dos alternativas de las varias que contiene la norma, siendo las otras imponer pena corporal superior a un año y sin exceder de cinco, o la combinación de ambas: pena de multa y pena privativa de la libertad (menor o superior a un año).

En estas indefinidas circunstancias, en aspecto tan esencial a la extradición como la pena privativa de la libertad, no puede accederse a su otorgamiento porque de llegarse a una sanción de multa o privación de libertad no superior a un año, se habría concedido una extradición contra uno de sus primordiales requisitos. Pero, además, su reconocimiento, en condiciones tan aleatorias, colocaría al Juez americano en una situación inconciliable con la libertad y justicia que deben presidir y orientar el ejercicio de sus funciones, pues se vería obligado, para no contrariar el Tratado, a imponer una pena privativa de la libertad superior a un año, olvidándose de las peculiaridades del caso y las notas individuales del procesado. La pena no provendría de estas últimas señaladas circunstancias sino de la objetiva consideración del Tratado. Sería una adecuación artificial, insólita y contra jus.

No procede la extradición en estos casos, cuando se está en vía de juzgamiento por la incierta perspectiva de la pena (naturaleza y mínimo), debiéndose diferir su pedimento para cuando exista condena en concreto y se sepa si se desestimó la pena de multa o fue necesario determinar una privación de libertad superior a un año. Sólo en el caso en que se supere este límite (el dies a quo de la pena prevista en el Tratado) será factible la extradición, pero ya dentro de las prescripciones de la segunda parte de la Sección 3ª del ya citado artículo 2º del Tratado, que dice: "... Sin embargo, cuando la solicitud de extradición se refiere a una persona que haya sido condenada y sentenciada, se concederá dicha extradición únicamente si la duración de la pena que aún queda por cumplir es de un mínimo de seis (6) meses...".

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, conceptúa desfavorablemente a la extradición de Pierre de Vautravers.

Cópiese y devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia, solicitándose de esta Dependencia el envío en copia de todas estas diligencias y documentos, para ser archivados en la Corte.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José H. Velásquez R. Secretario.

INDULTO

Delitos conexos.

De acuerdo con la Ley 49 de 1985 el indulto que concede el Presidente de la República, la cesación de procedimiento y el auto inhibitorio se refieren a los delitos de rebelión, sedición y asonada —típicamente políticos— y a los "conexos" con éstos, que hayan sido cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos u ocultarlos.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda.

Aprobado: Acta número 41.

Bogotá, D. E., 29 de abril de 1986.

Vistos

El Tribunal Superior Militar en auto del 23 de julio de 1985 negó la cesación de procedimiento solicitada por el defensor de los acusados Víctor Julio Tuberquia, Neftalí Torrado O. y Beatriz Elena Múnera T., con motivo de la expedición de la Ley 49 de 1985 que concedió indulto en favor de personas acusadas de determinados ilícitos penales.

El señor defensor de los tres acusados propuso y sustentó el recurso de apelación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares en su concepto de fondo se opone a la solicitud de los acusados Tuberquia, Torrado y Múnera.

Es preciso destacar que el procesado Ricardo Mauro Moreno Aristizábal, detenido en la Penitenciaría Nacional de Cúcuta (Fl. 200), no es recurrente en casación y tampoco solicitó la cesación de procedimiento.

Se procede, entonces, a resolver el recurso de apelación contra el proveído del 23 de julio de 1985 del Tribunal Superior Militar que negó la cesación de procedimiento.

RESULTANDOS

El 8 de julio de 1984 en el corregimiento de "Las Mercedes", Municipio de Sardinata (Norte de Santander), las autoridades de policía capturaron en un hotel de esa localidad a Neftalí Torrado, Ricardo Mauro Moreno, Beatriz Elena Múnera y Víctor Julio Tuberquia, por resultar sospechosa su presencia en ese lugar.

Los cuatro capturados prontamente confesaron a las autoridades militares que los interrogaron y al funcionario de instrucción en diligencia de indagatoria, su participación en el Ejército de Liberación Nacional, movimiento al cual acababan de ingresar. Informaron en qué sitio habían escondido armas, granadas y municiones y, en verdad, en el paraje indicado por ellos se hallaron: un revólver Smith Wesson, calibre 38 largo; un revólver de la misma marca, calibre 32 largo; una pistola de 9 mm. y otra marca Walter, calibre 7,65; además, dos granadas y munición para las armas descritas. La pistola de 9 mm., sus proyectiles y las granadas fueron consideradas por los peritos como de uso privativo de las Fuerzas Militares (Fls. 47, 48).

El personal uniformado que declaró en el proceso por haber intervenido en la captura de los acusados y en el hallazgo de las armas, confirmó que se trataba de militantes de un movimiento subversivo que estuvo recorriendo lugares donde operan guerrillas, como el corregimiento de Luis Vero, y que seguramente planeaban asaltar el cuartel de policía de "Las Mercedes" o la oficina de la Caja Agraria de la localidad (Fls. 50, 66, 68, 69 y 73).

Los cuatro capturados relataron en sus indagatorias cómo entraron al movimiento, qué instrucciones recibieron, en qué lugares estuvieron y quiénes eran los jefes. Beatriz Elena Múnera aseguró que pretendían "…quitarle las armas a la policía…" (Fl. 31), lo cual confirmó Víctor Julio Tuberquia (Fl. 41).

El Juzgado 25 de Instrucción Penal Militar con sede en Cúcuta dictó auto de detención contra los cuatro acusados por el delito contemplado en el artículo 202 del Código Penal, modificado por el 7º de la Ley 35 de 1982, esto es, portar armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Como a este asunto se aplicó el procedimiento contemplado en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, por mandato del Decreto 1058 de 1984, el Comandante de la Quinta Brigada de Bucaramanga en sentencia del 20 de octubre de 1984 condenó a los acusados Tuberquia, Múnera, Torrado y Moreno a la pena principal de tres años y seis meses de prisión, porque "... La cantidad de pena antes indicada no se tomará en su mínimo (dos años) en razón a la confesión libre y espontánea (sic) de ir contra un régimen legalmente constituido tipificadora de una peligrosidad indirecta ampliamente demostrada en autos..." (Fl. 106).

La Fiscal Primera del Tribunal Superior Militar al emitir concepto con motivo de la apelación del fallo condenatorio de primer grado, estimó que el proceso debía invalidarse por ser de competencia de la justicia ordinaria, pues la conducta de los acusados se ajustaba a la rebelión, "...quienes en ningún momento niegan o desconocen que pertenecen a un grupo subversivo, que las armas incautadas eran portadas como complemento de su actividad. La rebelión es uno de los delitos llamados colectivos, porque una sola persona no puede cometerlo. Sin armas no puede pretenderse hacer rebelión, encuadraría su conducta en otro tipo legal, pero del acervo probatorio se ha acreditado que su actividad era la subversión. El empleo de las armas es necesario en la rebelión, ésta subsume el porte de armas. No puede juzgarse por rebelión y por porte de armas o por este último olvidando la primera. En el caso sub exámine no se requiere entrar al análisis del material probatorio, ni de las normas citadas por cuanto, como se dijo anteriormente, se ha acreditado la calidad de subversivo de los hoy sindicados...' (Fl. 140).

El Tribunal Superior Militar en su fallo del 11 de junio de 1985 no se ocupó del motivo de nulidad propuesto por la representante del Ministerio Público; simplemente afirmó que en la sentencia de primera instancia se había ordenado expedir copia de la actuación para que la justicia ordinaria investigara el delito de rebelión. (Tal ordenamiento hasta la fecha no ha tenido cumplimiento). Se confirmó la sentencia de primera instancia en todas sus partes (Fls. 107 y ss.).

El representante judicial de los condenados Tuberquia, Múnera y Torrado propuso el recurso extraordinario de casación contra el fallo de segunda instancia y le fue concedido en auto del 27 de septiembre de 1985 (Fls. 205 y ss.).

Con motivo de la expedición de la Ley 49 de 1985, el defensor de los tres condenados acabados de nombrar pidió al Tribunal Superior Militar la cesación de procedimiento, porque el ilícito atribuido a Torrado, Tuberquia y Múnera era conexo con el delito político de rebelión, según manifestación de los propios inculpados, diversas piezas del informativo y la opinión de la Fiscal Primera de la Corporación.

La representante del Ministerio Público ante la Corporación al ser consultada sobre la petición de la defensa, rectificó su criterio pues afirmó que no se ocupaba de la "conexidad" sino que se remitía a su concepto del 2 de febrero de 1985, y terminó por mostrarse adversa a la pretensión del indulto.

De su parte, el juzgador de segundo grado, también eludió ocuparse de la solicitud de la defensa y repitió que tan solo se pronunciaba respecto del delito de porte de armas y municiones de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas; además, transcribió apartes de una circular de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares que, al comentar la Ley 49 de 1985, sostiene:

"... Se tendrá en cuenta entonces al hacer la evaluación si de los hechos se deduce o tipifica cualquiera de las conductas que consagra el artículo 202 del Código Penal, las cuales son independientes y nada tienen

que ver con la rebelión o la sedición. En este evento no operaría ni el indulto, ni se podría proferir auto inhibitorio ni cesación de procedimiento y debe continuarse con el conocimiento del caso respectivo...' (Fl. 185).

Sin más argumento se negó la cesación de procedimiento.

Consideraciones

Primera. La Ley 49 de 1985, que entró en vigencia el 5 de junio, fecha de su publicación en el "Diario Oficial", autorizó al señor Presidente de la República para conceder indultos a los condenados en sentencia ejecutoriada, por los delitos de rebelión, sedición y asonada y conexos con éstos por los motivos señalados expresamente en el artículo 1º. Además, dispuso la cesación de procedimiento contra acusados no condenados por fallo ejecutoriado —"...por hechos que puedan ser constitutivos de los delitos a que se refiere el artículo primero de la presente ley con las excepciones allí previstas..."— (Art. 3º). Y, finalmente, en el evento de que tales ilícitos se vayan a denunciar, el Juez debe abstenerse de iniciar sumario (Art. 3º).

El indulto —que concede el Presidente de la República—, la cesación de procedimiento y el auto inhibitorio se refieren a los delitos de rebelión, sedición y asonada —típicamente políticos— y a "los conexos" con éstos "...por haber sido cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos u ocultarlos con excepción de ...".

Y en cuanto a los medios para demostrar la conexidad, que no se declaró en la sentencia, el interesado, según el numeral $3^{\rm o}$ del artículo $1^{\rm o}$ de la ley, podrá recurrir a :

- "a) Las piezas que obren en el respectivo expediente.
- "b) Las certificaciones que a solicitud suya expidan los servicios de seguridad del Estado, la Dirección General de Prisiones y las autoridades militares y de la Policía Nacional.
- "c) Las demás informaciones que considere convenientes y adjunte a su solicitud".

Segunda. En los "Anales del Congreso" números 19, 29, 55, 57 y 76 de 1985, aparecen los debates que se suscitaron en el Congreso en relación con el proyecto del Gobierno que devino la Ley 49 del año pasado. El texto del numeral 3 del artículo 1º de la Ley, acabado de transcribir, surgió de las discusiones en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes y lo propuso el Gobierno, insinuando la creación de un Tribunal de Gracia que conceptuara sobre la conexidad, en el caso de no haberse reconocido en la sentencia, y teniendo en cuenta los elementos de convicción contemplados en el numeral transcrito. Finalmente, se decidió suprimir el Tribunal de Gracia y se estableció que el interesado en el indulto pidiera que dicha conexidad se determinara con fundamento en los documentos previstos en literales a), b) y c), numeral 3, artículo 1º del proyecto. Así se aprobó en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el 13 de mayo de 1985 ("Anales" número 55). En el Senado, como es sabido, no hubo modificaciones al texto del proyecto y se aprobó como resultó del segundo debate en la Cámara de Representantes ("Anales" 57 y 76).

Tercera. El Gobierno Nacional ha aplicado el numeral 3 del artículo 1º de la ley en procesos en que no se comprometió por rebelión, sedición o asonada a los acusados. Así, en la Resolución número 251 del 10 de septiembre de 1985 en la que se concedió el indulto a Luis Esteban Ortiz C., condenando por porte de armas de uso exclusivo de las Fuerzas Militares, se lee:

"La sentencia condena al señor Ortiz Castillo como responsable del delito de porte ilegal de armas, infracción que se caracteriza, particularísimamente, por la circunstancia de que las armas sean de uso privativo de las Fuerzas Militares y no de defensa personal. Por su parte, el delito de rebelión contiene como uno de sus elementos constitutivos la finalidad de derrocar al Gobierno Nacional, mediante el uso de armas, objetivo suficientemente reconocido como propósito de las FARC a cuyas filas el condenado confesó expresamente pertenecer. Surge entonces, como necesaria, la conclusión de que el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, que se le comprobó al señor Ortiz Castillo, no tenía objeto distinto del que constituye elemento esencial de la rebelión: ese porte de armas sumado a la afiliación a un grupo guerrillero, obligadamente integra una serie de hechos de íntima vinculación o conexidad, que es la figura contemplada en el ordinal 3º del artículo 1º de la Ley 49 de 1985, para que proceda el indulto...".

Cuarta. En concreto, el Tribunal Superior Militar en su proveído recurrido en apelación, negó la solicitud de la defensa sin aportar razón válida alguna. Se limitó a reproducir un párrafo de una circular de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares en la que sostiene que quien es acusado del delito contemplado en el artículo 202 del Código Penal no tiene derecho al indulto, porque la rebelión y la sedición no son de competencia de la jurisdicción militar sino de la ordinaria y que aquel ilícito es "independiente y nada tiene que ver con la rebelión o la sedición..." (Fls. 13 y 14 del cuaderno de la Corte).

La Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, según el Decreto 521 de 1971 y la Ley 25 de 1975, sólo tienen funciones de "vigilancia" respecto del personal de la justicia penal de las Fuerzas Militares para que este servicio sea oportuno y eficaz, y de "vigilancia administrativa" en el Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y sus organismos adscritos o vinculados; y, de otra parte "actuar ante la Corte Suprema de Justicia en los casos determinados por la ley". En consecuencia, sus circulares deben orientarse al ejercicio de esas funciones y no a la interpretación de normas legales cuya aplicación no le corresponde a ella sino al señor Presidente de la República y a las autoridades judiciales, como es el caso en estudio.

Sorprende, entonces, a la Sala que el Tribunal Superior Militar apoye, sin beneficio de inventario, sus decisiones en circular de ese organismo que, en el caso en estudio, excede su competencia e interpreta la ley para hacerla inútil, inaplicable. Tal no fue la intención del Gobierno y el legislador sino otra, la obvia, la lógica, que la ley produzca efectos jurídicos como contribución efectiva a la paz dando oportunidad a las personas condenadas o procesadas por determinados delitos para reintegrarse a la sociedad, mediante el reconocimiento del indulto por el señor Presidente de la República o la cesación de procedimiento o el auto inhibitorio, según el caso,

por parte de los Tribunales Superiores, la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia y los jueces al formularse denuncia.

Quinta. La Ley 49 de 1985 autorizó al Presidente de la República para conceder indulto por los delitos de rebelión, sedición y asonada, estimados típicamente políticos, y los "conexos" con estos por haberse cometido para facilitarlos, procurarlos, consumarlos u ocultarlos, con excepción de los ilícitos contemplados en el numeral 2 del artículo 1º.

¿Cómo se establece "la conexidad" entre el delito común y la rebelión, la sedición o la asonada?

En primar lugar, en la sentencia cuando en ella se declara expresamente (numeral 3° , artículo 1°).

En segundo lugar, cuando no se ha reconocido en el fallo, el interesado en el indulto podrá pedir que se establezca teniendo en cuenta los elementos de convicción que menciona el numeral 3° en sus literales a), b) y c).

En los procesos con sentencia ejecutoriada corresponde al Gobierno establecer esa relación (ya se vio que así lo ha hecho el Ejecutivo) y en los demás a las autoridades judiciales que cita el artículo 3º. En consecuencia, es absolutamente obligatorio ocuparse de la conexidad para decidir las peticiones que se formulen con apoyo en la Ley 49 de 1985.

De esta manera se hace operante la ley. En cuanto al delito denominado "político", es preciso remitirse a los tres que expresamente señala el estatuto y demostrar su existencia o su ausencia. Y en cuanto a los llamados por la doctrina "comunes", forzoso resulta establecer la "conexidad", la relación que puedan tener con aquél. El ponente en la Cámara de Representantes, luego de transcribir en su estudio el pensamiento de tratadistas colombianos de Derecho Penal sobre el tema de la conexidad, dijo: "Esta es la razón, honorables Representantes, por la cual en el proyecto se habla de delitos políticos y conexos con éstos, sin que esto implique que se estén rebasando las facultades constitucionales, ya que los delitos comunes conexos con los políticos, se han entendido siempre ligados a la suerte de estos últimos..." ("Anales del Congreso" número 55, página 724).

En este orden de ideas resulta fácil concluir que en el presente caso los condenados por el delito de porte de armas y municiones propias de las Fuerzas Militares, tienen derecho a que se disponga la cesación de todo procedimiento en su contra. En efecto:

La lectura de las primeras piezas procesales, interrogatorio a que fueron sometidos por las autoridades militares, e indagatorias rendidas ante el funcionario de instrucción, enseñan de manera inequívoca que los tres y Ricardo Mauro Moreno pertenecían al denominado Ejército de Liberación Nacional, movimiento subversivo, habían recibido instrucción, portaban cuatro armas de corto alcance y dos granadas, que se apresuraron a entregar a las autoridades, y con las que pretendían asaltar, al parecer, el puesto de policía de "Las Mercedes" con el propósito de tomar las armas del personal a él asignado. No lo lograron, pues fueron capturados en el hotel en el que se alojaban.

La conexidad o relación de este delito común, el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, con la rebelión, resulta indiscutible. Precisamente uno de los elementos que configuran este ilícito es el empleo de "armas" para derrocar al Gobierno Nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. No puede imaginarse el delito de "rebelión" sin la utilización de armas.

Algo más: esta conexidad, como lo destaca el señor defensor de los acusados, la reconocieron las sentencias de instancia y el concepto de la Fiscal Primera del Tribunal Superior Militar, y a este efecto transcribe en su escrito, en el que sustenta el recurso de apelación, un párrafo del fallo de primer grado en el que ostensiblemente se reconoce la "conexidad ideológica" entre la conducta de los acusados y "...tomar el armamento para ponerlo al servicio de las organizaciones subversivas contra un régimen legalmente instituido, lo que se vendría a tipificar con la figura genérica de rebelión..." (Fls. 105 y 192).

Basta lo expuesto para que la Sala concluya que se ha probado la conexidad entre el delito por el cual fueron condenados en este proceso Víctor Julio Tuberquia, Neftalí Torrado y Beatriz Elena Múnera, y el delito de rebelión. Así, es el caso de ordenar la cesación de todo procedimiento en contra de ellos —la acción penal no puede continuarse—, porque el delito por el cual se les condenó en sentencia no ejecutoriada, corresponde a uno de los contemplados en el artículo 1º de la Ley 49 de 1985.

En consecuencia, habrá de disponerse la libertad inmediata e incondicional de los acusados enterándolos, al momento de la notificación personal, que la cesación de procedimiento quedará sin efecto si el beneficiario fuere condenado por rebelión, sedición o asonada, conexo con éstos, secuestro o extorsión, dentro de los dos años siguientes a esta providencia (Art. 6º de la ley).

Quedan a salvo las indemnizaciones de perjuicios causados a particulares por el delito a que se refiere la cesación de procedimiento.

En definitiva, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, en desacuerdo con la opinión del representante del Ministerio Público, dispone: Revocar el auto del 23 de julio de 1985 del Tribunal Superior Militar dictado en este proceso y en su lugar Declarar la Cesación de todo procedimiento en contra de Víctor Julio Tuberquia, Neftalí Torrado Ortega y Beatriz Elena Múnera Tuberquia, por los hechos investigados en este asunto, y ordenar la libertad incondicional de los tres acusados con las advertencias del artículo 6º de la Ley 49 de 1985.

Quedan a salvo las indemnizaciones de perjuicios causados a particulares por razón del delito que dio lugar a la cesación de procedimiento en este asunto.

Como los acusados Tuberquia y Torrado se encuentran detenidos en la Penitenciaría Nacional de Cúcuta y Beatriz Elena Múnera en la cárcel del Barne de Tunja, se comisiona al Juez 1º Superior de Cúcuta para notificarles esta providencia y hacerles la advertencia a que alude la parte motiva. En cuanto se refiere a Beatriz Elena Múnera, se comisiona al Juez 1º Superior de Tunja para la notificación y la advertencia a que se ha

hecho mención. De esta determinación se dará cuenta al Comandante de la Quinta Brigada de Bucaramanga, Juez de Primera Instancia.

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

Edgar Saavedra Rojas, Hernando Baquero Borda, Luis Enrique Aldana Rozo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Secretario.

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Cuando se ha dictado sentencia condenatoria de primera, segunda o única instancia, no es posible revocar un auto de detención, so pretexto de que una nueva disposición lo elimine para determinados comportamientos y, en su lugar, señale una medida de aseguramiento diferente.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz.

Aprobado: Acta número 041.

Bogotá, D. E., 29 de abril de 1986.

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto dentro del término legal por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, contra el auto de diez (10) de abril del corriente año, por medio del cual se le negó el beneficio de libertad provisional al procesado Jorge Luis o José Luis Rivas Palacio.

Al recurso se le dio el trámite previsto por los artículos 349 y 108 del Código de Procedimiento Civil.

Consideraciones de la Corte

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal emitió concepto favorable para la excarcelación del procesado Rivas Palacio el nueve de abril del corriente año y, la Sala, en providencia del día siguiente negó el beneficio demandado por el Ministerio Público.

En la citada oportunidad el recurrente, manifestó:

"A partir de la vigencia del Decreto 1188 de 1985 (sic. 'por el cual se confiere una comisión al exterior' —Ministerio de Educación Nacional—

'Diario Oficial' número 36.981, página 818), la situación jurídica del condenado debía haber sido modificada, puesto que tratándose de ilícitos cuya pena mínima era inferior a dos años de prisión (los cargos se formularon al tenor del Art. 221 del C. P.) procedía únicamente medida de aseguramiento de caución (Decreto 1188 Art. 10) (sic) máxime si se mira que en el expediente no existen constancias de que en su contra haya auto de detención o caución vigentes en otro proceso (Art. 43 ib.). Y esta gracia no podía ser afectada con la vigencia del Decreto 056 de 1986, con fundamento en la situación de flagrancia en que se operó su captura (Fls. 1 y 5), habida consideración de que con ello se desconocería el principio de favorabilidad de la ley procesal, previsto en el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal''.

"Consecuencia de lo anterior es que, independientemente de lo previsto en el fallo en torno al derecho a la condena de ejecución condicional, lo que sería aplicable a partir de la firmeza de la sentencia y para los efectos de su ejecución (Art. 669 C. P. P.), debe otorgarse la libertad del petente con fundamento en la revocatoria del auto detentivo y la imposición de caución como medida de aseguramiento; ello sin perjuicio de que en contra de Rivas Palacio llegase a existir orden de aprehensión proferida por otra autoridad y por otra causa diversa a las que nos ocupa".

La Sala al negar el beneficio de libertad provisional en el auto recurrido, consignó:

- "Sea lo primero dar respuesta al concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal en su escrito que antecede y que se dejó transcrito en lo pertinente:
- "Tanto el Decreto 1853 de 1985 como el 056 de 1986 que regulan lo relativo a la captura, detención y libertad del procesado, no pueden ser aplicados en este caso concreto puesto que, como se relacionó anteriormente, el procesado se encuentra sentenciado tanto en primera como en segunda instancia, hallándose pendiente únicamente de resolver sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el detenido.
- "En varias oportunidades ha dicho esta Sala que 'frente al Decreto 1853 de 1985, en verdad el Juez, durante el curso del proceso, no puede negar el beneficio de libertad provisional, salvo las excepciones contempladas en los artículos 16 y 17, inciso segundo, del mismo estatuto, al procesado que se encuentra detenido provisionalmente por delitos cuya sanción es la de arresto o que no excedan de tres (3) años de prisión, so pretexto de que requiere tratamiento penitenciario".
- "No ocurre lo mismo respecto del procesado que ha sido declarado responsable del delito que se le imputa, en sentencia de primera, segunda o única instancia, por cuanto el artículo 68 del Código Penal no fue ni podía ser modificado por el Decreto 1853 de 1985, siendo válida, la negativa de la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional cuando, a criterio del juzgador, por la naturaleza y modalidades del hecho punible y la personalidad del condenado, se requiere tratamiento penitenciario. (Autos de 14 de agosto de 1985 y 20 de marzo de 1986).

"Quiere decir lo anterior que frente a la sentencia de primera, segunda o única instancia, las normas sobre captura, detención y libertad provisional previstas en los estatutos antes mencionados, no pueden ser aplicadas. Solamente le es permitido al Juez, otorgar los subrogados penales y el beneficio de libertad provisional con arreglo a los mandatos de la Ley 2ª de 1984 y el Código Penal.

"Tampoco puede predicarse la procedencia de una caución prendaria como medida de aseguramiento por revocatoria del auto detentivo, puesto que, con motivo de un incidente de libertad la Corte no puede modificar la situación jurídica del procesado. Solamente puede hacerlo con fundamento en la demanda que eventualmente presente el apoderado del procesado y de acuerdo con las causales invocadas, siempre y cuando prosperen los ataques a la sentencia recurrida".

En su escrito de reposición el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, expone:

- "1º Si bien no objetamos la doctrina de la Corte en virtud de la cual el Decreto 1853 de 1985 no modifió el artículo 68 del Código Penal, y que por lo tanto es la sentencia la oportunidad procesal indicada para conceder o negar el subrogado de la condena condicional, procediendo entonces al examen de las condiciones que ameriten o no el tratamiento penitenciario, sí consideramos que la privación de la libertad de Rivas Palacio, como consecuencia de los razonamientos y declaraciones de fallo, únicamente es ejecutable a partir de su firmeza o ejecutoria formal, que deviene de una cualquiera de estos tres presupuestos: que el recurso se declare desierto, que la honorable Corte no case la sentencia de segunda instancia, o que casándola profiera sentencia de reemplazo que produzca similares consecuencias en torno a la privación de la libertad para el debido cumplimiento de lo que en ella se disponga.
- "Por eso no consideramos sostenible que Rivas Palacio se halle detenido no en virtud del auto de detención, sino en cumplimiento de una sentencia de condena y, consecuencialmente, abonando parte de la pena que le fue impuesta".
- "2º La sentencia sólo es ejecutable a partir de su firmeza. Así se debe inferir del ordenamiento jurídico y fundamentalmente de las disposiciones contenidas en los artículos 665 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, el primero de los cuales reza:
- 'Artículo 665. A quien corresponde la ejecución de la sentencia. La ejecución de la sentencia definitiva y ejecutoriada corresponde al Juez que conoció del proceso en primera o única instancia, mediante orden, comunicada a los funcionarios administrativos encargados del cumplimiento de la sanción'.
- "Por su lado, los artículos 668 y 670 del mismo estatuto, regulan lo atinente a la captura del condenado que no se hallare detenido, y de su texto se desprende lo siguiente:
- "a) Que se debe ordenar su captura, y obtenida ésta remitirlo al establecimiento de detención existente en el lugar de la residencia del Juez,

mientras se señala por parte del Gobierno y a través del Director General de Prisiones, el lugar de reclusión donde el condenado debe cumplir la sanción (Art. 669 y 670).

- "b) Que ese señalamiento se produce una vez la Dirección General de Prisiones recibe las copias de la sentencia y de la cartilla biográfica (669).
- "c) Que esas copias, se ordenan sacar únicamente una vez esté 'ejecutoriada la sentencia que imponga una sanción privativa de la libertad' (668).
- "La ley colombiana no prevé, y no podía hacerlo sino violando la Constitución, el cumplimiento anticipado de las sentencias. Institutos como la detención, el embargo y secuestro de bienes, o la aprehensión de objetos que pueden llegar a ser materia de comiso, se originan precisamente en criterios de necesidad política y como medidas cautelares, a fin de que en caso de llegarse a sentencia de condena no se rehuya o evada su cumplimiento. Precisamente por ello se ha previsto, de modo expreso, que el tiempo de detención preventiva se abone como parte de la pena.
- "3º La firmeza del fallo tiene origen en el agotamiento de las instancias y la casación. Sólo ahí es inmodificable y definitiva, como no sea a través de recurso extraordinario de revisión. Por eso el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal dispone 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.
- "En el subjúdice, Rivas Palacio interpuso, dentro del término legal, recurso extraordinario de casación que se encuentra en trámite; entonces la sentencia no está ejecutoriada, no es definitiva, ni ha hecho tránsito a cosa juzgada que es la consecuencia sustancial de la ejecutoria. Y si aún es modificable, a través de la casación, el reo no puede estar cumpliendo una pena, una consecuencia jurídica proveniente de un acto jurisdiccional que es supceptible (sie) de sufrir cambios. El artículo 115 del Código de Procedimiento Penal, al regular las consecuencias de la cosa juzgada hacia el futuro, reitera el principio de que ella se origina única y exclusivamente mediante sentencia ejecutoriada, sobreseimiento definitivo o providencia especial del artículo 163 también ejecutoriadas (con la excepción atinente a la querella ilegítima y para el último evento).
- "4º El artículo 208 del Código de Procedimiento Penal, dispone que ninguna providencia proferida en la etapa del juicio se cumple mientras no esté ejecutoriada. Admite, como única excepción, el cumplimiento de los autos de sustanciación no enumerados en el inciso primero del artículo 179 ib. La sentencia, es una providencia que no puede proferirse sino dentro del juicio, y que por ende está sometida a la regla en cita. También, como lo ha reconocido la honorable Corporación es el único momento procesal en que puede decidirse sobre la procedencia o no de la condena condicional. En consecuencia, cualquier decisión que se tome en ella, en torno al otorgamiento o no de la condena condicional, debe cumplirse a partir de la ejecutoria del fallo y no antes.
- "Precisamente por eso, porque la decisión tomada en la sentencia se cumple a partir de la ejecutoria, la ley ha tenido que prever mecanismos de aseguramiento o cautela que permiten al reo disfrutar o sufrir, anticipa-

damente, las declaraciones del fallo. Pero son expresos, su aplicación no es extensiva y no obstante por economía procesal incluirse dentro de la resolutiva de la sentencia, materialmente no corresponde a la misma. Ejemplos de ellos son la excarcelación por virtud de sentencia absolutoria y la detención —para los delitos que la admiten y sólo para ellos— en caso de sentencia de condena, bien porque se mantenga la que viene rigiendo, bien porque no habiendo sido dispuesta por algún motivo sea preciso hacerlo.

- "Institucionalmente, la libertad o la privación de ella que así surjan no se imputan directa e inmediatamente a la ejecución de la sentencia, sino al mecanismo de cautela que tiende hacer efectivo su contenido.
- "Para casos en que es necesario privar de la libertad a una persona como consecuencia de la ejecutoria e inmodificabilidad de un fallo, como sucede v. gr. con los delitos de calumnia e injuria en los que está prohibida la detención preventiva (C. P. P. Art. 440), existe la norma que ya comentamos sobre captura del condenado que no se halla detenido, y a la cual nos remitimos. (668 C.P.P.).
- "5º También porque existe la norma que condiciona la ejecución de las decisiones a la ejecutoria de las providencias, la ley ha tenido que establecer las excepciones a que se refieren los artículos 196 inciso 2º y 457 del C. P. P. En virtud del primero, la apelación de los autos interlocutorios dentro del juicio suspende su cumplimiento hasta el momento de su revisión, excepto los que se refieren a la detención y libertad del procesado que se ejecutan inmediatamente son proferidos. Y por mandato del segundo, cuando el superior revoca un auto de detención en virtud de alzada, o concede la libertad provisional, expide él mismo la orden para que se cumpla la medida sin esperar la ejecutoria de dicha providencia.
- "Ninguna norma del Código de Procedimiento Penal consagra procedimiento similar al del artículo 196 para las sentencias; o constituye una excepción al 457 en el caso de la libertad se disponga en el fallo.
- "6º La Procuraduría Delegada entiende perfectamente el sentido del antecedente jurisprudencial en virtud del cual la Corte no puede modificar la situación jurídica del procesado con motivo de un incidente de libertad. Dentro del contexto de la legislación derogada ello implica, necesariamente, un juzgamiento a priori de lo que podía constituir objeto del recurso de casación. Pero porque la definición de la situación jurídica no oscilaba sino entre dos términos: dictar auto de detención o abstenerse de hacerlo. Uno u otro conducían a que se examinaran los aspectos probatorios del debate y el proceso de adecuación típica. Modificar la situación jurídica, desde ese punto de vista y en esa legislación, implicaba necesariamente desconocer algún extremo del fallo. Y el desconocimiento del fallo no podía hacerse sino a través del recurso extraordinario.
- "Ahora con el Decreto 1853 ello también puede ocurrir, pero no siempre. La regla general admite excepciones donde la modificación de la situación jurídica del reo no provoca prejuzgamiento y antes bien sea la consecuencia de admitir que las declaraciones de la sentencia rigen en tanto no sean modificadas en virtud de la casación. En tales casos, a nuestro modo de ver, debe ceder la doctrina. Porque la pretensión de la Delegada no ha

sido la que se modifique la situación jurídica del condenado con fundamento en valoraciones probatorias o en la búsqueda de un cambio de la parte vertebral de la sentencia, sino precisamente como consecuencia de las declaraciones que ella contiene. Precisamente porque partimos de que Rivas Palacio o Palacio Rivas soporta imputación por delito de falsedad en documento privado hemos solicitado que revoque la detención y se imponga caución (1853 Art. 10), a la que siempre ha tenido derecho desde que se expidió el mencionado decreto. Cruet, citado por Fernando Gómez M. en la interpretación del Derecho (Ed. Ananké, 1979, p. 170) sostuvo que 'votar un texto nuevo es rehacer un poco toda la legislación'. Y de paso, agregamos nosotros, rehacer un poco la jurisprudencia.

"79 De otro lado, la aplicación de la ley favorable no puede tener límites formales en materia de libertad, salvo que implicase aquél pronunciamiento a priori en que la Corte, como Tribunal de Casación, no puede incurrir so riesgo de desvertebrar la técnica del recurso. Y ese sería, en última instancia, otro planteamiento que en nuestra estimativa concurre a sostener el pedimento de reposición que aquí se formula".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Congreso de la República mediante la Ley 52 de 1984 facultó al Ejecutivo para elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, con la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus prescripciones, sobre varias materias, entre otras, la reglamentación de la captura, detención y libertad provisional del procesado.

En desarrollo de la citada facultad, se expidió el Decreto 1853 de 1985, por medio del cual se dictaron normas sobre procedimiento penal, más concretamente, sobre la captura, detención y libertad de las personas, definición de la situación jurídica de las mismas, notificación del auto de proceder, defensa del procesado y pago y destino de las cauciones.

Dicho decreto fue modificado posteriormente por el 056 de 1986 en sus artículos 1º, 2º, 9º, 14 y 16.

El artículo 8º del Decreto 1853 enseña que "son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el procesado resultare por lo menos una declaración de credibilidad, según el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, o un indicio grave de responsabilidad".

Quiere decir lo anterior que si no se da este específico requisito, el Juez, en ningún caso, podrá dictar medida de aseguramiento. Tampoco podrá hacerlo, en el caso previsto por el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal (Hábeas corpus).

La conminación sólo es procedente en aquellos delitos cuya pena principal es la de arresto o no privativa de la libertad, mediante la suscripción de diligencia en la cual el procesado se comprometa a cumplir con las obligaciones impuestas por el Juez al momento de resolverle su situación jurídica. (Art. 2º Decreto 056 de 1986).

La caución, se aplica respecto de los delitos cuya pena mínima sea mferior a dos (2) años de prisión, o cuando se otorgue al procesado la excarcelación por uno cualquiera de los motivos previstos por el artículo 44 de la Ley 2ª de 1984 (artículo 453 del C. P. P.), pérdida del expediente penal (Art. 165), suspensión de la detención preventiva (Art. 452), aplazamiento de la ejecución de la pena (Art. 673), sobreseimiento temporal (Art. 10 Decreto 1853), revisión del proceso (Art. 588 C. P. P.), condena de ejecución condicional (Art. 68 C. P.) y libertad condicional (Art. 72 C. P.).

La caución puede ser prendaria o juratoria. Esta, sólo procede en el evento de que el juez considere que el procesado carece de recursos económicos para prestar la prendaria y consiste en la suscripción de la diligencia de buena conducta prevista en el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente, la detención preventiva procede en aquellos delitos cuya sanción tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de agravación concurrentes, en los delitos contemplados en el Capítulo I del Título VII del Código Penal (Arts. 229 a 241) y enriquecimiento ilícito (Art. 148); cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigente por delito doloso o preterintencional en otro proceso, aunque el delito por el cual se proceda tenga pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años, o pena de arresto. En ningún caso procede la detención preventiva cuando exista evidencia de que el procesado obró por cualquiera de las justificaciones del hecho (Art. 29 C. P.) o causales de inculpabilidad (Art. 40 ib.).

La excarcelación prevista en las normas anteriores, tienen así mismo sus excepciones. El artículo 5º del Decreto 056 de 1986, excluye del citado beneficio a los procesados por delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo, por los delitos previstos en la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) cuando tengan pena de prisión que sea o exceda de dos (2) años y los consagrados en el Capítulo I, Título VII del Código Penal y en el Decreto 2920 de 1982; cuando la captura del procesado se haya verificado en flagrancia o cuasiflagrancia respecto de delitos dolosos o preterintencionales y cuando el procesado no otorgue la caución juratoria o prendaria dentro del término de tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la disponga o cuando incumpla una cualquiera de las obligaciones contraídas respecto de la diligencia de buena conducta prevista en el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal.

Es entendido que las medidas de aseguramiento deben ser tomadas por el Juez, de acuerdo con las circunstancias antes descritas, una vez resuelta la situación jurídica del procesado y, ellas mantienen su vigencia durante el curso del proceso, siempre y cuando no se presenten motivos para modificarlas o revocarlas.

El legislador previó medidas como la detención preventiva para aquellos comportamientos de cierta gravedad y, en otros, de menor trascendencia, consideró innecesaria la reclusión del procesado, para lo cual impone el beneficio de excarcelación.

El artículo 15 del Decreto 1853 de 1985, enseña que la excarcelación prevista en el artículo 453, numeral 3º del Código de Procedimiento Penal

(Art. 44 Ley 2ª de 1984) no podrá negarse sobre la base de que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario. Y como ya lo dijo esta Sala y que el Ministerio Público no objeta, el decreto en cita no modificó, ni podía modificar el artículo 68 del Código Penal, pues, de acuerdo con las facultades otorgadas al Ejecutivo mediante la Ley 52 de 1984, sólo se puede, dentro del término descrito en la misma ley, dictar medidas procedimentales respetando la filosofía del Código Penal vigente, y no modificándolo o derogándolo.

Quiere decir lo anterior, que durante la etapa instructiva, y aun del juicio, antes de dictarse sentencia de primera o de única instancia, el juez no puede negar el beneficio de excarcelación al procesado so pretexto de que requiere de tratamiento penitenciario, en aquellos delitos que permiten su liberación provisional.

Frente a la sentencia, de primera o de única instancia, repite la Sala, el Juez, puede negar tal beneficio con fundamento en lo preceptuado por el artículo 68 del Código Penal, pues el procesado no se halla en una mera expectativa respecto de su responsabilidad penal, sino que mediante ese preciso acto procesal se le define su situación jurídica en forma definitiva y se le tasa la sanción que le corresponde de acuerdo con las imputaciones que le aparecen dentro del informativo y de las que se le halló responsable. A partir de este momento, el detenido provisionalmente empieza a descontar la pena que le fue impuesta, con el abono del tiempo que ha permanecido en reclusión. Y, hasta tanto no sea modificada por el Superior, tal determinación es ley del proceso y a ella deben atenerse todos los sujetos procesales. De ahí que, aún sin hallarse debidamente ejecutoriada la sentencia, el procesado tiene derecho a su excarcelación por pena cumplida y a que se le reconozca el beneficio de libertad condicional cuando en su caso se hallen presentes los presupuestos del artículo 72 del Código Penal.

La afirmación que hace el recurrente en el sentido de que ninguna determinación adoptada en la sentencia puede cumplirse mientras no cause ejecutoria, resulta improcedente. El artículo 669 del Código de Procedimiento Penal impone al Juez que conoció del proceso en primera o única instancia la obligación de librar orden de captura para el procesado condenado que no se halle privado de la libertad, para el cumplimiento de la sanción, es decir, que la norma admite que exista procesado detenido antes de la ejecutoria del fallo y, que el tiempo que lleve en detención preventiva o provisional, sea abonado a la pena impuesta.

Pero, las demás determinaciones adoptadas en la sentencia, como penas accesorias o principales, distintas de la de privación de la libertad, como lo advierte el Ministerio Público no pueden ejecutarse sin la consolidación del fallo. Lo contrario, llevaría en el primer caso a la impunidad (no privación de la libertad para el cumplimiento de la pena) y a la ejecución anticipada de sanciones, sin competencia para hacerlo como la multa o de indemnización de perjuicios.

Siendo así que el propio legislador faculta al Juez para garantizar dentro del proceso el cumplimiento de una posible sentencia de condena (detención preventiva, embargo y secuestro de bienes, etc.) y que tales medidas son admitidas por el recurrente como cautelares y originadas en

criterios de necesidad política, con mayor razón si ellas se toman dentro de la sentencia de condena, esto es, al momento de declarar la responsabilidad del procesado en forma definitiva.

En el caso concreto, el procesado se encuentra condenado a la pena privativa de la libertad de tres (3) años de prisión y los juzgadores de instancia, en forma expresa le negaron el beneficio de la condena de ejecución condicional, precisamente por su personalidad y las modalidades del hecho a él atribuido.

Así mismo la pluralidad de conductas realizadas por el procesado y el habérsele capturado cuando realizaba el hecho por el cual se le halló responsable, fueron circunstancias tenidas en cuenta para negarle su excarcelación.

En este momento procesal, reafirma la Sala, no puede ser modificada la sentencia en ningún caso, pues se carece de competencia para hacerlo. Solamente, con motivo de la petición de libertad y con fundamento en las normas que rigen la excarcelación, puede la Corte otorgarla cuando se hallen debidamente acreditados todos aquellos requisitos que exige la ley. No puede, se repite, revocar un auto de detención producido legalmente dentro del proceso, so pretexto de que una nueva disposición elimine tal medida para determinados comportamientos. Lo procedente en ese caso, es el otorgamiento del beneficio de excarcelación, mediante caución prendaria o juratoria o conminación, siempre y cuando no se haya dictado sentencia de primera, segunda o única instancia, pues, en tal estado procesal, las normas sobre excarcelación previstas por el Decreto 1853 y 056 de 1985 y 1986, respectivamente, no pueden ser aplicadas contrariando los mandatos del Código Penal.

Cosa distinta sería que una nueva ley, modifique la sanción que se le impuso al procesado como es el caso de la Ley 30 de 1986 frente al Decreto 1188 de 1974 y Decreto 1060 de 1984 o que, la conducta por la cual se le halló responsable deje de considerarse delictiva, en cuyo caso, debe hacerse nueva tasación de la sanción, de manera provisional o, previo concepto del Ministerio Público, cesar el procedimiento, según el caso, ordenando la libertad del procesado de acuerdo con las normas que rigen la excarcelación.

Como quiera que Palacio Rivas lleva en detención efectiva veintiún (21) meses y un (1) día, no tiene derecho al beneficio de libertad provisional por el factor cuantitativo y, menos aún por su personalidad pues el 11 de febrero de 1984 logró fugarse del centro de reclusión y sometido a prisión nuevamente el 21 de mayo de 1985.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, no repone su providencia de fecha diez (10) de abril último por medio de la cual negó al procesado Jorge Luis o José Luis Rivas Palacio el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.

VEREDICTO

Respuestas múltiples.

No puede predicarse antagonismo o contradicción cuando las respuestas dadas por el jurado de conciencia, hacen afirmación categórica de la culpabilidad del procesado en el homicidio para ocultar el hurto, asegurar su producto o la impunidad y niegan el elemento violencia sobre las personas o las cosas, como circunstancia calificadora del hurto.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz

Aprobado: Acta número 041.

Bogotá, D. E., 29 de abril de 1986.

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Jesús Abelardo Mantilla Arenas y su defensor contra la sentencia de 12 de septiembre de 1984 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmando, con algunas modificaciones, la dictada por el Juzgado Quinto Superior de esa ciudad, lo condenó a la pena principal de diecisiete (17) años de prisión y a las sanciones accesorias correspondientes, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado en la joven Yanira Amorocho Rueda y hurto en bienes de propiedad de Daniel Mantilla Arenas.

HECHOS.

Aparece de autos que la tarde del sábado 10 de abril de 1982 el procesado Jesús Abelardo Mantilla Arenas informado que la casa de habitación de su hermano Daniel, del barrio "Provenza" de la ciudad de Bucaramanga,

se encontraba al cuidado de la empleada doméstica Yanira Amorocho Rueda y haciéndose pasar por otro de sus hermanos, se presentó a dicho lugar so pretexto de reclamar un par de zapatos tenis. En el interior de la residencia, después de mirar un rato televisión, se dio a la tarea de forzar las puertas de los "closets" sustrayéndose relojes y joyas que allí se guardaban, apoderándose, además, de doscientos cincuenta pesos en dinero efectivo producto de la venta de helados; hecho éste que advertido por Yanira suscitó el correspondiente reclamo apresurándose a salir a la calle ante el extraño comportamiento del visitante.

El acusado viéndose sorprendido y temeroso de ser denunciado, impidió por la fuerza la salida de la empleada doméstica y para silenciar los gritos de auxilio que daba la emprendió contra ella a cuchilladas hasta ocasionarle la muerte huyendo precipitadamente del lugar ante la mirada impotente de los vecinos que habían acudido a indagar lo sucedido.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación fue iniciada por el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal radicado en Bucaramanga, despacho que después de oír en indagatoria al sindicado, quien se presentó voluntariamente a responder por su conducta, y practicar otras diligencias resolvió la situación jurídica ordenando su detención precautelar por auto del 27 de abril del mismo año (Fls. 43 a 50 del Cuad. número 1).

En forma libre y espontánea confesó el procesado la autoría de los hechos aduciendo como móvil del hurto la necesidad de procurarse dinero "de algún modo" para cancelarle una deuda a su hermano Daniel y respecto al homicidio, el hecho de haber sido "descubierto" por la Amorocho Rueda sustrayéndose el dinero temiendo ser delatado expresando: "Yo no quería matarla a ella. Si ella no se hubiera dado cuenta de la plata yo me hubiera ido y después habría afrontado las consecuencias" (Fl. 40 v. ibídem).

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Quinto Superior de Bucaramanga por auto de 15 de febrero de 1983 lo llamó a responder en juicio, con intervención del jurado de conciencia, por los delitos de homicidio en las circunstancias de agravación punitiva de los ordinales 2º y 7º del artículo 324 del Código Penal, en armonía con el 323 de la misma obra. Es decir, "para asegurar el producto del hurto o la impunidad", y por la forma sorpresiva como se acometió a la víctima cuando su inermidad era notoria, esto es aprovechándose de la "situación de indefensión e inferioridad en que se encontraba"; y hurto, de que tratan los artículos 349 y 350 - 1 del Código Penal "por haberlo cometido con violencia sobre las personas, más concretamente al dar muerte a la servidora doméstica"; en concurso de hechos punibles (Art. 26 ibídem) (Fls. 1 a 29 del Cuad. número 2). Pronunciamiento apelado por el defensor pero no sustentado por él y confirmado por el Tribunal Superior de Bucaramanga mediante el suyo del 3 de agosto del citado año, con la modificación de revocar la circunstancia de agravación del homicidio derivada del aprovechamiento e indefensión de la víctima (Ord. 7º del artículo 324 del Código Penal), haciendo extensivo el elemento violencia en el hurto a los mecanismos de seguridad de las puertas en que se guardaban las joyas sustraídas (Fls. 7 a 16 del C. del T. S.).

Descartada la inimputabilidad del sindicado y convocada audiencia pública fueron sometidos a consideración del jurado de conciencia los siguientes cuestionarios:

Para el homicidio:

"El acusado Jesús Abelardo Mantilla Arenas, de anotaciones personales y civiles conocidas en el expediente, es responsable de haber ocasionado la muerte a Yanira Amorocho Rueda, mediante las heridas descritas por el señor médico legista en la correspondiente diligencia de necropsia (Fls. 31 - 32), según hecho ocurrido el día 10 de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982) en el Barrio 'Provenza' del perímetro urbano de esta ciudad, y en su ejecución obró con la intención de matar, para preparar, facilitar o consumar otro hecho punible; para ocultarlo, asegurar su producto o la impunidad, para sí?".

Para el hurto:

"El acusado Jesús Abelardo Mantilla Arenas, de anotaciones personales y civiles conocidas en el expediente, es responsable del apoderamiento de los bienes de propiedad de Daniel Mantilla Arenas, hecho ocurrido el día 10 de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982) en el Barrio 'Provenza' del perímetro urbano de esta ciudad, y en su ejecución obró con violencia sobre las personas o las cosas?" (Fls. 22 y 23 del Cuad. número 3).

Los jurados dieron por unanimidad las siguientes respuestas: "Si" respecto al homicidio agravado y "Si, sin violencia ni agravantes" en cuanto al hurto.

El Juez de conocimiento acogiendo los veredictos emitidos como simplemente afirmativos de la culpabilidad del procesado en el homicidio agravado por la circunstancia de haberlo cometido para ocultar otro hecho punible, asegurar su producto o la impunidad en el hurto simple, es decir, sin violencia ni agravantes, por sentencia de 9 de junio de 1984 condenó a Jesús Abelardo Mantilla Arenas a la pena principal de diecisiete años de prisión y accesorias correspondientes (Fls. 54 a 69 del Cuad. número 3). Fallo apelado por la defensa y confirmado, con algunas modificaciones, por el Tribunal Superior de Bucaramanga mediante el que es objeto del recurso de casación.

La demanda

Con fundamento en las causales tercera y cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se formulan en su orden los siguientes cargos a la sentencia impugnada.

Causal Tercera.

Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio. Reparo que el demandante sustenta en aclaración de voto del honorable Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez a la sentencia de casación de 30 de julio de 1981, en apartes del fallo de la misma índole de 24 de febrero del citado año, y en los siguientes razonamientos:

"El veredicto pronunciado 'Sí' para la cuestión primera correspondiente al homicidio afirmó que el procesado mató 'para' ocultar el hurto, asegurar su producto o la impunidad y el veredicto emitido 'Sí, sin violencia ni agravantes', para la cuestión segunda referente al hurto calificado negó la violencia ejercitada, según el auto de proceder, 'para' ocultar el hurto, asegurar su producto o la impunidad. Esto es, el veredicto violó el principio lógico de la no contradicción porque al afirmar y negar al mismo tiempo la circunstancia de agravación punitiva y la causal de calificación, para el homicidio y para el hurto, respectivamente, las circunstancias que evidentemente son idénticas, artículo 324 numeral 2º, segunda parte y artículo 350, último inciso, se destruyen por sí mismas...".

Causal Cuarta.

Primer cargo. Nulidad de orden legal por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al lugar en que se cometió la infracción (Art. 210 - 5 del C. P. P.), que se hace consistir en el hecho de identificarse en el auto de proceder el lugar de los sucesos como perteneciente a la jurisdicción del Municipio de Floridablanca cuando la residencia en que se desarrolló la tragedia corresponde, por su nomenclatura y ubicación, al plano urbano de la ciudad de Bucaramanga, vicio que no desaparece, según el censor, por simples referencias aclaratorias contenidas en diligencias o actuaciones posteriores.

Segundo cargo. Nulidad de rango constitucional por inobservancia de las formas del debido proceso y consecuente desconocimiento del derecho de defensa del procesado.

Consiste el cargo en la incorrecta elaboración del cuestionario por el que se interrogó al jurado de conciencia respecto a la culpabilidad del procesado en el homicidio toda vez que al preguntársele por la intención de matar "para preparar, facilitar o consumar otro hecho punible" injustamente se le cargaron tres diferentes conductas que no fueron deducidas en el pliego de cargos ni acreditadas durante la etapa probatoria del juicio. Arbitraria inclusión que desconoció las normas propias del debido proceso por jurados y afectó el derecho de defensa del procesado conculcando inalienables garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Agrega el demandante que por haberse refundido en una sola causal de agravación punitiva del homicidio distintos comportamientos, según los derroteros del nuevo Código Penal (Art. 324-2), la indiscriminada inclusión de todos ellos no puede identificarse o asimilarlos tratándose de conductas autónomas y disímiles, sin que por lo demás resulte válida la argumentación del ad quem en el sentido de que esta crítica solo era procedente en vigencia del anterior Código Penal.

Solicita en consecuencia la infirmación del fallo acusado para que se dé aplicación a lo previsto en los numerales 2º y 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal examinando en orden lógico los motivos de impugnación aducidos se opone a las pretensiones del actor y solicita que no se case la sentencia.

En el mismo orden examinará la Sala los cargos formulados.

Causal Cuarta.

Primer cargo. Estima el Procurador Delegado que el error en cuanto al lugar en que se perpetuó la infracción no tiene la incidencia que le atribuye el impugnador, pues si bien es cierto que en la providencia enjuiciatoria proferida por el Juzgado Quinto Superior se ubicó la residencia que sirvió de escenario a la tragedia dentro de la jurisdicción territoral del Municipio de Floridablanca, también lo es que dicho yerro fue oportunamente enmendado por el Tribunal Superior, al confirmar por vía de apelación, el auto de proceder de primera instancia precisando que los ilícitos ocurrieron en casa del hermano del acusado situada en el barrio "Provenza", jurisdicción municipal de la ciudad de Bucaramanga, circunstancia que aparece consignada en los cuestionarios propuestos a consideración de los jueces populares.

Y aunque la razón de suyo es suficiente, vale recordar que todavía en el supuesto caso que los hechos hubieran sucedido en el Municipio de Floridablanca la competencia corresponde al Juez Superior, si ese lugar pertenece a su comprensión territorial.

A los anteriores razonamientos, cabe agregar la inocuidad del error planteado pues, constituyendo el auto de proceder dictado por el Tribunal Superior, confirmatorio del de primera instancia, una pieza jurídica inescindible resulta obvio que el yerro en que pudo haber incurrido el juzgador a quo en cuanto a la ubicación del lugar de los hechos, aparece oportunamente enmendado por el ad quem adelantándose el juzgamiento sobre las pautas así trazadas, prueba de lo cual es que en los cuestionarios propuestos al jurado de conciencia y en desarrollo del debate público todas las partes intervinientes, entre ellas, el mismo profesional recurrente en casación que para entonces asumía la defensa del procesado, nunca dudaron que los hechos investigados y por los cuales se juzgaba a Mantilla Arenas ocurrieron en la residencia de su propio hermano situada en jurisdicción del Municipio de Bucaramanga.

Siendo ello evidente, la nulidad incoada por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al lugar de perpetrada la infracción es a todas luces infundado y debe desestimarse.

No prospera el cargo formulado.

Segundo cargo. Opina el Ministerio Público que a pesar de la incorrecta confección del cuestionario en el que se preguntaba por la culpabilidad en el homicidio de Yanira Amorocho, incluyéndose el texto íntegro de la causal segunda de agravación punitiva del artículo 324 del Código Penal, que corresponde a diferentes conductas, es lo cierto que dicha irregularidad no genera nulidad de rango superior "pues no solo los miembros del jurado, sino el procesado, el vocero, el defensor y demás intervinientes en la audiencia pública, tenían pleno conocimiento que lo que se imputaba a Jesús Abelardo Mantilla, era el homicidio en la empleada Yanira Amorocho cometido para asegurar el producto del hurto y su propia impunidad. Este punto fue además tema de la confesión del acusado, pieza que constituyó base fundamental del procesamiento y la condena".

Siendo el cuestionario trasunto fiel de los cargos formulados al acusado en el auto de proceder, su imperfecta elaboración —por exceso o por defecto— genera nulidad de orden supralegal por inobservancia de una de las formas del debido proceso por jurados y desconocimiento del derecho de defensa del procesado.

No cabe la menor duda que en el presente caso, en forma por demás irregular, el cuestionario en que se interrogaba por la culpabilidad del acusado en el homicidio de la doméstica incluía textualmente los distintos comportamientos descritos en el numeral 2º, artículo 324 del Código Penal, como circunstancias de agravación punitiva. Situación que, a primera vista, lleva a pensar que hubo exceso en su confección por contener conductas como las de "preparar, facilitar o consumar otro hecho punible", inconciliables entre sí, que no fueron deducidas en el auto de proceder ni tuvieron comprobación en la etapa probatoria del juicio. Pero, como acertadamente apunta el Procurador Delegado, la irregularidad cometida no tuvo ninguna trascendencia puesto que los jurados, el procesado y la defensa, como el Fiscal del Juzgado entendieron sin lugar a equívocos que Jesús Abelardo Mantilla Arenas comparecía a responder por la muerte de Yanira Amorocho Rueda para ocultar el hurto de las joyas y el dinero de propiedad de su hermano Daniel, asegurar su producto o la impunidad. Cargo éste que fluve de la propia confesión del sindicado y aparece claramente consignado en las providencias enjuiciatorias de primera y segunda instancia, respecto a las cuales fue ampliamente ilustrado el jurado al comienzo del debate público.

La defensa, representada por el mismo recurrente en casación, no formuló ningún reparo al cuestionario durante su intervención en el debate oral abogó por la exclusión de la circunstancia de agravación ya mencionada proponiendo por escrito al jurado una respuesta en tal sentido. Emitido el veredicto adverso a las pretensiones de su cliente reclamó, sin éxito, ante los falladores de instancia el mismo motivo de nulidad aquí planteado (Fls. 24 y 26 del Cuad. número 3).

El exceso en la confección del cuestionario no incidió en las conclusiones del fallo de condena porque los falladores, marginándose de cualesquiera otra circunstancia de agravación, atemperaron la sentencia al auto de proceder y el veredicto sobre la base del mínimo de pena imponible por el delito cometido (homicidio agravado).

La Sala no encuentra razonable la convocatoria de nuevo jurado para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de una circunstancia de agravación punitiva que en su oportunidad procesal fue reconocida y la que el propio recurrente no discute.

No prospera el cargo de nulidad.

Causal Tercera.

Ninguna contradicción encuentra el Procurador Delegado en las respuestas dadas por el jurado de conciencia por referirse estos dos aspectos diferentes: afirmación categórica de la culpabilidad del procesado en el homicidio para ocultar el hurto, asegurar su producto o la impunidad, y negación del elemento violencia sobre las personas o las cosas como circunstancia calificadora del hurto.

El demandante incurre en el desatino de asimilar la circunstancia específica de agravación punitiva propia del homicidio y consistente en matar a otra persona para ocultar el hurto, asegurar su producto o la impunidad con la circunstancia calificadora del hurto referida al empleo de la violencia sobre las personas o las cosas para el apoderamiento de bien mueble ajeno. Falsa premisa que lo indujo a plantear una supuesta contradicción de los veredictos emitidos sobre la base de que afirmada y negada "al mismo tiempo la circunstancia de agravación punitiva y la causal de calificación", las respuestas desconocen el principio de no contradicción y se excluyen recíprocamente.

Confrontadas las respuestas dadas por los jueces populares a las dos cuestiones por las que fue interrogado no se vislumbra en ellas ningún antagonismo o contradicción que las destruya mutuamente. Por el contrario, constituyen incuestionable reconocimiento de la culpabilidad del sindicado en los delitos imputados.

De dos categóricas afirmaciones de responsabilidad por hechos íntimamente ligados en su relación de medio a fin no puede predicarse antagonismo o contradicción.

Si el jurado de conciencia descartó el elemento violencia sobre las personas o las cosas como circunstancia calificadora del hurto, por estimar que la sustracción de las joyas y el dinero no se realizó por dicho medio, pero en cambio afirmó la culpabilidad del agente en el apoderamiento de esas cosas muebles ajenas no se ve de qué manera tal veredicción resulta en pugna o contradicción con la enfática declaración de responsabilidad respecto al homicidio agravado, pues la contradicción de veredictos múltiples supone la existencia de respuestas antagónicas que se excluyen recíprocamente y no de contestaciones de la misma índole.

Sobre este tema expresó la Sala:

"Para que razonablemente pueda atacarse en casación la sentencia en los eventos de veredictos múltiples, bajo la acusación de ser contradictorios con fundamento en una relación de causalidad entre delito medio y fin es necesario demostrar la relación jurídica inescindible entre los dos delitos, valga decir, si se evidencia la existencia jurídica del delito medio, sin cuya presencia no puede afirmarse la del delito fin, habrán de ser de la misma

índole las respuestas del jurado; si en tal caso éste emite opuestos veredictos, se estaría frente a decisiones contradictorias". (Sentencia de casación de julio 10 de 1984).

Los veredictos emitidos por el jurado en el caso sub-exámine, lejos de romper, mantuvieron incólume la estrecha relación de causalidad entre delito medio (homicidio) y delito fin (hurto).

No prospera el cargo formulado.

Decisión

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida a nombre del procesado Jesús Abelardo Mantilla Arenas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Alfredo Rey Córdoba (Conjuez), Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

EASACION

Técnica.

Cuando se alega la causal cuarta de casación, no puede rechazarse el cargo sólo porque se aluda a violación de determinadas normas, como sería las relacionadas con las facultades de la Parte Civil y su interés jurídico, bajo el pretexto de que pudiera entenderse como invocación de la causal primera.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz.

Aprobado: Acta número 043.

Bogotá, D. E., 6 de mayo de 1986.

Vistos

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil debidamente constituida en el proceso, contra la sentencia de cinco (5) de febrero de 1985 por la cual el Tribunal Superior de Tunja, confirmó, con la modificación de reducir a cuatro años la pena principal de prisión, el fallo del Juzgado Tercero Superior de dicho Distrito de fecha 11 de octubre de 1984, por el que condenó a José Custodio Ramírez Buitrago, además de la pena dicha, a las accesorias correspondientes y a la indemnización —en abstracto— de los perjuicios ocasionados, como responsable de homicidio en la persona de Roberto Buitrago y lesiones personales a Silvano Buitrago, en hechos ocurridos en jurisdicción del Municipio de Ráquira (Boyacá).

Una vez reconstruido el proceso destruido en el incendio del Palacio de Justicia, con base en copias del mismo existentes en poder del señor apoderado recurrente, obtenida copia del concepto del Ministerio Público emitido con anterioridad y corrido traslado a la parte no recurrente, con-

forme a la afirmación del señor apoderado mencionado, procede a dictar la sentencia respectiva, cumplido el trámite del recurso.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 11 de diciembre de 1983, en horas de la tarde, Silvano Buitrago conducía su camión en el cual viajaban varias personas, por la carretera de Guachetá (Cundinamarca) a Ráquira (Boyacá). Al llegar al punto denominado "Los Colorados", vereda de Firita Peña Abajo (Ráquira), frente a la casa de Evangelista Martínez Buitrago, donde debían quedarse algunos de los viajeros, encontró la carretera obstruida por dos automotores; después de alguna demora, y de consumir bebidas, uno de los conductores, Raúl Basilio Rodríguez, movió su vehículo y avanzó el de Silvano Buitrago; al parecer en ese momento se suscitó discusión entre Roberto Buitrago —ayudante de Silvano y pariente de éste— y Custodio Ramírez, existiendo enemistad entre ellos por disputa anterior de Custodio con el padre del primero, por lo cual fue procesado. Sobrevino riña en desarrollo de la cual Custodio Ramírez disparó revólver que portaba, contra Roberto Buitrago, ocasionándole la muerte; al acercarse Silvano Buitrago, también hizo Custodio Ramírez disparos, produciéndole graves heridas, con la consecuencia de la pérdida del ojo izquierdo y perturbación funcional permamente de la visión.

Inició la investigación el Juzgado Promiscuo Municipal de Ráquira, el cual después de recibir varias declaraciones y oír en indagatoria al procesado, cuya captura logró la policía, dictó auto de detención en su contra, habiendo expresado el sindicado, en dicha diligencia, que había sido atacado por Roberto Buitrago.

Prosiguió la investigación con la recepción de las versiones de otros testigos presenciales e indagatoria de Víctor Manuel Ramírez Buitrago, sin que se dispusiera su detención por no ser autor de los ilícitos referidos. Perfeccionada la investigación, se declaró cerrada, disponiéndose la libertad provisional solicitada por el apoderado del procesado, en razón de la demora en la calificación constituyéndose con anterioridad parte civil a nombre del lesionado y de pariente del occiso.

En acuerdo parcial con el Ministerio Público, el Juzgado Superior dictó auto de enjuiciamiento contra Custodio Ramírez por homicidio voluntario y lesiones en Roberto y Silvano Buitrago, respectivamente, en las circunstancias del artículo 60 del Código Penal, esto es, en estado de ira por comportamiento ajeno grave e injusto, providencia que al no ser reclamada por ninguna de las partes, quedó en firme. También sobreseyó definitivamente al otro indagado, siendo confirmada en vía de consulta esta decisión.

Efectuada la audiencia, en la cual la defensa solicitó reconocimiento de legítima defensa por parte del procesado y la parte civil anotó la existencia de circunstancias de agravación, el jurado respondió afirmativamente en cuanto al homicidio, agregando como circunstancias agravantes, la premeditación y la indefensión, y en cuanto a las lesiones, expresamente el estado de ira.

Seguidamente se dictó por el Juzgado el fallo de primera instancia, desechando las circunstancias agravantes indicadas; y el Tribunal, sin atender la petición de la parte civil en cuanto a que debían acogerse aquéllas, profirió la sentencia recurrida en casación.

LA DEMANDA DE CASACIÓN Y LA CAUSAL INVOCADA

El actor transcribe en su demanda la relación de los hechos presentada por los falladores y alude a la síntesis que de los mismos hizo el Juez Superior y formula su propia versión para rechazar la existencia de la circunstancia atenuante afirmada por los falladores. Se refiere al análisis de la prueba efectuado por los funcionarios que han intervenido en el proceso y a su vez procede a realizar tal examen para deducir sus propias conclusiones. Finalmente invoca contra la sentencia la causal cuarta de casación —por nulidad— de conformidad con el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal con base en la cual propone los cargos que se procede a resumir a continuación.

Primer cargo: Lo plantea el demandante en los siguientes términos:

"... El señor Juez de conocimiento, en su auto de llamamiento a juicio, lo hizo en primer lugar, por el delito de homicidio en la persona de Roberto Buitrago, en hechos sucedidos el once de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, en el sitio denominado 'Los Colorados' de la vereda Firita Peña Abajo, de la jurisdicción municipal de Ráquira'.

Esto lo dice en la parte resolutiva pero en sus considerandos reconoce en favor del homicida el atenuante señalado en el artículo 60 del Código Penal, cometido en estado de ira causado por comportamiento ajeno grave e injusto. Favorece de manera legítima al homicida, puesto que la prueba indica que el llamamiento a juicio contra Custodio Ramírez debió ser por homicidio voluntario aprovechándose de una situación de indefensión o inferioridad.

En relación con este cargo, el señor Juez del conocimiento violó, o mejor, erró en la aplicación de la norma pertinente y al darle una denominación jurídica diferente a la señalada en la ley al delito investigado, de acuerdo con los hechos probados.

Normas violadas: artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, 229 del Código de Procedimiento Penal, 236 y 310 ibídem, además del artículo 264 de la misma obra en concordancia con el artículo 483 ibídem. También se violó el artículo 60 del Código Penal por aplicación indebida.

Pruebas de lo afirmado: aceptada por el sindicado, por todos los testigos y por los señores jueces que Custodio fue el autor de los disparos que acabaron con la vida de Roberto Buitrago y lesionaron a Silvano Buitrago; demostraré, con las mismas citas del señor Juez en su auto de proceder y algunas de sus conclusiones, el error en que incurrió al calificar este delito como lo hizo..." (Demanda, Fls. 433 y 434. Cuaderno 1º, copias).

Seguidamente y para comprobar el cargo, resume la versión de decisiete de los testigos oídos en el proceso, sin incluirse las de otras once personas a quienes cita, cuyas exposiciones también sintetiza. Observa, con base en todo lo anterior, que el Juez omitió analizar "importantes declaraciones", desconoce las afirmaciones de los testigos por él mencionados, y da fe al dicho del procesado, de su hermano y de un testigo que afirma la riña, lo cual no sostuvieron los procesados pues de las pruebas se deduce que posiblemente insultos "...y la agresión de Víctor Manuel a Roberto fue el origen de la tragedia"; Custodio disparó sin hallarse discutiendo y por considerar que "...era la mejor oportunidad para ajustarles cuentas a sus enemigos...", sin que para esto se requiriera larga preparación, no existió grave e injusta provocación, ni aparece que el procesado se exaltara notablemente, todo lo cual prueban las declaraciones mencionadas.

Concluye anotando que "...aún aceptando, en vías de discusión que Roberto hubiese insultado y desafiado a Custodio (cosa que jamás ocurrió) jamás podrá aceptarse ni moral ni jurídicamente que una conducta como la que el homicida y uno o dos de sus amigos le atribuyen a Roberto y a Silvano merecía castigarse con la pena de muerte, aplicada por un particular. Este modo de razonar desquicia el mismo ordenamiento jurídico de la Nación y autoriza a que cada cual aplique su propia ley".

Segundo cargo: Consiste en que el auto de proceder está "...viciado de nulidad porque se calificó como lesiones personales el delito cometido por Custodio en la persona de Silvano Buitrago, cuando aparece claramente probado en el expediente, en el proceso, que se trató de un homicidio frustrado por causas ajenas a la voluntad del agente...".

Con las argumentaciones expuestas considera establecido el "...error voluntario o involuntario" cometido en la calificación, con violación de los artículos 481 y 483 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 323 del Código Penal en concordancia con el artículo 22 del mismo estatuto; cita las normas pertinentes (artículos 210 nl. 1º, 483 y 580 nl. 4º del Código de Procedimiento Penal) y reitera la existencia del error indicado, pues el Juez no obstante hacer alusión a la prueba, concluye "...diciendo todo lo contrario de lo indicado en la prueba por él mismo resumida y destacada"; por la cual pide se declare la nulidad a partir del auto de proceder.

Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, después de resumir los hechos y hacer suficiente referencia a la actuación procesal, de considerar adecuadamente interpretada la respuesta del jurado al prescindir en cuanto al homicidio de la causal de agravación agregada por el jurado para acogerla en cuanto se acomodaba al cargo sin existir por tanto contraevidencia, ni desacuerdo con el enjuiciamiento, concluye que la nulidad no puede prosperar, en cuanto al primer cargo por "...fundamento infortunado en aspectos propios de la causal primera por 'violación sustancial' de los artículos 236, 264, 310, 481, 483 y 229 de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal y aplicación indebida del artículo 60 del estatuto represor. Y el segundo, con impreciso encuadramiento en la misma causal —sentencia dictada en consonancia con auto de proceder viciado de nulidad—, de similares equivocaciones como el primero".

Así, en relación al primer cargo, el actor plantea "por vía de nulidad una causal diferente que lleva al análisis de la prueba y de los errores de apreciación, impropio de la causal invocada y de los juicios en que interviene el jurado de conciencia" y "esa misma posición errónea repite en el segundo cargo...", "... apelando sin darse cuenta a planteamientos de la causal primera, cuerpo segundo, con notable ausencia de claridad y de precisión en la censura".

Observa que los falladores hicieron suficiente examen de las pruebas, dictándose el auto de proceder, de conformidad con el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal y que si estimaron existía delito de lesiones personales "...no significa la disparidad de criterio el que se esté dentro de la causal del numeral 5º del artículo 210 precitado...", porque el cargo se formuló con dicha base, sin que se alegara con anterioridad, pues la parte civil en la audiencia sólo se refirió al homicidio agravado que afirmó y aludió al delito de lesiones personales.

Concluye la Procuraduría, que, "...como se observa, la demanda no se acomoda a lineamiento técnico alguno, pues se pregonan nulidades con base en error del Juez en la apreciación de la prueba para la calificación exacta del delito en el auto de proceder, o en 'violación sustancial' de normas sustantivas y procedimentales o en su aplicación indebida. Estos motivos son incompatibles y hacen que el recurso no prospere. Se formularon dos cargos con idénticos planteamientos que los unifica y los reduce a uno solo".

Consideraciones de la Corte

Como lo ha expresado esta Sala en jurisprudencia reiterada a través de muchos años y en numerosos fallos, en los juicios con intervención del jurado de conciencia no cabe la invocación de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, por cuanto llevaría a desconocer la autonomía del jurado y a una declaración de contraevidencia no prevista o no consagrada como causal de casación.

En el presente caso, si bien se propone el primer cargo por nulidad con base en error en la calificación, por cuanto se afirmó la existencia de circunstancia atenuante que no resultaba demostrada —para deducir lo cual el actor hace detenido examen de la prueba recaudada en el proceso— se advierte que su planteamiento sale del campo de la causal invocada, para penetrar en el de violación de la ley por errores de apreciación probatoria, es decir se apoya en la causal primera, lo cual impide examinar su alegación, ya que las causales referidas tienen su ámbito propio, sin que puedan invocarse indistintamente, lo cual conduciría a desconocer la naturaleza y técnica del recurso.

Por otra parte, en tal situación, si no se desechara dicho planteamiento por lo ya expresado, tampoco procedería su examen dado lo primeramente anotado respecto a la improcedencia de la causal primera violación indirecta en los juicios con jurado, ya que si el fallo debe dictarse con apoyo en el veredicto, no podría desestimarse éste ni tampoco dictarse sentencia que

reemplazara la atacada, como debe procederse cuando prospera aquella causal.

Desde otro punto de vista, no existe concretamente la nulidad alegada, por cuanto el enjuiciamiento se formula por el delito genérico que corresponda, según su denominación en el estatuto penal, sin determinar la especie en que pueda comprenderse (artículo 483 del Código de Procedimiento Penal), como se efectuó en este caso, ya que la calificación fue genérica y a la misma se acomoda el hecho juzgado, cual fue el homicidio. Sin que, en consecuencia, pueda afirmarse en forma alguna que se incurrió en error en la denominación jurídica, disposición que tiene por objeto permitir que el cargo se presente ante el jurado con sujeción a la situación que se halla demostrada en el proceso, una vez producidas las pruebas respectivas en el término probatorio del juicio.

Lo anterior lleva a concluir, apoyando los anteriores razonamientos, que el cargo no tiene cabida dentro de la causal invocada, lo cual bastaría para su rechazo, sin necesidad de otro examen, como estimó también el Ministerio Público.

Así, este cargo, debe desecharse.

En cuanto al segundo cargo: Consiste como se dijo en la errada calificación, puesto que existiendo un delito de tentativa de homicidio se calificó como de lesiones personales.

No puede llegarse al rechazo de este segundo cargo por error en la técnica del recurso, como lo considera el concepto Fiscal, por cuanto el motivo alegado corresponde con exactitud a supuesto claramente contemplado en la ley, sin que el hecho de aludir a violación de determinadas normas, que pudiera entenderse como invocación de la causal primera, sea suficiente para desestimar la alegación.

En este caso, tiene plena aplicación la interpretación mencionada en cuanto a las facultades de la parte civil y su interés jurídico, pues producida la condena en la forma expresada, queda garantizado su derecho a obtener la indemnización correspondiente. Sin que así la nulidad pretendida, pueda afectar éste en forma alguna y su consecuencia única sería la de agravar la sanción en relación con la infracción penal referida y afirmada por el demandante. No existe por tanto el interés jurídico que constituye la base del recurso, para obtener la invalidación impetrada.

De la naturaleza de la acción civil, cuyo objeto es el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con el delito, fluye incuestionablemente que el verdadero interés jurídico está destinado a conseguir exclusivamente ese fin. Por lo tanto el recurso de casación es viable cuando la sentencia impugnada desconoce o disminuye el quántum de los perjuicios. En consecuencia pretensiones diferentes a tal derecho como la cantidad de pena impuesta o la especie del delito, son cuestiones irrelevantes y ajenas al principio inmanente y razón de la acción civil.

Así, este cargo, debe desecharse.

En su escrito para pedir la reconstrucción del proceso, solicita el señor representante de la parte civil, se disponga el embargo y secuestro de bienes

del procesado, en relación con la indemnización de perjuicios; ante el Juez del conocimiento se presentó similar solicitud (Fls. 276 y ss.), ordenándose prestar caución, sin que aparezca cumplido lo ordenado; este trámite debe adelantarse ante los funcionarios de instancia, quienes resolverán lo que corresponda.

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, visto el concepto del Ministerio Público DESECHA el recurso de casación contra la sentencia ameritada en esta providencia.

Notifiquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

INDULTO IMPROPIO

Se conoce por la doctrina como indulto impropio cuando su otorgamiento ha sido deferido a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, para casos o situaciones específicamente contemplados en la ley.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado: Acta número 043.

Bogotá, D. E., 6 de mayo de 1986.

VISTOS

Agotado el trámite de instancia, decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de los procesados Edgar Giovanny Vega Salcedo, Fabio Andrés Riveros Rojas, Luis Alejandro Pacheco Camargo y Fernando Trujillo Pérez y por éstos, contra la providencia de diecisiete de septiembre del año pasado, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo les negó la cesación de procedimiento, por estimar que no se daban los presupuestos de la Ley 49 de 1985 sobre indulto.

ANTECEDENTES

1. A eso de las doce del día veintiséis de abril de 1984, el comerciante Fernando Rivera Londoño transitaba por la carretera que de Nobsa conduce a Duitama manejando su automóvil Dodge Alpine, color blanco, de placas HA-7840 y al llegar al sitio conocido como "Punta Larga", fue alcanzado e interceptado por un vehículo de servicio público, marca Renault 6, color negro ocupado por cuatro personas una de las cuales, armada de revólver lo despojó del automotor en el que huyeron del lugar dejando abandonado el taxi en que viajaban.



Dentro del automóvil sustraído, a más de los documentos y objetos de propiedad del comerciante, se encontraba un revólver marca Smith Wesson, calibre 32 largo con su correspondiente proveedor.

2. Formulada la denuncia el mismo día, el Juzgado Promiscuo Municipal de Nobsa inició la correspondiente investigación.

Dos días después de los hechos (abril 28), fue encontrado abandonado el automóvil en la vereda "El Salitre" del Municipio de Paipa, siendo puesto a disposición del funcionario instructor, quien lo entregó a su dueño una vez reconocido y avaluado (Fls. 4 y 14 del Cuad. de copias).

En la madrugada del veinticuatro de mayo de 1984, agentes de la Policía Nacional capturaron en la vereda "Las Monjas" del Municipio de Firavitoba a los sujetos Luis Alejandro Pacheco Camargo, conductor del taxi Renault 6 color negro, Edgar Giovanny Vega Salcedo y Fabio Andrés Riveros Rojas encontrándoles en su poder propaganda y elementos alusivos al Movimiento 19 de abril (M-19) y sendos revólveres, armas que habían sido hurtadas el 24 y 26 de abril a los señores Orlando Moreno Torres, Siervo Patiño Alarcón y al comerciante Fernando Rivera Londoño el día en que fue despojado de su automóvil (Fls. 28 y 29 ibídem).

Fernando Trujillo Pérez fue aprehendido en la misma fecha en la ciudad de Tunja, sindicado del delito de secuestro en la persona de José Lizarazo (Fls. 28 y 73 ibídem).

- 3. Los capturados fueron puestos a disposición del Comandante de la Primera Brigada con sede en Tunja, quien mediante el procedimiento establecido en el Decreto 1056 de 1984, por Resolución número 010 del doce de junio del mismo año, los condenó a las penas de 24 y 20 meses de arresto como infraetores al artículo primero del citado estatuto (porte ilegal de armas) (Fls. 30 a 32 ibídem).
- 4. Al proceso adelantado por el Juzgado Municipal de Nobsa en averiguación del hurto del automóvil del señor Rivera Londoño fueron vinculados mediante indagatoria los cuatro sindicados negando categóricamente su participación en los hechos investigados y nada dijeron respecto a su vinculación con grupos alzados en armas (Fls. 62 a 72 ibídem).

El funcionario instructor por auto de nueve de noviembre de 1984, definió la situación jurídica de los indagados ordenando la detención precautelar de Pacheco Camargo, Vega Salcedo y Riveros Rojas por el delito de hurto calificado, absteniéndose de tomar dicha medida respecto a Trujillo Pérez, por no existir mérito legal para ello (Fls. 79 a 91).

5. Practicadas otras diligencias, los apoderados de los procesados solicitaron la remisión del expediente al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo a fin de que esa Corporación se pronunciara sobre la cesación de procedimiento de que trata el artículo 3º de la Ley 49 de 1985, aduciendo que el delito de hurto investigado es conexo con el de rebelión, petición de la que se dio traslado al Fiscal 2º del Tribunal quien se opuso al beneficio incoado arguyendo que si "los imputados manifiestan no tener participación alguna en el apoderamiento violento del vehículo y sus enseres, mal pueden alegar encadenamiento de su conducta con la rebelión. Son hechos

alejados que de ninguna manera pueden encasillarse en las disposiciones de la Ley 49 de 1985'' (Fl. 142).

El Tribunal Superior mediante providencia de 17 de septiembre de 1985, negó la cesación de procedimiento basado en los siguientes razonamientos:

"Como se ve fácilmente, ninguno de los indagados en este asunto ha manifestado o confesado ser integrante de algún grupo subversivo o pertenecer al M-19, más bien se entiende que se trató del hurto de un vehículo Dodge Alpine, es decir, que no tiene ningún carácter de política (sic), ni menos de pertenecer a grupos que pretender (sic) la rebelión, la sedición o la asonada, como lo insinúa la Ley 49 del corriente año".

"Pues la asimilación o comparación de que se hace (sic) para invocar el beneficio, no puede dar margen a pensar de que se trata de integrantes de un grupo subversivo como el M-19, pues éstos ni siquiera en sus respectivas indagatorias aceptaron tener en su poder armas, propaganda subversiva o cualquier otra clase de objeto que los indicara como pertenecientes a movimientos de izquierda o que hubieren realizado algún operativo tendiente a desestabilizar el régimen constitucional, o preparar actos con fines de rebelión" (Fls. 155 y 156 ibídem).

- 6. Los abogados recurrentes en alegatos presentados ante el Tribunal de Instancia y la Corte coinciden en proclamar la estrecha conexidad de medio a fin, entre el hurto investigado y el delito de rebelión, basados en las pruebas recaudadas por la justicia penal militar que sirvieron de soporte a la resolución sancionatoria por porte ilegal de armas, conforme a las cuales resulta plenamente establecida la activa y permanente vinculación de los procesados a una célula del grupo subversivo M-19 cuyo único objetivo es pretender el derrocamiento del Gobierno Nacional, suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, acudiendo para ello al apoderamiento o sustracción por medios violentos, de armas o cosas muebles con la finalidad de financiar, facilitar o procurar la rebelión.
- "En concreto en este caso —agregan—, el único motivo para el cual (sic) el honorable Tribunal niega la concesión del indulto obedece según se desprende de la providencia impugnada a la ausencia de confesión de parte de los procesados dentro de este expediente, como si la Ley 49 de 1985 exigiera esa confesión, y olvidando olímpicamente el conjunto probatorio del cual se desprende con toda claridad la calidad de rebeldes alzados en armas, de los aquí procesados quienes integraban una célula del Movimiento 19 de abril, obedecían a jerarquías, actuaban clandestinamente y al despojar del vehículo al señor Fernando Rivera Londoño lo hicieron con el objetivo de preparar otro operativo (el asalto a una estación de gasolina para recaudar fondos)" (Fl. 6 del Cuad. de la Corte).
- 7. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la decisión impugnada por estimar que los hechos investigados encajan dentro de los lineamientos de un delito común (hurto calificado) sin ninguna conexidad con actos de rebelión, sedición o asonada, advirtiendo que los acusados negaron su participación en los mismos y su posible vinculación a grupos subversivos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El indulto es una manifestación del poder soberano del Estado que conlleva el perdón de la pena impuesta por un delito y por lo mismo es considerado como una forma de extinción de la punibilidad. Su concesión corresponde, por regla general, al Presidente de la República respecto de delitos políticos y con estricta sujeción a la ley que regule el ejercicio de la facultad a él conferida por el Congreso (artículos 76, ordinal 19 y 119 ordinal 4º de la Constitución Nacional).

Excepcionalmente, su otorgamiento puede ser deferido a la Rama Jurisdiccional del Poder Público para casos o situaciones particulares específicamente contempladas en la ley, fenómeno que la doctrina conoce como indulto impropio.

Consecuente con tales principios, la Ley 49 de 1985, en su artículo 1º autorizó al Presidente de la República para conceder indulto a los condenados, mediante sentencia ejecutoriada, por los delitos políticos de rebelión, sedición y asonada, extendiendo dicho beneficio a los delitos conexos con ellos cuando hubieren sido cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos u ocultarlos, salvo las excepciones allí previstas.

La misma norma estableció que cuando la conexidad no hubiere sido declarada en la sentencia, el interesado podía pedir su reconocimiento, acudiendo a medios probatorios inusuales dentro del procedimiento ordinario y respecto a hechos ya fallados mediante decisión que hizo tránsito a cosa juzgada.

De estos medios probatorios hizo uso el representante legal de los sindicados y del acervo probatorio recogido en el curso de la investigación se puede colegir que las personas involucradas en el caso que hoy se juzga, son integrantes de un movimiento subversivo, concretamente el M-19, grupo rebelde que mediante el empleo de las armas y de acuerdo con sus proclamas, pretende derrocar el Gobierno y cambiar el régimen constitucional vigente.

Las siguientes razones permiten hacer la anterior afirmación:

- 1ª Giovanny Vega, Luis Alejandro Pacheco, Fabio Andrés Riveros y Fernando Erberto Trujillo Perea, son personas sin antecedentes en delitos contra el patrimonio económico y reconocidos en la región de acuerdo a la prueba testimonial, como de buena conducta. Los tres primeros son alumnos de la Universidad Pedagógica de Tunja y el cuarto es profesor de la misma Universidad.
- 2ª Al ser capturados los sindicados se les halló en su poder: armas de fuego y un maletín que contenía numerosas capuchas con leyenda del M-19, fotografías y propaganda del mismo movimiento subversivo, un croquis o plano de la bomba de gasolina ESSO de Sogamoso, que los jóvenes intentaban asaltar para obtener fondos destinados al sostenimiento de la guerrilla colombiana, como lo certifican las autoridades de policía. El vehículo sustraído, objeto material del delito de hurto que se investiga, estaba destinado a tales fines.

- 3ª Con fundamento en los informes recopilados por el Comando de la Primera Brigada, se les impuso por dicha entidad a los sindicados, una pena de veinticuatro meses de reclusión por porte ilegal de armas y a las motivaciones de la resolución sancionatoria, pertenecen los siguientes apartes:
- ... Que los particulares Fernando Erberto Trujillo Pérez (a. Tío), hijo de Lucio Gerardo y Leonila, natural de Puerto Tejada, de 28 años de edad, soltero, estudiante de séptimo semestre de Educación Física de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Tunja, identificado con la cédula de ciudadanía número 16616040 de Cali (Valle) residenciado en el Barrio Bolívar de esta ciudad, manzana 5, casa número 5; Luis Alejandro Pacheco Camargo, hijo de Luis Alejandro y Adela, natural de Paipa (Boyacá), de veintidós años de edad, soltero, de profesión conductor, identificado con la cédula de ciudadanía número 9523897 de Sogamoso, conocido con el alias de "El Flaco", residenciado en la calle 5A número 14-35 de Sogamoso; Alberto Niño (a. Daniel); Edgar Giovanny Vega Salcedo (a. Carlos) hijo de Jorge Eliécer y Aura Marina, natural de Duitama, de 27 años de edad, casado (separado), estudiante de séptimo semestre de Ingeniería de Vías y Transportes de la Universidad Tecnológica y Pedagógica de Tunja, identificado con la cédula de ciudadanía número 6757994 de Tunja, residenciado en la calle 34 número 12-41 Barrio Jorge Eliécer Gaitán de esta ciudad, y Fabio Andrés Riveros Rojas (a. William), hijo de Fabio (fallecido) y Nelly, natural de Sogamoso, de 21 años de edad, soltero, estudiante de segundo semestre de Educación Física de la Universidad Tecnológica y Pedagógica de Tunja, portador de la cédula de ciudadanía número 9525851 de Sogamoso, residenciado en el barrio El Topo de esta ciudad, en cumplimiento de un operativo con el fin de obtener dineros para su movimiento subversivo, prepararon un asalto a la bomba de gasolina en el sitio llamado Puente Pesca de Sogamoso''.
- "Que en ejecución de este operativo delictuoso los sujetos Luis Alejandro Pacheco (a. El Flaco), Fernando Erberto Trujillo Pérez (a. Tío) y Edgar Giovanny Vega Salcedo (a. Carlos) mediante el empleo de violencia se apoderaron del vehículo de servicio público marca Renault 18, modelo 1983 distinguido con las placas XI-13-13-63 afiliado a Clofonorte el 23 de mayo del presente año en el área urbana de Paipa (Boyacá), el cual condujeron hacia el área donde se encuentran las piscinas públicas con el fin de recoger a los sujetos Fabio Andrés Riveros Rojas (a. William) y Alberto Niño (a. Daniel)".
- "Que en el curso de este hecho punible, Fernando Erberto Trujillo Pérez (a. Tío) y Luis Alejandro Pacheco Camargo (a. El Flaco) esgrimieron revólveres o intimidaron al conductor del vehículo Antonio Sanabria Salamanca para despojarlo del mismo".
- 4ª En allanamiento practicado a las residencias del profesor Erberto Trujillo Pérez se hallaron los siguientes elementos que ponen de presente la vinculación de los acusados a los movimientos armados:
- "... En la residencia allanada, casa número 5 de la manzana número 5, del Barrio Bolívar, fueron encontrados la carabina, marca Winchester, calibre 30-30, número 37-50550, un taco de dinamita, tres capuchas negras,

una de ellas con la inscripción 'M-19', once (11) banderas del 'M-19', quinientos (500) volantes con el título 'M-19 Florencia Fuerza y Victoria', un (1) comunicado del 'Frente Urbano Ricardo Franco', dos (2) comunicados del 'M-19' y escritos varios''. (Fl. 37. 2º C.).

- 5ª Finalmente, todos los sindicados en este sumario, solicitaron del Gobierno Nacional la concesión del indulto por el delito de porte ilegal de armas y esta petición fue resuelta favorablemente por el Ejecutivo, con fundamento en que indudablemente se trataba de hechos punibles consumados por personas, que al margen de la ley, se esforzaban por subvertir el orden público y alterar el normal funcionamiento de las instituciones... A la decisión del señor Presidente pertenecen estas consideraciones:
- "... La tesis subjetiva del delito político, según la cual es imperativo que el acto ilícito, cualquiera sea su naturaleza se cometa con propósitos políticos o tenga finalidad de esa misma índole, aplicada al caso concreto, permite concluir que la conducta imputada a los ya citados se adecua al tipo legal de la rebelión, toda vez que, de las piezas que obran en el expediente, puede concluirse con plena certeza que el fin último perseguido por los integrantes del comando 'Marcos Zambrano', célula del M-19, al cual pertenecían en el derrocamiento del Gobierno Nacional y, en menor escala la supresión o modificación del actual régimen constitucional, mediante el empleo de las armas, propósito del cual desisten quienes desean reintegrarse a la vida civil y democrática del país a través de los beneficios consagrados en la Ley 49 de 1985''.

De los elementos de convicción a que hemos hecho referencia se colige sin mayor esfuerzo, que las personas sindicadas como autoras del delito de hurto de que trata este sumario, son en realidad integrantes del movimiento subversivo 19 de Abril y que al amparo de dicha rebelión y para ayudar a su sostenimiento estaban perpetrando delitos contra el patrimonio económico, en actos que desdicen de la pureza de los fines supuestamente nobles que inspiran los delitos políticos, pero encaminados indudablemente a fortalecer la rebelión, en actividad que entraña un ataque a la organización política e institucional del Estado. El objetivo primordial de los sindicados no era otro, que el de lograr por medio del empleo de las armas un replanteamiento de las cuestiones económicas, políticas y sociales de la colectividad, y el delito de hurto un simple medio para obtener los fines que ellos pretendían.

Siendo esto así, es innegable la existencia de una clara conexidad ideológica, entre el delito de hurto que aquí se examina consumado como medio para obtener recursos económicos para la rebelión (delito fin) encaminado éste a derrocar el Gobierno o modificar el sistema político que nos rige.

El artículo 1º de la Ley 49 de 1985, autoriza a conceder el indulto a los delincuentes acusados de delitos conexos con el de rebelión y cometidos para facilitarlo, procurarlo o consumarlo. Tal ha sido la voluntad del legislador, y al juzgador no le queda alternativa diferente a la de aceptarla, ordenando la cesación de todo procedimiento a favor de los inculpados.

Estas consideraciones llevan a la Corte a apartarse del muy meritorio concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y a revocar el auto

recurrido, para otorgar a los sindicados el indulto mediante la cesación de procedimiento a que se refiere el artículo 3º de la citada ley.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, apartándose del parecer del señor Procurador Delegado,

RESUELVE:

- 1º Revocar la providencia recurrida a que se ha hecho referencia y en su lugar, ordenar la cesación de todo procedimiento a favor de los procesados Fabio Andrés Riveros, Edgar Giovanny Vega Salcedo y Fernando Trujillo en relación con el delito de hurto de que trata el presente sumario. Idéntica determinación se adopta en relación con Luis Alejandro Pacheco Camargo.
- 2º El indulto que se concede quedará sin efecto si el beneficiado fuere condenado por uno cualquiera de los delitos de rebelión, sedición, asonada, conexo con los anteriores, secuestro o extorsión cometido dentro de los dos años siguientes a la fecha de esta providencia.
- 3º Déjanse a salvo las indemnizaciones por perjuicios causados a particulares, como consecuencia de los actos ejecutados por las personas aquí favorecidas y que dieron lugar al proceso que ahora ocupa la atención de la Sala.
- 4º Comisiónase al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, con facultades par subcomisionar si fuere necesario, para que libre las respectivas boletas de libertad en favor de los beneficiados. si aún permanecieren detenidos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José H. Velásquez R. Secretario.

PREVARICATO

Las decisiones em abierta contradicción con claras disposiciones de la ley, desconocidas así por el fallador, no pueden ser consideradas como una simple equivocación de éste o como discordancia en su interpretación con alguna de las partes.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas.

Aprobado: Acta número 044.

Bogotá, D. E., 7 de mayo de 1986.

VISTOS

Oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, y agotado el trámite de la segunda instancia, la Sala resolverá lo que fuere pertinente en torno a la apelación interpuesta por el denunciante contra el auto de fecha veinticuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco proferido por el Tribunal Superior de Buga, por medio del cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra las doctoras Blanca Eugenia Herrera Sanclemente y Gloria Sánchez Gutiérrez.

HECHOS

De conformidad con las pruebas recaudadas en la investigación preliminar, se imputa a las denunciadas la realización de una conducta de prevaricato por acción, en la siguiente forma: a la Juez Segunda Civil Municipal de Buga, Blanca Eugenia Herrera Sanclemente, el haber dictado en franca contradicción con las normas legales pertinentes, la sentencia de fecha ocho (8) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), por medio de la cual ordenó el lanzamiento de Antonio José Martínez, dentro del proceso contra él instaurado por la señora Blanca Vicenta Romero Lozano por intermedio de su apoderado.

A la Juez Segunda Civil del Circuito de Buga, doctora Gloria Sánchez Gutiérrez, se le imputó el hecho de haber confirmado la providencia de primera instancia, obviamente con la misma contrariedad a las normas legales pertinentes.

ACTUACIÓN PROCESAL

El señor Antonio José Martínez elevó en forma personal ante el Tribunal Superior de Buga, denuncia contra las doctoras Blanca Eugenia Herrera Sanclemente y Gloria Sánchez Gutiérrez, Jueces Segunda Civil Municipal y Segunda Civil del Circuito de Buga, respectivamente, afirmando que las decisiones por ellas tomadas dentro del juicio de lanzamiento que en su contra adelantara ante tales juzgados la señora Blanca Vicenta Romero Lozano, se hallaban en manifiesta contradicción a las prescripciones legales. Al efecto, relató cómo el denunciante es inquilino de la demandante desde el año de mil novecientos setenta y ocho (1978), y que en virtud de dicho contrato canceló a su arrendadora sumas superiores a las autorizadas por la ley, que en cumplimiento del mismo acuerdo se produjeron algunas prórrogas ilegales, que en alguna ocasión se elaboró un nuevo documento —que no un nuevo contrato—, y que con algunas patrañas del apoderado de la señora Romero Lozano se le hizo incurrir en una aparente mora en la cancelación del canon de arrendamiento con base en la cual se presentó la demanda de lanzamiento, pero que tal causal de lanzamiento fue debidamente rebatida en el juicio civil, pese a lo cual fue decretada la desocupación del inmueble por parte de las dos denunciadas.

Durante la etapa de investigación preliminar, se solicitaron copias auténticas de la actuación ante los Juzgados Segundo Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito de Buga, dentro del proceso de lauzamiento de Blanca Vicenta Romero Lozano contra Antonio J. Martínez, de donde se pueden deducir los siguientes hechos:

La señora Romero Lozano inició el juicio de lanzamiento alegando la causal de mora en el pago, con base en un documento —contrato de arrendamiento— suscrito entre ella y su demandado el primero (1º) de julio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984). La mora, se dijo en la demanda, corresponde a los meses de julio y agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), a razón de ocho mil ochocientos pesos (\$ 8.800.00) mensuales.

Notificado legalmente de la demanda, el señor Antonio J. Martínez presentó al Juzgado Segundo Civil Municipal de Buga copia auténtica de un documento —contrato de arrendamiento— suscrito entre las mismas partes intervinientes en el juicio el día veinticuatro de junio de mil novecientos setenta y ocho (1978), con término fijo de seis (6) meses, el que fue prorrogado sucesivamente hasta la firma el día veinticuatro (24) de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982) de un nuevo documento con canon mensual de ocho mil pesos (\$8.000.00). Por lo demás, se presentó oportunamente el escrito de contestación de la demanda, por medio del cual se solicitó al Juzgado se abstuviera de ordenar el lanzamiento del inquilino, porque si bien es cierto que éste no había consignado en debida forma los

cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de julio y agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), los mismos se hallaban debidamente cancelados con anterioridad en virtud de los excedentes pagados e ilegalmente recibidos por la arrendadora desde la primera alza del canon de arrendamiento con efectividad al veinticuatro (24) de junio de mil novecientos setenta y nueve (1979), y en virtud de estar los arrendamientos congelados por disposición del Gobierno Nacional.

Se allegó al proceso civil, por parte del apoderado del señor Antonio J. Martínez, copia de la solicitud elevada ante la Alcaldía de Buga para que este funcionario administrativo ordenara la devolución del excedente cobrado por la demandante Romero Lozano en relación con los cánones de arrendamiento pagados hasta la fecha. Esta solicitud, está fechada el día treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Dentro de las pruebas practicadas en el juicio de lanzamiento, le fueron remitidas a la señora Juez Segundo Civil Municipal el día dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), treinta y cuatro (34) recibos y la mitad de otro, con los cuales el señor Antonio J. Martínez acreditó ante la Alcaldía Municipal el pago de los cánones de arrendamiento y el correspondiente exceso ilegal a la señora Blanca Vicenta Romero Lozano; igualmente, se remitió constancia según la cual la Alcaldía Municipal falló la demanda interpuesta por Antonio J. Martínez mediante la Resolución número 001 de 29 de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984). De esta resolución, se aportó fotocopia para acreditar que la Alcaldía ordenó la devolución de excedentes por valor total de ciento cincuenta y tres mil quinientos cincuenta y cinco pesos (\$ 153.555.00) en favor de Antonio J. Martínez, por excedentes cobrados desde el año de 1980.

Con esta actuación, la acusada Blanca Eugenia Herrera Sanclemente profirió sentencia en la cual declaró no probadas las excepciones propuestas por Antonio J. Martínez, y ordenó el lanzamiento del mismo para restituir el inmueble a la señora Blanca Vicenta Romero Lozano.

Propuesto oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia que ordenó el lanzamiento, la Juez Segunda Civil del Circuito confirmó la providencia, mediante decisión de fecha nueve (9) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en proveído calendado el veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), se abstuvo de iniciar el proceso respectivo al considerar que los hechos denunciados no constituyen infracción penal. Es de advertir que en esta providencia, la Sala se equivocó al considerar como uno de los hechos denunciados la no aceptación de una demanda de lanzamiento, cosa que en efecto ocurrió con anterioridad al juicio que dio origen a las presuntas irregularidades y que no fue materia de acusación en contra de las funcionarias; tan obvio es esto, que el rechazo de la demanda se operó en el Juzgado Primero Civil Municipal de Buga, y su titular ni siquiera fue mencionada por el denunciante.

El día dos (2) de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), la Secretaría del Tribunal informó sobre la ejecutoria de la providencia anterior, y la no interposición de recursos contra ella, por lo cual se ordenó el archivo del expediente. Empero, apareció posteriormente un escrito de apelación contra esa decisión, presentado personalmente el día veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), y en el cual se halla una orden de la Secretaría del Tribunal de devolver el memorial por cuanto que en esa fecha no se había notificado el auto inhibitorio al denunciante. Así, con providencia de seis (6) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986), el Tribunal Superior de Buga concedió el recurso de apelación interpuesto por el denunciante, contra el auto inhibitorio.

Sustentación del recurso

El señor Antonio José Martínez, denunciante en la actuación, sustentó el recurso de apelación ante esta Corporación, solicitando la revocatoria del auto dictado por el Tribunal de Buga, ya que considera que el delito de prevaricato fue efectivamente cometido por las funcionarias acusadas, y que en la investigación preliminar se logró demostrar suficientemente su existencia.

Solicita también el memorialista que se inicie investigación penal por el delito de prevaricato por omisión en contra del personal de la Secretaría y Magistrados del Tribunal de Buga que hayan podido intervenir en la actuación, por haber demorado cuatro (4) meses la concesión del recurso de apelación interpuesto oportunamente y en debida forma.

Alega igualmente que a más del delito de prevaricato las funcionarias acusadas cometieron el delito de falsedad en documentos públicos, al consignar en sus sentencias hechos falsos, adecuación típica ésta que desconoció el Tribunal de Buga al hacer su pronunciamiento sobre la denuncia formulada.

Finalmente, solicita investigación disciplinaria para aclarar la conducta del abogado Alberto Villalobos Reyes, apoderado de la demandante dentro del proceso de lanzamiento.

Opinión del Ministerio Público

Luego de realizar un análisis conjunto de las pruebas aportadas al expediente, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Sala se revoque el auto impugnado, porque los planteamientos hechos por las jueces acusadas en sus respectivas decisiones no consultan la realidad de las pruebas allegadas al proceso de lanzamiento, y su interpretación tampoco está acorde con los principios del derecho sustantivo, ni responde a las exigencias consagradas en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil.

Consideraciones de la Corte

El artículo 149 del Código Penal define el delito de prevaricato por acción como la conducta del funcionario público que profiere resolución

manifiestamente contraria a la ley. Ello significa que en las decisiones de los funcionarios públicos se deben observar plenamente las prescripciones pertinentes, sin que les sea permitido apartarse caprichosamente de los límites fijados por la legislación, lo que no implica que se esté impidiendo al funcionario la posibilidad de interpretar las normas de acuerdo con los principios generales del derecho y con las pruebas sometidas a su estudio.

Tradicionalmente ha sostenido la Corte que la simple discordancia de interpretaciones de una norma, entre el funcionario acusado y su acusador no puede constituirse en conducta delictiva. No obstante, si tal interpretación es hecha por el funcionario con desconocimiento de los preceptos que la rigen, su conducta puede adecuarse al tipo penal de prevaricato.

En el caso sometido a estudio es preciso examinar el contenido de las sentencias de primera y segunda instancias, a fin de determinar si en ellas se omitieron consideraciones de índole legal que las muestren como manifiestamente contrarias a la ley.

Después de celebrado el contrato de arrendamiento entre los señores Blanca Vicenta Romero Lozano y Antonio José Martínez, el día veinticuatro (24) de junio de mil novecientos setenta y ocho (1978), fue expedido el Decreto 2813 de 22 de diciembre de 1978, el cual prorrogó la denominada congelación de arrendamientos establecida por los Decretos 63 y 2923 de 1977 hasta el 31 de diciembre de 1979. Con posterioridad a esta norma, fueron expedidos los Decretos 3209 de 1979, 3450 de 1980, 237 de 1981, 3745 de 1981, 3817 de 1982 y 2221 de 1983, además de la Ley 56 de 1985, regulaciones todas éstas que sucesivamente prorrogaron la medida de congelación, con la autorización de algunos porcentajes de alza en los cánones. De acuerdo con las anteriores prescripciones, se rige como un hecho cierto que el valor del canon de arrendamiento pagado por Antonio José Martínez a Blanca Vicenta Romero Lozano no podía ser reajustado sino en los porcentajes y oportunidades señalados en las respectivas disposiciones, so pena de que las estipulaciones pactadas por fuera de ellas "no producirán efecto alguno", conforme lo estableció el artículo 20 del Decreto 63 de 1977.

Siendo tales las normas, el canon de arrendamiento inicialmente pactado —y demostrado válidamente dentro del juicio de lanzamiento— no pudo ser válidamente reajustado sino en las siguientes oportunidades y condiciones: un porcentaje indeterminado, a partir del 24 de diciembre de 1979, fecha del vencimiento de una de las prórrogas; un 10% más a partir del 24 de diciembre de 1980, fecha del vencimiento de otra de las prórrogas, según lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 3450 de 1980; un diez por ciento (10%) más a partir del 24 de junio de 1981, fecha de vencimiento de otra de las prórrogas estipuladas de conformidad con el Decreto 237 de 1981; otro diez por ciento (10%) a partir del 24 de diciembre de 1981, según lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 3745 de 1981, siendo que terminado este período, el canon de arrendamiento ha debido regirse por las normas correspondientes que lo vincularon definitivamente con el valor del avalúo catastral del inmueble correspondiente.

De esta forma, hechos los cómputos pertinentes, el valor del alquiler del inmueble nunca superó los cinco mil pesos (\$5.000.00) y toda estipulación "entre las partes y las cláusulas que en forma directa o indirecta

tiendan a violar la congelación de arrendamientos establecida en el Decreto 2770 de 1976 y normas concordantes, no producirán efecto alguno'', tal como lo señaló el artículo 20 del Decreto 63 de 1977, el cual no fue derogado ni suspendido desde entonces.

Si bien la señora Romero Lozano inició el proceso de lanzamiento con un documento que probaba el contrato de arrendamiento celebrado con Antonio J. Martínez, cuando éste excepcionó de la demanda presentó las pruebas correspondientes que demostraron la existencia de un acuerdo anterior por el cual se debería regir su relación contractual, pruebas que fueron desconocidas sin fundamento alguno por las acusadas, y que condujeron al pronunciamiento de las decisiones de primera y segunda instancias contrariando manifiestamente las normas sobre la materia, ya que al intervenir el Gobierno en la reglamentación de los arrendamientos, el contrato correspondiente si bien continúa siendo ley para las partes, solamente admite las estipulaciones que se encuentren conformes al sentido de la intervención del Estado.

Planteado el juicio de lanzamiento con base en la causal de mora en el pago, y excepcionada la pretensión con la demostración de un pago en exceso realizado durante varias mensualidades y que cubría ampliamente los cánones presuntamente adeudados, las funcionarias han debido declarar probadas las excepciones propuestas y abstenerse de decretar el lanzamiento, o revocar tal decisión en la segunda instancia.

Todos estos análisis se desconocieron en las providencias base de la denuncia, y antes de ocuparse del examen de las pruebas, las funcionarias dedicaron sus esfuerzos a demostrar que la consignación de los cánones que el demandado hiciera ante el juzgado eran la confesión tácita de la mora en el pago con lo que se demostraba la necesidad del lanzamiento.

No puede la Corte tomar tales argumentos como una simple equivocación de criterios de aquéllas en que la interpretación no tiene relievancia en el ámbito penal, toda vez que se presentan como decisiones en abierta contradicción a claras disposiciones de la ley, desconocidas por las falladoras a quienes no se les debe investigar por ignorar tan claros principios en materias de su especialidad.

De esta forma, hechos los cómputos pertinentes, el valor del alquiler del inmueble nunca superó los cinco mil pesos (\$ 5.000.00) y toda estipulación "entre las partes y las cláusulas que en forma directa o indirecta tiendan a violar la congelación de arrendamientos establecida en el Decreto 2770 de 1976 y normas concordantes, no producirán efecto alguno", tal como lo señaló el artículo 20 del Decreto 63 de 1977, el cual no fue derogado ni suspendido desde entonces.

Si bien la señora Romero Lozano inició el proceso de lanzamiento con un documento que probaba el contrato de arrendamiento celebrado con Antonio J. Martínez, cuando éste excepcionó de la demanda presentó las pruebas correspondientes que demostraron la existencia de un acuerdo anterior por el cual se debería regir su relación contractual, pruebas que fueron desconocidas sin fundamento alguno por las acusadas, y que condujeron al pronunciamiento de las decisiones de primera y segunda instancias contrariando manifiestamente las normas sobre la materia, ya que al intervenir el gobierno en la reglamentación de los arrendamientos, el contrato correspondiente si bien continúa siendo ley para las partes, solamente admite las estipulaciones que se encuentren conforme al sentido de la intervención del Estado.

Planteado el juicio de lanzamiento con base en la causal de mora en el pago, y excepcionada la pretensión con la demostración de un pago en exceso realizado durante varias mensualidades y que cubría ampliamente los cánones presuntamente adeudados, las funcionarias han debido declarar probadas las excepciones propuestas y abstenerse de decretar el lanzamiento, o revocar tal decisión en la segunda instancia.

Todos estos análisis se desconocieron en las providencias base de la denuncia, y antes de ocuparse del examen de las pruebas, las funcionarias dedicaron sus esfuerzos a demostrar que la consignación de los cánones que el demandado hiciera ante el juzgado eran la confesión tácita de la mora en el pago con lo que se demostraba la necesidad del lanzamiento.

No puede la Corte tomar tales argumentos como una simple equivocación de criterios de aquéllas en que la interpretación no tiene relievancia en el ámbito penal, toda vez que se presentan como decisiones en abierta contradicción a claras disposiciones de la ley, desconocidas por las falladoras a quienes se les debe investigar por la presunta violación de la ley penal.

Por estas razones, la Corte revocará la providencia apelada.

Con relación a la solicitud de investigación penal por el delito de prevaricato por omisión que formula el denunciante, la Sala se abstendrá de ordenarla toda vez que no se observa en la tramitación más que una posible falta disciplinaria concerniente al descuido en el cumplimiento de sus funciones por parte de los empleados de la Secretaría del Tribunal, error que además fue convenientemente corregido en cuanto se observó. Para tal efecto, se ordenará que se compulsen copias de lo pertinente a fin de que la Procuraduría Seccional adelante las diligencias necesarias.

Por lo que atañe a la vinculación del abogado Alberto Villalobos Reyes a una investigación penal por el presunto delito de fraude procesal, encuentra la Sala que efectivamente el juicio de lanzamiento iniciado ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Buga por el citado profesional, se instauró con un documento firmado en fecha posterior y en condiciones diversas a las inicialmente acordadas entre las partes, circunstancia ésta que bien puede constituir el delito mencionado, razón por la cual se ordenará que se compulsen copias de lo pertinente para que la autoridad correspondiente inicie la investigación penal, si fuere del caso.

En cuanto a la investigación disciplinaria solicitada por el denunciante contra el mismo abogado, la Corte carece por completo de elementos de juicio que ameriten su iniciación, toda vez que solamente corresponde a una suposición del señor Antonio J. Martínez el hecho de que la señora Blanca Vicenta Romero Lozano vendió el inmueble, o la cuota de éste que le correspondía, a instancias de su apoderado, circunstancia ésta que, además, no se presenta como falta disciplinaria.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Agente del Ministerio Público, y en acuerdo con él,

RESUELVE:

Primero. Revocar la providencia de fecha veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), por medio de la cual el Tribunal Superior de Buga se abstuvo de iniciar investigación penal en contra de las doctoras Blanca Herrera Sanclemente y Gloria Sánchez Gutiérrez, y en su lugar, disponer que el Tribunal correspondiente inicie el proceso penal respectivo.

Segundo. Compúlsense copias de lo pertinente, a fin de que la Procuraduría Regional correspondiente inicie, si lo considera del caso, la investigación disciplinaria respectiva en contra de los empleados de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, de conformidad a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Compúlsense copias de lo pertinente, a fin de que, si fuere del caso, se inicie la investigación penal correspondiente en contra del abogado Alberto Villalobos Reyes por el presunto delito de fraude procesal.

Cuarto. Abstenerse de ordenar investigación disciplinaria en contra de Alberto Villalobos Reyes, por las razones anotadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José H. Velásquez R. Secretario.

REVISION

Naturaleza

La Corte ha sostenido que los errores de derecho solo pueden ser subsanados em casación y no mediante el recurso de revisión y que éste no puede convertirse en una tercera instancia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Z.

Aprobado: Acta número 047.

Bogotá, D. E., 14 de mayo de 1986.

VISTOS

Procede la Sala a decidir, el recurso extraordinario de revisión, interpuesto por el apoderado del condenado Juan Raúl Polanía Olaya, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Girardot, datada el 9 de abril de 1986.

HECHOS

Afirma en la denuncia Sebastián García Romero, que en horas nocturnas del 18 de junio de 1984, personas desconocidas se apropiaron de su residencia del Barrio Kennedy en el Municipio de Girardot, de bienes muebles que pericialmente, fueron avaluados en la suma de \$3.000.00.

En las primeras horas del 19 de junio del citado año, los agentes Reinaldo Garzón Delgadillo y Antonio María Sánchez, capturaron a los coautores del ilícito, identificados como Fernando González Serrano y Juan Raúl Polanía Olaya, quienes fueron sorprendidos, con los objetos materiales en su poder, cuando se desplazaban velozmente.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Al ser indagados confirmaron el hecho, pero Polanía Olaya, dice haber sido coaccionado por González Serrano, con un "destornillador", para que trasladara el paquete que contenía los bienes hurtados.

González Serrano, niega la violencia depuesta por Polanía y expresa que éste y un desconocido Isidro N., lo invitaron a que extrajera unos "muñecos" por la claraboya de una residencia, ubicada en el Barrio Kennedy, en el Municipio de Girardot, la que finalmente aceptó, cuando aquéllos habían consumado el delito.

Logrado el objetivo "envolvieron" los juguetes, para ser después capturados por los policiales; Isidro N. habría huido, sin ser identificado en el proceso.

- 2. En sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Girardot, el 9 de abril de 1985, consultada al Juzgado Segundo Penal del Circuito, de la misma ciudad, el 14 de febrero de 1986, se condenó a los procesados, a la pena de 24 meses de prisión por el delito de hurto calificado (Art. 350 Num. 1) y a las accesorias de interdicción y derechos de funciones públicas y la prohibición de consumir bebidas alcohólicas, por tiempo igual al de la pena principal.
- 3. El condenado Juan Raúl Polanía Olaya, interpuso por intermedio de apoderado, la acción o recurso extraordinario de revisión, donde invocó como causal violada por los juzgadores de instancia, la normada en el artículo 584 numeral 4, porque se condenó a su representado, con base en pruebas inexistentes en el proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Sea lo primero manifestar, que el recurrente, no concretó que la prueba secreta "no existía en el proceso", pues si se atiende, el contenido del alegato, se observan juicios, que tienen que ver, más con yerros de orden jurídico, que con errores de hecho, sobre la adución de la prueba, así por ejemplo, el razonar que el sumario estuvo mal calificado y el que los policiales captores no merecen ninguna credibilidad, así como que el fallador de instancia, omitió practicar diligencia de inspección judicial.

Se ha dicho por la Corte, que los errores de derecho, solo pueden ser subsanados en casación y no mediante el recurso de revisión, que entraña típicos errores de hecho sobre la prueba, o más diáfanamente un "aberractio facti" (Casación Penal, febrero 14 de 1969, "Gaceta Judicial", Tomo CXXIX, números 2306, 2308, Pág. 153).

- 2. De otra parte, el libelo mismo, expresa en su origen, la falta de "atenuantes" dejados de reconocer por los falladores en favor de su procurado, como por ejemplo el ínfimo valor de los elementos apropiados, la recuperación y "devolución" de los mismos, la carencia de antecedentes judiciales y hasta una agravante no contemplada en la sentencia condenatoria (Art. 350 numeral 4), que llevan a inferir, la ausencia de los requisitos mínimos que permitan dar trámite al recurso de revisión.
- 3. Debe recalcarse que el peticionario, ni siquiera concreta, en términos coherentes, en qué consiste la causal alegada, pues se limita a referirse, que no existían en el proceso o a criticar las existentes y a citar el numeral 4 del artículo 584.

En tales condiciones, la Sala carece de elemento alguno que le permita mayores profundizaciones en lo sustentado. Configúrase aquí el caso clásico del abogado, que quiere convertir este recurso extraordinario, en una tercera instancia, totalmente desechada por nuestro ordenamiento procesal.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, desecha la demanda de revisión presentada a nombre del procesado Juan Raúl Polanía Olaya.

Cópiese, notifíquese y copia de la actuación envíese al Juzgado de Primera Instancia.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.

HURTO Y ABUSO DE CONFIANZA

Si hay similitudes entre el delito de hurto agravado por la confianza y el delito de abuso de confianza, también se presentan notorias diferencias; se emplea un verbo rector distinto; en el hurto el autor carece de poder jurídico sobre la cosa, mientras que en el abuso de confianza la detenta a título no traslaticio de dominio; en el primero hay una relación de confianza de carácter personal con el propietario, mientras que en el segundo es indispensable entre ellos un nexo jurídico que los relacione con el bien.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo.

Aprobado: Acta número 049.

Bogotá, D. E., 20 de mayo de 1986.

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el condenado Benjamín Arriaga Arcos, quien también se hace conocer con otros nombres, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de San Gil que lo condenó, junto con otros dos procesados, a la pena de ochenta y cuatro meses de prisión y las accesorias correspondientes, por los delitos de falsedad en documentos —públicos y privados—, falsas imputaciones y hurto.

Presentada la demanda que se declaró ajustada a las exigencias formales previstas por tal ley y oído el concepto del Ministerio Público, se procede a resolver.

Hechos

En las instancias se ha relatado de la siguiente manera:

"Refiere la investigación sumarial, no modificada de ninguna manera en el plenario de la causa, que el señor Carlos Julio Moreno Valdés, contrató a Luis Hernando Rodríguez Martínez para conducir su vehículo automotor camión doble-troque de placas WZ-3426. El inicial recorrido lo emprendió en Bogotá, arribando a la ciudad de Cúcuta de donde partió hacia la Costa Atlántica y de allí con un cupo completo de polietileno de alta densidad con destino a la fábrica de Conalvidrios de Bogotá, llegando hasta inmediaciones del Municipio de Curití en donde entregó el automotor a sus compinches y haciéndose pasar por secuestrado, fue hallado en malas condiciones de salud. Llevado por los policiales hasta el centro asistencial de San Gil, se le dio tratamiento médico y luego de varios interrogatorios y dándole credibilidad en sus asertos se le dejó en libertad. No habían transcurrido muchas horas de su libertad cuando fue nuevamente capturado Luis Hernando Rodríguez en cercanías de la ciudad de Manizales conduciendo el automotor de Moreno Valdés, pero ahora transformado en tracto-mula con documentos y placas apócrifas.

"Con parte de los datos aportados por Rodríguez Martínez la Policía de Bogotá, que atenta estaba a los movimientos de uno de los elementos de delito de al parecer el delincuente más avezado en esta clase de infracciones y quien por cierto se le conoce con varios nombres, entre ellos Benjamín Arriaga Arcos, Armando Amaya Blanco, o Armando Casteblanco del Castillo y bajo el remoquete de "El Lobo" no dudó en señalarlo como uno de los integrantes, constatándose que para justificar la presencia de un trailer que dice ser de su propiedad, había formulado denuncia en la ciudad de Bogotá y luego con documentos falsos como la tarjeta de entregada a Rodríguez Martínez a nombre de Luis García Mora, trató de rescatarlo ante el Juzgado que conocía de este asunto, resultando cierta la sospecha de los sabuesos del F-2 a quienes en otras ocasiones habían tratado de colocar en entre dicho. De esa manera se desenmascaró una parte de la banda de delincuentes entregados a esta clase de ilícitos".

La demanda de casación

El representante judicial del condenado Arriaga Arcos presentó demanda de casación dentro de la cual, con apoyo en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, estima que la sentencia recurrida se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad. Para sustentar su pretensión formula dos cargos diferentes, el primero bajo la consideración de que existe una nulidad legal desde el auto calificatorio, y el segundo, por cuanto, a su juicio, se incurrió también en nulidad de entidad constitucional.

Primer cargo. De acuerdo con la opinión del recurrente, el proceso está viciado de nulidad de carácter legal, por cuanto en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, pues su poderdante fue llamado a responder en juicio criminal por el delito de

hurto agravado por la confianza, cuando la calificación que correspondía era la de abuso de confianza, nulidad expresamente consagrada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Asevera que la calificación de hurto es equivocada, pues el conductor del vehículo no le quitó a su empleador la posesión del automotor, sino que en favor propio y de terceros, se apropió de ese bien recibido a título no traslaticio de dominio. Apoderarse de una cosa mueble ajena, o sustraerla, es sacarla de la posesión de la víctima, con el fin de crear una nueva posesión. "Esa posesión, como es sabido, consiste en el alcance penal en el poder fáctico de disposición material del bien mueble y en la facultad de custodia o vigilancia del mismo. De consiguiente, no puede ser objeto de hurto la cosa mueble que no esté en la posesión de otro, sino que la tenga la misma persona que de ella se apropia o ilícitamente la usa".

Agrega que si la víctima del daño en su patrimonio económico ha dejado la posesión del bien el ámbito de quien se lo apropia, el delito que se comete es el de abuso de confianza. Para que se estructure el hurto es indispensable que el bien mueble lo tome el agente sin consentimiento de su poseedor, ya que si la víctima no tiene la vigilancia del bien o carece del poder de disposición física de la cosa, porque voluntariamente ha excluido del ámbito en la que tenía en favor de otro, no puede quejarse si el delincuente se la apropia, de hurto sino de abuso de confianza.

"En el caso averiguado en este proceso, que tuvo como precedente un contrato de trabajo y que en confianza por razón del servicio, el patrono entregó al trabajador el camión objeto de la posterior apropiación que el chofer cumplió, según encuentran los juzgadores en este caso, en provecho propio y de otros, se tiene claramente abuso de confianza y jamás hurto, pues el señor Moreno Valdés, en razón del contrato de trabajo existente con Rodríguez Martínez, le hizo entrega en confianza del automotor para el transporte a cumplir. Vale decir que la conducta tuvo por objeto cosa mueble ajena confiada al sindicado Rodríguez Martínez. Y es lo que dice el precepto que se ocupa de este delito: que haya apropiación en provecho propio o de terceros de "cosa mueble ajena, que se haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio".

Concluye con la afirmación de que como el camión y la mercancía que transportaba estaban en poder del procesado, la calificación que se dio a la infracción es equivocada, razón por la cual existe nulidad desde el auto de proceder.

Segundo cargo. En opinión del recurrente se desconoció el derecho de defensa de su poderdante, en razón de que desconocieron formas procesales de trascendencia. Para sustentar su aserto recuerda que todo procesado tiene derecho a designar defensor para que lo represente en el juicio, el cual deberá ser reconocido si reúne las condiciones para el desempeño del cargo.

Estima que al procesado a quien representa se le conculcó el derecho de defensa, pues cuando revocó el inicial nombramiento que había hecho de defensor y designó a otro profesional del Derecho para que lo representara en la causa, el juez del conocimiento no cumplió a cabalidad el dili-

genciamiento del caso para hacerle conocer al abogado designado el encargo que se le había conferido. Por el contrario, sin razón atendible procedió a designar defensor de oficio, con desconocimiento de la voluntad expresamente manifestada por el procesado.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, encuentra equivocado el planteamiento del actor que busca, dentro del primero de los cargos propuestos, que se declare la nulidad de la actuación por errada calificación del ilícito atribuido al recurrente. Afirma que el hecho de que la cosa se halle en poder del sujeto activo del delito no es razón suficiente para que indefectiblemente se llegue a la conclusión de que se cometió un delito de abuso de confianza, en caso de que se presente apropiación de la cosa, pues lo que importa para la estructuración de este delito es la existencia de un título no traslaticio de dominio. El hecho de que la cosa se halle en poder del autor del ilícito no es de suyo motivo suficiente para afirmar la existencia de abuso de confianza, pues en la vida real se dan muchas situaciones en las cuales la cosa ha sido entregada al agente, sin título jurídico y, por lo tanto, la subsiguiente apropiación es indicativa de un hurto agravado por la confianza.

En cuanto al segundo cargo, no considera que se haya incurrido en nulidad constitucional alegada, con desconocimiento del derecho de defensa. Para llegar a esa conclusión hace los siguientes razonamientos:

"No se da violación alguna al derecho de defensa del recurrente, cuanto que luego de acuciosa gestión del abogado Mejía Reyes, el procesado manifiesta al Juzgado de conocimiento que renuncia a esos servicios profesionales (Fl. 405 Cuad. 2 original) sin mencionar el reemplazo, lo que hubo de solicitarle el funcionario en auto de abril nueve de mil novecientos ochenta v cuatro (Fl. 405 Vto. Ind.), notificado oportunamente (Fl. 421 Vto. Cuad. Ind.) y con total silencio del procesado sobre este particular, hasta memorial de abril 25 siguiente cuando nombra como defensor al doctor José María Velasco Guerrero (Fl. 425 Cuad. Ind.), 'quien de un momento a otro tomará posesión'. No aparece allí su aceptación, requisito legal del nombramiento. Realizadas las gestiones pertinentes para la posesión del jurista y senador nombrado (Fls. 425 Vto. Cuad. Ind. 2 a 7, 22 Cuad. 3º original) y advirtiendo el señor juez que como senador el designado no podía desempeñar el cargo, 'según voces del artículo 110 de la Constitución Nacional y 117 del C. de P. Penal', procedió a nombrarle defensor de oficio el que tomó posesión el mismo día y actuó en la convocatoria que se le hizo para audiencia pública" (Fls. 39 y 48 Cuad. Ind.).

Afirma que no se quebrantaron las garantías procesales ya que ante la no posesión del abogado designado, en quien no concurrían ciertamente razones de incompatibilidad, pero que no había hecho aceptación del poder, no le quedaba camino diverso que el nombramiento de defensor de oficio, quien nombrado actuó y cumplió a cabalidad con el cargo que se le confió. Solicita, en consecuencia, que no se case la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala se ocupará de cada uno de los cargos formulados por el recurrente en el orden en que fueron planteados.

Primer cargo. El censor parte de la afirmación de que como los bienes de los cuales se apoderó el conductor del vehículo se hallaban en poder de éste, el delito cometido fue abuso de confianza, de modo que al ser calificada esa infracción como hurto agravado por la confianza, se incurrió en nulidad por error relativo en la denominación jurídica del hecho.

La forma como se desarrollaron los acontecimientos, que en manera alguna se controvierten en la demanda, permiten afirmar que varias personas dirigidas por quien ahora recurre en casación, simularon que el conductor de un vehículo había sido despojado de éste y de la carga, pues la realidad probatoria se encargó de demostrar que el referido atraco había sido una pantomima, ya que tiempo después ese conductor fue sorprendido cuando conducía el mismo automotor que pretendidamente le había sido sustraído, pero que en esta oportunidad aparecía modificado en su estructura y apariencia.

Los hechos no discutidos permiten aseverar que un grupo de personas idearon y llevaron a cabo el hurto, que el cerebro de esa operación delictiva fue el procesado recurrente y que el conductor del vehículo actuó como partícipe en los ilícitos cometidos. En ese orden de ideas es evidente que el recurrente, autor principal del hecho, tal como se afirma en la sentencia que se revisa, no tenía título alguno sobre los bienes objeto del ilícito, luego mal puede atribuírsele la comisión de un delito de abuso de confianza. Destácase que el Juzgado del conocimiento, al calificar el mérito del sumario, estimó que el referido conductor era apenas un cómplice del delito de hurto, lo que ponía en evidencia que había cooperado en la realización del hurto cuyo dominio final correspondía al ahora recurrente. No obstante, el Tribunal en forma acertada estimó que los hechos en su conjunto constituían una empresa criminal con división de trabajo, razón por la cual consideró que el conductor merecía el tratamiento de coautor del delito que había sido planeado y llevado a término.

Ese examen global de los acontecimientos permite llegar a la conclusión de que el comportamiento típico realizado por todos los que se reunieron para su ejecución fue justamente el que dio lugar al llamamiento a juicio y a la sentencia de condena. Es más, si lo ocurrido se mira en forma aislada, también se llega a idéntica conclusión, pues en estricto sentido quienes se apoderaron de la mercancía y del camión que la transportaba fueron personas diversas de quien conducía el vehículo y que éste actuó para que otros consumaran el delito que de consumo habían planeado llevar a cabo. Esta apreciación de lo acontecido lleva a la inequívoca conclusión de que, con relación al apoderamiento del camión y de la mercancía transportada, se cometió un delito de hurto pues, además, ninguno de los procesados tenía título no traslaticio sobre dichos bienes.

El recurrente plantea en su demanda una visión de los hechos diversa de la que se acepta en la sentencia, por cuanto pretende que el autor de ellos fue el conductor y los demás procesados actuaron como sus cómplices, bajo el entendido de que como el chofer se hallaba en posesión de los bienes, la infracción que podría, por este hecho, atribuírsele era la de abuso de confianza.

Ese planteamiento permite insistir en la aseveración de que si bien es verdad que entre el delito de hurto agravado por la confianza y el delito de abuso de confianza existen algunas similitudes, también se presentan notorias diferencias que permiten su individualización. En efecto, en el delito de hurto el legislador ha empleado el verbo rector apoderarse, mientras que la expresión verbal que preside la conducta del abuso de confianza es apropiarse; en el delito de hurto el autor del ilícito carece por completo de poder jurídico sobre la cosa, mientras que es requisito indispensable del abuso de confianza que el agente detente la cosa bajo título no traslaticio de dominio; en fin, en el delito de hurto agravado por la confianza, entre el agente y el propietario, poseedor o tenedor del bien existe una relación de confianza de carácter personal, al paso que en el abuso de confianza lo que es indispensable es que entre los referidos sujetos exista un nexo jurídico que los relacione con el bien que es objeto material de la infracción, aun cuando no exista confianza en el plano personal.

En relación con el verbo rector del delito de hurto es necesario destacar que la actual codificación empleó un diverso del utilizado en la legislación penal de 1936, cambio que necesariamente tiene alguna trascendencia no sólo para determinar la naturaleza de la conducta típica, sino para obviar algunas de las dificultades que se presentaban en relación con el momento consumativo de la infracción. En efecto, el verbo sustraer empleado en el artículo 397 de la anterior legislación daba la idea de extraer o trasladar la cosa, de sacarla del ámbito de protección y custodia del titular, con lo cual en alguna medida el momento consumativo del ilícito estaba vinculado a la actividad de la víctima en cuanto ésta podría extender o restringir el cuidado y protección de sus bienes. El verbo apoderarse que utiliza la norma vigente se da en su plenitud cuando el agente toma la cosa para sí, sin que en la estructuración de su conducta tenga real significación la actividad de protección del sujeto pasivo; pues apoderarse, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es "hacerse dueño de alguna cosa, ocuparla, ponerla bajo su poder", sin que para la realización de esa acción importe de manera decisiva quién es el tenedor material de la cosa.

Son muchos los casos en que se comete hurto sobre cosas que el agente detenta, aun cuando sin vínculo jurídico que permita predicar señorío sobre la cosa; tal el caso del llamado famulato, o del cajero del banco, o de los trabajadores que se apoderan de bienes que se hallan en su poder por razón del desempeño de su actividad o funciones y frente a los cuales reiteradamente se ha negado el abuso de confianza por la ausencia de nexo jurídico entre el agente y el titular del derecho, que los vincule al objeto material del delito. Así mismo en todos los casos en los que se da una cosa a un mensajero para que se haga entrega de ella a un tercero, habrá hurto agravado si éste se apodera del bien, independientemente de que el destinatario se halle en la misma edificación en donde se hizo la entrega o en ciudad distinta, pues la naturaleza del delito no puede modificarse por el trayecto, largo o corto, que deba recorrer el mensajero.

En esc orden de ideas el conductor de un vehículo automotor recibe tanto el vehículo como la mercancía que transporta pero en manera alguna tiene título jurídico de entidad precaria sobre esos bienes, pues el automotor lo recibe en virtud de relación de carácter laboral que no le atribuye señorío alguno sobre ese instrumento de trabajo y la mercancía la recibe para su transporte y entrega sin que por ese hecho pueda deducirse la existencia de título no traslaticio de dominio en relación con ese concreto bien, con menos razón en un caso como el que ahora se examina, en el cual la entrega de la mercancía no se hizo a la persona del conductor, sino a una empresa de transporte bajo cuya responsabilidad se hallaba la mercancía hurtada. Esto es, que la ausencia de título sobre esos bienes, impide afirmar la existencia de un abuso de confianza cometido por el conductor, pues es de la esencia de este ilícito que el agente tenga algún poder sobre la cosa derivada del referido título jurídico.

Esta ha sido la opinión reiterada de esta Corporación que en precedente oportunidad hizo las siguientes consideraciones:

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

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

"Por lo anterior la apropiación de bienes por parte de empleados del servicio doméstico, de compradores que los han recibido en un almacén para examinarlos, de cajeros de banco o de entidades comerciales, o de quienes los detentan mientras su titular sube a un vehículo, por ejemplo, no constituyen delito de abuso de confianza, a pesar de que los bienes materialmente los tiene el agente, pues en ninguno de los casos mencionados el detentador material que aprovecha su situación personal para apoderarse, posee título legítimo sobre aquéllos". (Cas. de 17 de enero de 1984. M. P. Luis E. Aldana).

Y en otra oportunidad había señalado:

"En la tenencia fiduciaria, característica del abuso de confianza, el agente tiene sobre la cosa un poder de hecho, que es distinto del poder de

derecho correspondiente a quien la traspasa. Si el propietario sigue custodiándola, aunque sea por medio de otras personas, como acontece con el fámulo a quien se le confía una casa para su aseo, no se crea la relación de confianza. La tenencia fiduciaria implica atribuciones autónomas que puede ejercer el agente a nombre del propietario''.

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

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

Los argumentos precedentes son suficientes para desechar el cargo formulado.

Segundo cargo. La Sala prolija los razonamientos expuestos por el señor Procurador Delegado en lo Penal para llegar a la conclusión de que al procesado recurrente no se le desconoció el derecho de defensa y, por lo tanto, para concluir que no se presenta la nulidad de carácter constitucional alegada.

Los supuestos fácticos del cargo presentado por el recurrente son exactos, pero de ellos no pueden derivarse las consecuencias jurídicas que pretende. En efecto, es cierto que el procesado recurrente revocó el poder que diligentemente había venido desempeñando un profesional del derecho, tanto en la etapa sumarial como en la iniciación del período de la causa; días después designó como su defensor a persona residente en diverso lugar de aquél en donde se tramitaba el juicio. El juez trató de comunicar la designación pero ante el informe de que el nombrado era Senador de la República estimó equivocadamente que había una incompatibilidad y decidió hacer nombramiento de defensor de oficio.

Adviértese, en primer término, que el profesional del derecho designado por el procesado no aceptó el poder conferido lo cual lleva a recordar que el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil dispone que para que se reconozca la personería de un apoderado es necesario que éste sea abogado inscrito y que haya aceptado el poder expresamente o por su ejercicio. Esta previsión legal tiende a evitar nombramientos carentes de seriedad u orientados a dilatar la tramitación del proceso o hechos en forma deliberada en personas que no han de aceptar con el fin de plantear posteriormente alguna nulidad.

En manera alguna se cercenó el derecho de defensa del procesado, pues el funcionario del conocimiento no impidió la posesión y el ejercicio del poder del abogado nombrado, de forma tal que en cualquier momento en el que hubiera manifestado la aceptación del cargo y se hubiese presentado para ejercer el poder, habría podido actuar. Sin embargo, el silencio de ese profesional del derecho no podía paralizar en forma perpetua la tramitación del proceso, de modo que el juez procedió correctamente cuando designó defensor de oficio que se posesionó y actuó sin objeción por parte del procesado y quien había podido ser reemplazado si se hubiera conferido nuevo poder o se hubiese presentado para actuar el profesional nombrado.

En estas condiciones encuentra la Sala que no se desconoció el derecho de defensa del procesado recurrente y, por lo tanto, no existe la nulidad alegada. El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

NOTIFICACION

Auto de proceder.

De acuerdo con el artículo 19 del Decreto 1853 de 1985 y en relación con el régimen de notificación del auto de proceder, se hicieron dos modificaciones esenciales, se abolió el emplazamiento en casos de ausencia del enjuiciado y se terminó con la doble notificación personal.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz.

Aprobado: Acta número 049.

Bogotá, D. E., 20 de mayo de 1986.

Vistos

Mediante providencia de 10 de febrero del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá no aceptó reponer su proveído de primero de noviembre del año próximo pasado, en virtud del cual llamó a responder en juicio al doctor Alvaro Pardo Barrera, ex Juez 37 de Instrucción Criminal de Bogotá, por el delito de abuso de autoridad (por omisión de denuncia) y lo sobreseyó temporalmente por el de cohecho que también se venía investigando. En esta misma providencia, el Tribunal concedió el recurso de apelación que de manera subsidiaria había interpuesto el señor defensor, y en virtud de ello ha llegado este proceso a la Corte.

Al descorrer su traslado, el señor Delegado Tercero en lo Penal pide a la Sala que "se abstenga de desatar la instancia, anulando de paso la actuación que llevó a cabo el honorable Tribunal Superior de Bogotá en torno a la reposición solicitada por el defensor del acusado". Fundamenta su concepto, en que para la época en que fue proferido el llamamiento a juicio del sindicado, ya estaba en vigencia el artículo 19 del Decreto 1853 de 1985, que modificó sustancialmente el régimen de notificación del auto

de proceder, y de acuerdo con esta norma cuando se interpusieron los recursos la providencia estaba ejecutoriada.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Mediante auto proferido el primero de noviembre próximo pasado, el Tribunal Superior de Bogotá llamó a responder en juicio al doctor Alvaro Pardo Barrera, por el delito de abuso de autoridad y en el mismo proveído lo sobreseyó temporalmente por el de cohecho que también se venía investigando.

La anterior providencia se notificó personalmente al sindicado, el 13 de noviembre subsiguiente (Fl. 304); de igual forma se notificó al Fiscal del Tribunal, dos días después (Fl. 303 Vto.), y además se notificó por estado el 18 del mismo mes (Fl. 303 Vto.).

Al momento de su notificación el enjuiciado manifestó que nombraba como defensor al mismo profesional que lo había asistido durante el sumario. El Tribunal, por intermedio del Magistrado Sustanciador, decidió, entonces, que se le diera posesión al designado y se le notificara "la providencia enjuiciatoria aquí proferida" (Fl. 306).

En cumplimiento de lo anterior, el profesional designado se posesionó el 10 de diciembre y en la misma fecha fue notificado personalmente del "auto procesatorio fechado el primero de noviembre del presente año" (Fl. 308).

En escrito presentado personalmente por el ya posesionado defensor el 13 de diciembre, solicitó "la reposición o en subsidio apelación de su providencia calendada el primero de noviembre del presente año" (Fls. 309 a 313).

Luego de tramitarse el recurso de reposición, el Tribunal, en providencia del 10 de febrero lo resolvió negativamente y concedió la apelación subsidiariamente interpuesta.

Como puede deducirse de todo lo anterior, el Tribunal le dio plena aplicación a lo dispuesto por el artículo 182 del Código de Procedimiento Penal, norma ésta que, indudablemente, estaba derogada de manera expresa por el artículo 23 del Decreto 1853 de 1985, vigente desde el 13 de julio de 1985.

La norma derogada, artículo 182 del Código de Procedimiento Penal, fue sustituida por el artículo 19 del decreto que acaba de citarse, cuyo tenor es el siguiente: "Notificación del llamamiento a juicio al procesado. El auto de proceder se notificará personalmente al procesado, si estuviere detenido o si se presentare dentro de los dos días siguientes a la expedición del auto. En caso contrario, se notificará al apoderado que lo haya venido asistiendo o, si no lo tuviere, al apoderado de oficio que le designe el Juez, y con él se continuará el proceso".

Dos modificaciones esenciales al régimen de notificación del auto de proceder, se hicieron en esta norma: a) Fue abolido el emplazamiento que para casos de ausencia del enjuiciado reglaba el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, que también fue expresamente derogado; y, b) se

terminó con la doble notificación personal que instituía el régimen anterior (Art. 182 ibídem), con lo cual, sin afectar el derecho de defensa, como que siempre el sindicado o su apoderado habrán de ser enterados personalmente de la acusación, se le imprime celeridad al procedimiento.

En consecuencia, si el sindicado estuviere detenido o se presentare dentro de los dos días siguientes a la expedición del auto, a él se le hará notificación personal. Si así se hace, a su apoderado, al que viniere asistiéndolo o al que designare en esta oportunidad, se le notificará en la forma ordinaria dispuesta por el inciso segundo del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, esto es, personalmente si se presentare a la Secretaría dentro de los dos días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, se le notificará por estado. Si el sindicado no estuviere detenido ni se presentare dentro de los dos días siguientes a la expedición del auto, se le notificará personalmente "al apoderado que lo haya venido asistiendo o, si no lo tuviere, al apoderado de oficio que le designe el Juez, y con él se continuará el proceso", sin necesidad del emplazamiento que antes de la vigencia de esta norma era necesario hacer.

Aunque el artículo no lo diga de manera expresa, es necesario entender que la notificación al apoderado cuando no hubiere podido notificársele al sindicado, debe ser personal, no sólo porque a esta clase de notificación se viene refiriendo la norma, sino además porque si así no se interpretase su texto, el derecho de defensa se vulneraría seriamente al posibilitarse una sentencia sorpresiva, sin conocimiento previo de la formulación de los cargos.

En este orden de ideas es necesario concluir con el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, que los recursos interpuestos por el apoderado del doctor Pardo Barrera en este proceso, fueron extemporáneos, porque a él se le había notificado la providencia recurrida mediante estado del 18 de noviembre de 1985, en su carácter de apoderado que tenía desde la fecha de su posesión (Fl. 268), sin que fuera necesario hacerle notificación personal, porque ésta ya le había sido hecha al sindicado.

No puede, pues, la Corte entrar a resolver el recurso interpuesto por extemporáneo, ni tampoco, por no haber adquirido competencia puede proceder a decretar la nulidad de la providencia del Tribunal que denegó la reposición.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo en parte con él, se ABSTIENE de conocer del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del doctor Alvaro Pardo Barrera contra la providencia de fecha, origen y naturaleza anotados.

Notifiquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Dentro de los presupuestos jurídicos que informan la estructura de esta clase de nulidades, creadas por la jurisprudencia con base en casos concretos, no puede llegarse a los extremos criticables de rechazarla apriorísticamente o de sostener que cualquier simple irregularidad, omisión o error, permitan necesariamente calificarse en ese sentido.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Z.

Aprobado: Acta número 049.

Bogotá, D. E., 20 de mayo de 1986.

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia de 26 de febrero de 1985, del Tribunal Superior de Medellín, por el cual se confirmó adicionándola la de primera instancia, proveniente del Juzgado 7º Penal del Circuito de esa ciudad, por medio de la cual se condenó a José Luis Hoyos Montoya, a la pena principal de cuatro (4) años de prisión.

HECHOS Y ACTUACIÓN

- 1. En mayo de 1983 se practicó una diligencia de arqueo al almacenista de útiles de las Rentas Departamentales de Antioquia en Medellín, José Luis Hoyos Montoya, y en ella encontraron faltantes. Tal diligencia fue firmada por el funcionario citado.
- 2. El 30 de mayo de 1983, los visitadores administrativos, presentaron denuncia penal contra Hoyos Montoya, determinando el alcance en la suma de \$405.819.00. En la investigación la cuantía ascendió a la suma de \$620.768.05.

Las respectivas diligencias fueron adelantadas por varios juzgados de instrucción, y el 21 de julio se dictó auto ordenando su captura, declarándose que el no obtenerse ésta, se daría cumplimiento al artículo 382 del Código de Procedimiento Penal (Fl. 67).

El día 10 de diciembre compareció Hoyos Montoya ante el Juzgado de Instrucción voluntariamente y se le informó, que no se le había expedido orden de captura. Ello a pesar de lo que aparecía en la providencia ya citada del folio 67. Sin embargo se le requirió para presentarse al despacho cuando se le necesitase. El 12 de diciembre se envió el expediente al Juzgado 7º Penal del Circuito, que era el competente.

El 11 de enero, Hoyos Montoya dio poder a un abogado para que lo asistiese en todas las diligencias, sin que aparezca constancia alguna, de que hubiese solicitado su indagatoria. El 19 de enero se comisionó nuevamente al Juez 31 de Instrucción Criminal y se recalcó que si no fuese posible hallar al sindicado, se ordenara su captura y se diera cumplimiento al citado artículo 382.

El 20 de enero de 1984, se recibió el negocio; el 25 se presentó voluntariamente Hoyos y al parecer el mismo día, se inició la diligencia, la cual se continuó el mismo día; a ella adjuntó pruebas y el 27 y 31 se continuó la declaración de inquirir con nuevo aporte de pruebas.

- 3. El 31 de enero. se le resolvió la detención jurídica con auto de detención. Entre tal fecha y el 21 de febrero se practicaron algunas probanzas; este día se enviaron las diligencias al Juez competente quien cerró la investigación el 27 de febrero.
- 4. El 23 de marzo, previo traslado a las partes y alegato del apoderado de Hoyos, se calificó el mérito del sumario, mediante llamamiento a juicio por el delito de peculado por apropiación. De tal proveído apeló motivadamente el defensor; la decisión fue confirmada por el Tribunal Superior, a pesar de que la Fiscal 5ª del Tribunal, pidió sobreseimiento temporal. En la providencia confirmatoria se aclaró la cantidad faltante.
- 5. Regresado el negocio al competente, se abrió el juicio a pruebas, y solo el defensor del procesado solicitó se practicase. Todas las pruebas impetradas por dicho profesional, se decretaron, lo mismo que aquellas que había insinuado el Tribunal.
- 6. El Juzgado competente en el auto que decretó la práctica de pruebas, comisionó al Juzgado de Instrucción que venía actuando, para la práctica de ellas. El proceso, llegó a este despacho el 9 de agosto, donde solamente se alcanzaron a librar cinco oficios de fecha 10 de agosto, ya que el 11, el instructor dictó un auto, recordando que el despacho no era competente para cumplir la comisión. Al regresar el mismo día el proceso al competente, éste dictó un auto en el cual se ponía de presente que se había enviado el juicio al instructor sin haberse notificado el proveído que decretó la práctica de pruebas. Una vez surtida tal notificación, por auto de 17 de agosto, se aceptó que realmente no se podía comisionar conforme a lo dispuesto en la Ley 22 de 1977, y se volvieron a librar con fecha 22 de agosto, oficios en número de cinco, los cuales en su mayoría se refieren al mismo tema de los librados por el instructor.

Entre el 23 de agosto de 1984 y el 18 de octubre del mismo año, se practicaron pruebas; el 6 de noviembre de 1984 se fijó fecha para la audiencia, la cual se realizó el 27 de noviembre.

Es de advertir que a pesar de estar precluido el período probatorio, el 23 de noviembre de 1984, el defensor del procesado, solicitó se librase un exhorto al Tribunal Contencioso Administrativo, pidiendo copia de una sentencia. Tal prueba se decretó al día siguiente (Fl. 444) y la sentencia fue agregada al expediente, lo mismo que el salvamento de voto de uno de los Magistrados.

El 27 de noviembre se realizó la audiencia pública, cuya acta está firmada por el procesado y su defensor, quien presentó un escrito impetrando su absolución; el 7 de diciembre de 1984, se dictó la sentencia de primera instancia; el 11 de febrero de 1985 la Fiscal 5ª del Tribunal en el trámite de la apelación interpuesta por el defensor del procesado, demandó la absolución de Hoyos, y el 27 de febrero de 1985, como ya se expresó, se dictó la providencia confirmatoria de segunda instancia.

DEMANDA

El representante del procesado invocó la Causal Cuarta de Casación, afirmando que la sentencia se había dictado en juicio viciado de nulidad, que califica de constitucional. Plantea dentro de este tema, cuatro cargos: El primero sería el de haberse edificado sobre pruebas aducidas irregularmente al proceso, a espaldas del acusado, lo sustenta con consideraciones que adelante se desmenuzarán y con cita de un comentarista colombiano. El segundo, consistiría igualmente en haberse vulnerado el derecho de defensa, al no practicar pruebas ordenadas por el Tribunal, insistiéndose en que esta Corporación decretó una diligencia con pluralidad de peritos y realmente se designó uno solo. Dentro del mismo cargo se califica de remedo, por haberse edificado en la simple lectura de las actas de visita. El tercer cargo consiste, en la circunstancia ya anotada de haberse comisionado a un Juez de Instrucción, para practicar durante el período probatorio del juicio, diligencias que según la Ley 22 de 1977, eran privativas del competente. El cuarto y último cargo, consiste en haberse edificado la sentencia sobre pruebas cumplidas, después de vencido el término legal para la práctica de las mismas.

Concepto de la Procuraduría

Estima el colaborador fiscal, que ninguno de los cargos debe prosperar. El primero y el segundo, por carencia de técnica, pues entremezcla la causal cuarta, con la primera. El tercero, por haberse enmendado el yerro a tiempo y no aparecer vulneradas garantías constitucionales. Se citan en apoyo providencias de esta Corporación. El cuarto, por exceso de rigurismo jurídico, ya que los términos deben "ser atendidos con flexibilidad" por el exceso de trabajo. Esta irregularidad no afectaría la esencia de los actos cuestionados. Adelante la Sala se referirá al concepto de su colaborador Fiscal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Se ha alegado la causal cuarta de casación, sosteniéndose, no la existencia de las nulidades legales, sino de las denominadas supralegales constitucionales, jurisprudenciales o sustanciales.

Como bien lo ha sostenido en forma reiterada, esta Corporación, ellas se configuran cuando se violan algunas de las cuatro garantías de naturaleza objeto y consecuencia propias, señaladas en el artículo 26 de la Carta Magna. Son ellas:

- a) Legalidad del juicio y la jurisdicción.
- b) El debido proceso.
- c) La favorabilidad normativa.
- d) El derecho de defensa.

(Providencias de 24 de mayo de 1982, Ponente doctor Alfonso Reyes; de 21 de enero de 1985, Ponente doctor Alvaro Luna Gómez; de 8 de mayo de 1970, de 30 de agosto de 1979, de 26 de julio de 1944, de 15 de diciembre de 1950, de 24 de noviembre de 1955, etc.).

Esos principios deben ser vulnerados de manera ostensible y evidente. Las nulidades constitucionales pueden aparecer, tanto en el sumario, como en el juicio, pero es en esta última etapa procesal, donde tienen mayor repercusión.

"La Corte Suprema, siempre ha considerado que es en la etapa del juicio frente a cargos concretos, en donde se ejerce a plenitud el derecho de defensa, y por consiguiente donde puede ser más fácilmente vulnerado.

Sin embargo, no hay duda, de que en el sumario se precisa de ese derecho y con la misma profundidad y urgencia que en la causa, porque allí es donde empieza a acreditarse que la inocencia no es una mera presunción, sino una realidad indiscutible". (Sentencia de 3 de febrero de 1981). Esta observación es pertinente en el caso a estudio, ya que en ella se han alegado tanto en la causa, como en el sumario.

2. Las referidas nulidades constitucionales, afectan las bases mismas de la organización procesal, vulneran fundamentalmente su estructura, socavan los presupuestos elementales del juzgamiento, desconocen garantías esenciales de las partes. (Sentencia de 8 de mayo de 1970, "Gaceta Judicial" XXXIV, Pág. 295).

Buscan no sólo la defensa del individuo frente a la creciente omnipotencia estatal, sino la rectitud del orden legal. A la postre ellas son clara expresión práctica, la concreción de los derechos consagrados en el artículo 26 de la Constitución Nacional citada.

Por no estar expresamente determinadas en la ley de manera taxativa, como sí están las legales (Arts. 210 y 211 del C. de P. P.), por ser creación de la jurisprudencia, se han ido aceptando, creando, desarrollando, en forma paulatina, con base en casos concretos, reales, que se han estudiado separada y detenidamente, en veces con resistencia de algunos sectores del pensamiento jurídico.

A la aceptación de cada una de esas causales supralegales de nulidad, se ha confluido con base en los principios jurídicos generales, reconocidos no solamente en nuestro país, sino en otros estados de derecho, en una interpretación democrática del sistema procesal, pero sobre todo en un ponderado sopesamiento y contraposición entre los derechos del individuo a ser juzgado rectamente y los de la sociedad para obtener la punición de los delitos.

3. Dentro de los presupuestos jurídicos, que informan la estructura de esta clase de nulidad, no puede llegarse a los extremos criticables de rechazar apriorísticamente su aceptación o el de sostener que cualquier simple irregularidad, omisión, precipitud procesal, anomalía, error o falla formal, deba necesariamente calificarse de nulidad constitucional.

La agresión a los principios garantizados en el artículo 26 citado, se reitera, debe ser pues, ostensible, evidente y grave.

4. Aplicando los principios enunciados en el caso a estudio, la Corte, tratará de examinar con el mayor detenimiento, cada uno de los argumentos esbozados por el recurrente, evaluando su verdadero alcance. Debe reconocerse que el demandante ha hecho un loable esfuerzo en ejercicio de la función a él encomendada.

Simplemente ha estudiado cuidadosamente los infolios procesales, tratando de recalcar cada aspecto que en su sentir pueda favorecer los intereses de su representado.

- 5. La única causal invocada es la cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, consistente en haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad. Se desmembra como ya se expresó en el cuarto cargo.
- 6. Primer cargo. El primero en realidad se enuncia a su vez en dos aspectos, pero se entremezcla su sustentación; en efecto:
- A. Se afirma que se edificó la sentencia con pruebas aducidas al expediente irregularmente, a espaldas del procesado.

Se anota que el auto cabeza de proceso, se dictó el 31 de mayo de 1983 y el señor Hoyos, solo se vinculó al proceso mediante indagatoria el 25 de enero de 1984. En el interregno se arrimaron probanzas sin participación del sindicado. Ello habría desconocido el derecho de defensa, el principio de la legalidad de la prueba, el de la iniciativa, el de la publicidad y contradicción probatoria.

Al procesado, no se le dio oportunidad de ser parte, de conocer las pruebas en su contra y controvertirlas. Se citan como normas violadas además del artículo 26 de la Constitución Nacional, los artículos 219, 224, 273, 276 del Código de Procedimiento Penal.

Se transcribe para acolitar lo afirmado, la opinión de un comentarista nacional.

Pero, si se revisa el expediente, se concluye que no sería apropiado aplicar estas disquisiciones al caso y que carecen por tanto de pertinencia. Efectivamente es cierto que el auto cabeza de proceso, tiene fecha de mayo

31 de 1983 y la indagatoria 25 de enero de 1984. Pero igualmente lo es, que en el interregno se decretó orden de captura de Hoyos en providencia que tiene fecha 21 de julio de 1983. Desde tal fecha hasta el 10 de diciembre de 1983, día en el cual compareció voluntariamente Hoyos, al Juzgado Instructor eludió la acción de la justicia.

Se dice lo anterior, ya que desde el 24 de mayo de 1983, se terminó una visita administrativa practicada por la Secretaría de Hacienda de Antioquia, la cual fue firmada por Hoyos, se le notificó de un faltante de \$405.849.02 y el procesado aceptó no disponer de tal suma, pero, en caso de "permitírselo la cancelaría en cuotas hasta del 50% de su salario".

Mal podría ignorar que tal constatación, daría lugar a investigación penal en su contra. Desde el momento en que se inició la investigación, la ley le daba la facultad de acudir al artículo 384 del Código de Procedimiento Penal y pedir su vinculación procesal. Pero sólo se presentó como se determinó, el 10 de diciembre de 1983 y únicamente confirió poder el 11 de enero de 1984; se le indagó al parecer el 25 de enero de 1985, ante nueva comparecencia voluntaria.

Pero como lo anota la Procuraduría, entre estas fechas no se practicó ninguna prueba, entre otras cosas por interposición de un vencimiento de término de la comisión y de la vacancia judicial.

Los planteamientos del recurrente, son aplicables solamente en el supuesto de que el Juez o el instructor al comparecer el procesado para pedir su propia indagatoria, niegue tal derecho, a pesar de existir fundamentos probatorios para la injurada, y se practiquen pruebas a las cuales no puede tener acceso.

En esta hipótesis, sí se podría sostener que se conculcó el derecho a ser indagado para practicar probanzas (Providencia de 5 de noviembre de 1981, Ponente doctor Calderón Botero).

Pero tal nulidad, según la citada doctrina, se limita solo a las pruebas, indebidamente practicadas.

Se reafirma pues, que la tardanza a defender sus derechos, su pretensa inocencia, es imputable al propio procesado, no a una acción de la justicia, tendiente a conculcarlos, vulnerarlos o limitarlos. No se recortó, tardó o desconoció el derecho de Hoyos a rendir su propia indagatoria.

A tal diligencia, agregó numerosas pruebas y se practicaron muchas, entre otras, varias confrontaciones. Se le dio la posibilidad de desvanecer los cargos contra él esgrimidos; su apoderado alegó dentro del término legal y por cierto no se atrevió a impetrar sobreseimiento definitivo a su favor, sino sólo un temporal.

Hiperbólica es pues, la afirmación de que por este aspecto se hubiese violado el derecho de defensa.

B. Con relación al segundo aspecto de este cargo, consistente en sostener, que se le dio credibilidad al arqueo de caja y al dicho de los denunciantes, salta a la vista, la carencia de técnica, al proponérsele como nulidad, ya que correspondería a la causal primera.

Por este motivo, tiene razón la Procuraduría, cuando observa que antitécnicamente se aglutinan causales diversas; aunque este argumento sería suficiente para desechar este aspecto, anótese además, que aun cuando se hace una sintética enunciación de él, no se indican en forma clara y precisa, los fundamentos de la apreciación, no se da explicación alguna sobre su existencia misma de la de nulidad.

La argumentación y la transcripción normativa y doctrinaria que se presenta para el primer cargo, cubriría solamente el primer aspecto, más no el segundo.

- 7. Segundo cargo. Reincide el recurrente en mezclar dos aspectos tocantes, el uno con la causal cuarta y el otro con la primera. Por tanto el análisis se separará:
- A. Se sostiene en forma general, que no se practicaron las pruebas decretadas por el Tribunal. No se determina si fueron todas o solo algunas. En su sola enunciación, el cargo peca pues por imprecisión.

Tratando de escudriñar el espíritu del recurrente, el basamento de este cargo radica, en no haberse realizado un peritazgo con pluralidad de peritos, como lo ordenó el Tribunal, sino con uno solo, y no haberse hecho sobre el material contable del almacén y con presencia del procesado.

Para desvanecer el valor de este aspecto del cargo, debe recordarse que no es obligatoria la designación de número plural de peritos, sino facultativa del Juez, según lo expresa claramente el artículo 267 del C. de P. P. Podría entenderse que el legislador lo que busca es preservar el valor de la prueba pericial cuando interviene número plural de expertos.

Es cierto que el Tribunal en el auto calificatorio, se refiere a peritos (plural): pero no se hizo como orden, sino mediante esta frase textual "estima la Sala conveniente y así lo insinúa". (Fl. 319). No se trata pues, de pruebas ordenadas, sino insinuadas por el Tribunal.

En tales condiciones dicha sugerencia, carece de capacidad para restringir la facultad del Juez de designar uno o varios peritos.

Por lo demás, el dictamen pericial, cuya nulidad se tacha en casación, fue puesto en conocimiento de las partes (Fl. 441) conforme al artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, sin que se hubiese pedido explicación, ampliación o aclaración. Tampoco fue objetado en los términos del artículo 277 ibídem.

No es la primera vez, que esta Corporación se ocupa de este tema. Así en providencia de 7 de febrero de 1970 ("Gaceta Judicial" CXXXIII, Págs. 200 y ss.) había dicho la Sala:

"Entre los principios elaborados por las ciencias procesales está, como cuestión central, el de la contradicción de la prueba, requisito básico para admitirla y reconocerle poder de convicción. Las personas contra quienes milita un elemento probatorio de cualquier naturaleza que sea, máxime el pericial, deben enterarse de la forma como se produce y como se vincula al proceso, a fin de que tengan oportunidad de analizarla y aun de presentar demostraciones opuestas. Principio que niega la reserva propia de otras épocas y que contribuye a garantizar eficazmente el derecho de defensa.

De ahí el que la legislación procesal establezca las exigencias de que se ha hecho mérito, muchas de las cuales son comunes al procedimiento civil; y, en lo que concierne a la pericia, haga énfasis en el traslado, pues de él depende su aceptación y reconocimiento. Si las partes se enteraron del auto que la ordena y se notificaron a tiempo de él; si no recusaron a los peritos, y, haciendo fe en sus condiciones de todo orden, no intervinieron en las inspecciones y reconocimientos; si recibieron el traslado del dictamen y no lo objetaron; y si renunciaron al derecho de acusarlo antes de entrar el expediente al despacho del Juez para sentencia, es lógica la conclusión de que implícitamente le otorgaron validez y admitieron su sujeción a las formalidades legales, quedando inhibidas para revivir ataques o reservas no planteados en el momento procesal oportuno. Las partes se cierran, así el camino para que en la instancia superior, o en el recurso extraordinario de casación, pueda examinarse, la procedencia del peritazgo, la calidad de sus autores, la legalidad de su designación, el tiempo durante el cual haya permanecido el cuestionario en estudio y las demás circunstancias que integran lo que se llama la historia del dictamen, porque no hayan querido, teniendo derecho para ello, presenciar las diligencias tendientes a fundarlo. Precluye para ellas, por la irregularidad de su acción, una actividad que el procedimiento autoriza adelantar en un tiempo determinado, mejor aún, en una etapa determinada, ya que ésta se compone de una serie de actos propios para reclamar la seriedad, eficacia e imparcialidad de la prueba".

Es posible aceptar como lo hace la Procuraduría, que el peritazgo no se ajuste a lo insinuado por el Tribunal, que no aclare muchos detalles. Pero trátase de irregularidades que la defensa ha podido aclarar en su oportunidad, más no de protuberantes agresiones al derecho de defensa o la plenitud de las formalidades del juicio. Por tanto este aspecto del cargo, no prosperará.

B. En torno a la calificación de remedo del dictamen precitado, por basarse en la simple lectura de las actas de los visitadores, surgen de lo ya expuesto, argumentos que permiten valorar debidamente este aspecto del cargo.

Se repite que ha debido alegarse en la causal primera y no en la cuarta; posiblemente allí como lo insinúa la Procuraduría, hubiese corrido mejor suerte al ceñirse a la técnica de casación. Pero tal como está ubicado, no puede estimarse.

Por lo demás, también es valedero para este aspecto del cargo, el argumento aducido en torno al anterior, de que a pesar de haberse puesto en conocimiento de las partes, el dictamen pericial, no se usaron por la defensa, las posibilidades de los artículos 276 y 277 del Código de Procedimiento Penal. También se desechará este punto.

8. Tercer cargo. Merece especial detenimiento. Es cierto que el artículo 9º de la Ley 22 de 1977, no permite las comisiones dentro de la sede en el período probatorio. También lo es, que inicialmente el Juez competente en forma errónea, comisionó a un Juez de Instrucción de Medellín para practicar pruebas decretadas. Pero tal error lo advirtió el comisionado, lo aceptó el comitente y los pocos oficios librados por aquel, fueron reiterados por

éste, casi en su totalidad. En efecto, el Juez 31 de Instrucción Criminal, libró el 10 de agosto, cinco oficios (Fls. 330 a 334).

Cuando regresó el negocio al competente, éste el 22 de agosto, reiteró todos, menos uno y libró otro. El único que dejó de reproducir, ya había sido respondido. Se refería tal oficio a una prueba pedida por el defensor del procesado, tocante con una certificación del Procurador Primero Regional de Medellín.

Basta observar su contenido para comprender su poca trascendencia y revisar las sentencias de primera y segunda instancia, para aceptar que las pruebas así allegadas no fueron base de la condena.

Trátase de una certificación de buena conducta, respondida afirmativamente, de una explicación sobre si le constaba al Procurador Delegado, que Hoyos hubiese sido perseguido y amenazado, cuando trabajó en la Policía Judicial, lo cual respondió negativamente; igualmente se le solicita que exprese, si le correspondió investigar una queja de Hoyos contra funcionarios de las Rentas Departamentales. A esto se responde afirmativamente y se envía copia del informe evaluativo de las quejas.

Pero resulta, que tal prueba no tiene incidencia alguna sobre la plena prueba del cuerpo del delito, ni sobre la responsabilidad del procesado, ni fue citada como fundamento de la condena, ni en primera, ni en segunda instancia.

Así pues, a la postre la violación de la Ley 22 de 1977 fue subsanada y lo tramitado por el Juzgado comisionado, carece de significación procesal. Habría una irregularidad sin dimensión, para trocarla en nulidad supralegal.

9. Cuarto cargo. Consiste en haberse practicado pruebas vencido el término legal. La crítica se refiere, tanto al término de instrucción, como al probatorio del juicio.

No se compagina con el enfoque del segundo cargo, en cuanto critica la no práctica de las pruebas. Comparando las apreciaciones del recurrente, concluiríase que en el período probatorio existiría nulidad, en el supuesto de que por falta de tiempo o recargo de trabajo del Juzgado, no se alcanzan a practicar las pruebas en el término legal, como sí por la misma razón, se practican después de él.

La Sala estima que situación como la alegada como causal cuarta, tiene su explicación en el volumen de trabajo de los despachos, pero en ningún momento puede predicarse como acto inexistente, ineficaz o nulo.

Esta Corporación ya se ha pronunciado en varias ocasiones, sobre las pruebas practicadas, fuera del término legal. Así por ejemplo en providencia de 24 de septiembre de 1984 (Ponente doctor Aldana Rozo) se concluyó, que el practicar pruebas una vez vencido el término de comisión, no constituye causal de nulidad legal, ni constitucional.

No es pertinente ahondar en este tema, ya que ni siquiera se dan los presupuestos probatorios que fundamenten lo sustentado.

El recurrente cita para respaldar el cargo como única prueba practicada fuera del término legal, el ya anotado dictamen pericial reseñado en el cargo segundo. Y en verdad no existen otras pruebas con esa presunta tacha temporal.

Pero debe observarse un detalle que invalida la aseveración sobre la tardanza o al menos explica la demora en la producción del dictamen. La prueba se decretó en auto de fecha 6 de agosto; el 10 del mismo mes, el instructor indebidamente comisionado, libró oficio a la Contraloría Municipal de Medellín, solicitando nombramiento de dos peritos.

Mediante Oficio de 22 de agosto de 1984, se aclaró el anterior en el sentido de que se suministrara una lista de peritos contables (Fl. 349); aparece en el proceso copia de un oficio de tal entidad, donde se solicita a la doctora Isalía Zuluaga Arango, se traslade al Juzgado para atender una petición; por auto de 3 de septiembre se le aceptó como perito y ese mismo día tomó posesión del cargo.

Es cierto que no aparece la usual constancia secretarial sobre la fecha de iniciación del período probatorio, pero tal omisión constituiría a la suma irregularidad intrascendente.

Las pruebas se comenzaron a practicar el 22 de agosto; luego la posesión se cumplió dentro de los quince días subsiguientes, sin contar los feriados.

Ahora, el dictamen no podía ser rendido inmediatamente y aun cuando el Juez inicialmente en la diligencia de posesión, no fijó fecha para rendirlo (Art. 275), el 27 de septiembre, se le puso de presente a la perito, su no comparecencia. El 17 de octubre fue rendido el dictamen y el 18 se puso en conocimiento de las partes, como se ha recalcado.

Ya se expresó que de tal dictamen, no se solicitó ampliación, explicación o aclaración, ni se objetó. Tampoco se hizo referencia alguna de carencia de valor probatorio, por haberse rendido presuntamente fuera de término.

No se pueden forzar los términos, de manera tal que se concluya en el caso específico del dictamen pericial, necesariamente para que sea válido, deba rendirse dentro del apretado término del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal. Las normas no deben interpretarse aisladamente, sino en concordancias con aquellas que las hacen dinámicas.

El término legal del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal y el judicial del artículo 275, deben armonizarse en aras de la efectividad de la administración de justicia.

La práctica de una prueba, como el dictamen, que exige conocimientos especiales, en este caso de una ciencia, se inicia con la posesión del perito; cúmplase aquí la exigencia temporal del artículo 500 del Código de Procedimiento Penal.

Lo esencial es el hecho, de que el decreto de la prueba y la posesión del perito, se realizaron dentro del término legal. Ni la precipitud, ni la tardanza en rendir la peritación, indican de por sí mismo que se demerite su bondad

Se reitera hasta la saciedad pues, que al ponerse el dictamen en conocimiento de las partes, se garantizó el derecho de defensa; las consideraciones que ya se hicieron al estudiar el segundo cargo, son partes aplicables aquí. Tampoco prosperará por ende, este cargo.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador fiscal, no casa la sentencia recurrida de fecha 26 de febrero de 1985, proveniente del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual se condenó a José Luis Hoyos Montoya, a la pena principal de cuatro (4) años de prisión.

Cópiese, notifiquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.

POLICIA JUDICIAL

Funciones.

La seccional respectiva del Instituto de Medicina Legal puede practicar algunos reconocimientos sin necesidad de requerimiento judicial y, si además, se le ha atribuido competencia de Policía Judicial, puede realizar todas las funciones que contempla el artículo 289 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz.

Aprobado: Acta número 049.

Bogotá, D. E., 20 de mayo de 1986.

VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor defensor del procesado Gerardo Omar Naspirán Cruz, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, fechada el 4 de mayo de 1985, mediante la cual fue condenado a la pena de veintiséis (26) meses de prisión, por los delitos de "acceso carnal abusivo con incapaz de resistir" y "lesiones personales", cometidos en la persona de Teresa de Jesús Tinjacá Suárez.

HECHOS

El viernes 29 de abril de 1983, Gerardo Omar Naspirán Cruz, Capitán del Ejército, invitó a bailar esa noche a su novia, Edelmira Corredor Tapias. Como ésta se negara a ir sola, convinieron en que ella se haría acompañar por dos amigas y él a su vez iría con dos compañeros. A eso de las diez de la noche, ya se encontraban, bailando e ingiriendo licor en la discoteca

"Fantasía Japonesa" del Municipio de Tunja, la citada pareja, en unión del Capitán Henry Ortiz Espinosa, del doctor Ulises Sprockel Delúquez, Auditor Auxiliar de Guerra, y de las jóvenes María Inés Cely Guío y Myriam Paulina Tinjacá Suárez. Una hora más tarde llegaron al lugar Humberto González Vargas y su novia Marcela Herrera Matéus, en compañía de Teresa de Jesús Tinjacá Suárez; los dos primeros se hicieron en mesa aparte, mientras que la última compartió la del Capitán Naspirán Cruz, por encontrarse allí su hermana. Principió la recién llegada a bailar y a tomar aguardiente, y al poco rato ya estaba ebria, circunstancia que aprovechó Naspirán Cruz para sacarla subrepticiamente del establecimiento y conducirla al hotel "El Fundador", donde la sometió al acceso carnal. Más tarde la mujer recuperó el conocimiento y como se negara a la repetición del acto, Naspirán la golpeó hasta producirle una incapacidad definitiva de ocho (8) días, y luego abandonó el lugar.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación penal fue iniciada por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Tunja, que en providencia de 23 de mayo de 1983 dictó auto de detención en contra del sindicado Naspirán Cruz. Posteriormente las diligencias fueron enviadas a los Jueces Penales del Circuito (reparto), habiéndole correspondido su conocimiento al Juzgado Segundo, despacho éste que lo llamó a responder en juicio por los delitos de "violación" y "actos sexuales abusivos". Recurrida esta determinación, el Tribunal Superior de Tunja decidió confirmarla en cuanto se relaciona con el último de los citados ilícitos; hacerla extensiva al delito de "lesiones personales" y revocar el llamamiento a juicio por la "violación".

Tramitada la causa, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja por medio de sentencia dictada el 20 de febrero de 1985, condenó al procesado a la pena de veintiséis (26) meses de prisión, por los delitos que dieron lugar al enjuiciamiento. El Tribunal Superior de Tunja confirmó integralmente la sentencia y contra su fallo se interpuso el recurso de casación que ahora procede a resolverse.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Con fundamento en la causal primera de casación, el defensor del procesado formula dos cargos al fallo recurrido.

Afirma el recurrente que la sentencia proferida por el Tribunal es "violatoria del artículo 304 del Código Penal por aplicación indebida de tal norma, situación a la que se llegó por error de derecho, por interpretación errónea de los artículos 31, 48, 287, 289 números 6-8, 298, 306 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que consideró que la prueba del cuerpo del delito, no se adujo, de acuerdo con las normas ya citadas, y que por tanto se ha debido absolver a mi poderdante...". Aduce que las anteriores normas fueron desconocidas en la sentencia, al tenerse en cuenta y dársele pleno valor al reconocimiento médico practicado a la ofendida por el médico legista de la zona de Tunja, a pesar de que dicho examen no fue ordenado por el

funcionario que legalmente podía hacerlo, sino por el Secretario del Juzgado Permanente (Segundo Turno). "Este hecho —agrega el censor— es de vital importancia, porque la defensa siempre ha cuestionado la veracidad del reconocimiento médico, no solamente en cuanto hace al hecho de que se le haya practicado el reconocimiento médico a la presunta ofendida señorita Teresa de Jesús Tinjacá Suárez, sino en cuanto se afirma que hubo desfloración reciente y a los también presuntos hematomas, demostrativos como es natural, de violencia, de golpes...".

En el segundo cargo asevera el impugnante que también se violó el artículo 304 del Código Penal con base en un error de hecho, al suponerse "la existencia de un hecho ausente del proceso al dar por establecido unos hechos inexistentes en violación de los artículos 215, 216, 217, 218, 220, 223, 229, 230, 236, 261, 264, 265, 268 del Código de Procedimiento Penal...". Argumenta que "el honorable Tribunal da por sentado que la presunta ofendida se encontraba en estado de inconciencia que estaba en incapacidad de resistir, porque se encontraba en un estado de embriaguez aguda. Pero quizá —continúa— dándose cuenta que la prueba es demasiado precaria en este aspecto prefiere fundamentar la sentencia en unas presuntas contradicciones del Capitán y se remite a la indagatoria y dice que el indagado en un principio manifestó que luego de salir de la discoteca con la señorita Tinjaca Suarez le dejó en la Plaza de Bolívar habiéndose ido ella con otra persona y él para el Cuartel, pero que, posteriormente dice que antes de irse para el Cuartel estuvo en el restaurante Los Picapiedras, cuestión que no había dicho en su primera injurada...". A continuación el recurrente, luego de que jarse de que se coartó el derecho de defensa porque tanto el Juzgado como el Tribunal le negaron varias pruebas, termina por sostener que con las declaraciones de Edelmira Corredor Tapias, María Inés Cely Guío, Omero Figueredo Aranguren y Ulises Sprockel, no se puede dar por demostrada la responsabilidad del procesado, "porque con éstas no se prueba el estado de inconciencia de la señorita Tinjacá Suárez, lo que se está acreditando es que salieron y eso jamás lo ha negado el Capitán, entre salir acompañado de una persona y violarla posteriormente, hay una diferencia muy grande...".

Como consecuencia de todo lo anterior, pide que "se case la sentencia y se absuelva a mi defendido, de los cargos porque fue llamado a juicio...".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal pidió que el recurso interpuesto se desechara, respondiendo a cada uno de los cargos formulados, así: En relación con el primero, consistente en el presunto error de derecho en que incurrió el fallador al darle valor a una prueba irregularmente producida, conceptuó que si en verdad el reconocimiento de la ofendida ha debido ordenarse por un funcionario autorizado legalmente para hacerlo y no por el Secretario del Permanente, "debe tenerse en cuenta que el empleado dicho, como colaborador del Despacho, ante una situación urgente que debía verificarse de inmediato, podía solicitar el reconocimiento, sin que esto implicara una actuación sustancial, pues sólo se dirigía a que por el médico respectivo se comprobara en esa fecha las lesiones respectivas;

sin que por tanto y con dicha base pudiera desconocerse totalmente el valor de la prueba dicha, únicamente con esta base...". Sobre el segundo cargo, concluyó: "Del examen cuidadoso de los razonamientos del actor, se concluye que no se demuestra en forma alguna el error en que incurriera el fallador, ni menos que éste fuera manifiesto; sus alegaciones y planteamientos representan solo su personal interpretación de las pruebas, frente a la del fallador por lo cual no puede aceptarse el cargo, debiéndose agregar que la sentencia contiene un estudio detenido y suficiente de la prueba para sustentar su conclusión de estar demostrado el hecho y la responsabilidad como base de la decisión adoptada!".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primer cargo. Sostiene el actor que como el primer reconocimiento médico que se le practicó a la ofendida en este proceso y que obra a folios 4, no fue ordenado por un funcionario legalmente autorizado para ello, toda vez que se demostró que quien dispuso su práctica fue el Secretario del Juzgado de Permanencia de Tunja; hubo una violación indirecta del artículo 304 del Código Penal, por error de derecho, al estimarse este dictamen como demostrativo del cuerpo del delito.

Con la inspección judicial practicada a la Oficina Médico-Legal de Tunja, se pudo establecer que el Oficio número 0246, fechado el 30 de abril y mediante el cual se solicitaba el primer reconocimiento médico de la ofendida, fue firmado por Benjamín Arias Ibáñez, "Secretario Permanencia 2º Turno" (Fl. 211), entidad ésta que bien puede asimilarse a una Inspección de Policía.

Si se examina el artículo 48 del Código de Procedimiento Penal y los pertinentes del título que regula lo relacionado con la Policía Judicial (282 y ss.), hay que llegar a la conclusión de que el Secretario firmante carecía de capacidad legal para ordenar el reconocimiento médico, pues al tenor de lo dispuesto por estas normas, no era funcionario instructor, ni tampoco podía cumplir funciones propias de la Policía Judicial. Claro al respecto es el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal al disponer que ocasionalmente, en casos de urgencia o cuando por cualquier circunstancia no intervenga inmediatamente el funcionario instructor o la policía judicial, podrán ejercer funciones de ésta, "...los Alcaldes Municipales, los Inspectores Departamentales y Municipales de Policía, los Corregidores y los Comisarios de Policía". Como se ve, es a los Inspectores y Comisarios de Policía a quienes se les da esta facultad, pero no a sus Secretarios.

Es verdad, pues, que el reconocimiento médico lo solicitó el Secretario de la Permanencia y que este empleado no tiene la calidad de instructor ni está facultado para desarrollar funciones de Policía Judicial, pero estas circunstancias de ninguna manera hacen inexistente el dictamen o le restan su valor.

En efecto. En virtud de lo dispuesto por el Decreto 1700 de 1964, "por el cual se organiza el Instituto de Medicina Legal y se crea la Escuela Superior de Ciencias Forenses", son funciones de la Sección Médico-Legal, entre otras, "practicar exámenes relacionados con investigaciones por delitos

sexuales" (Art. 30, literal b). Esto significa que la Sección Médico Legal puede practicar esta clase de reconocimientos sin necesidad de requerimiento judicial, y que éstos son válidos por ministerio de la ley, pudiendo, en consecuencia, ser valorados por el juez luego de su incorporación al proceso, dentro del cual, obviamente, podrán ser conocidos por las partes, posibilitándose así el que sean objeto de debate y crítica, tal como ha sucedido en el caso sub exámine.

Además, por Resolución número 1110 de 1971 (agosto 17), el Procurador General de la Nación, "en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 286 del Código de Procedimiento Penal", resolvió en su artículo primero "atribuir competencia de Policía Judicial a los Institutos de Medicina Legal e Investigaciones Forenses de Bogotá..., Tunja, Valledupar y Villavicencio, en la prestación de los servicios científicos y técnicos que requieren los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público".

Si, de acuerdo con lo anterior, la Seccional de Medicina Legal en Tunja tiene competencia de Policía Judicial, es obvio que puede válidamente desarrollar todas las funciones que contempla el artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, entre las cuales está la de "realizar u ordenar las pruebas técnicas necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos" (letra c, ordinal 5), pruebas éstas que por mandato del legislador "tienen el mismo valor probatorio de las practicadas por el Juez (Art. 306 C. de P. P.), y que pueden ser realizadas "por iniciativa propia en las situaciones de flagrancia o cuasiflagrancia y en cualquier otro caso en que el funcionario de instrucción no actúe inmediatamente" (Art. 289, literal c del C. de P. P.).

Aunque lo anterior es suficiente para desechar este cargo, advierte la Sala que no fue este primer reconocimiento la única prueba que sirvió para demostrar el acceso carnal a que fue sometida Teresa de Jesús Tinjacá Suárez. El 10 de noviembre de 1983, en el Instituto de Medicina Legal de Bogotá, Departamento de Ginecología, se le practicó un nuevo examen y con él se pudo verificar que efectivamente "presenta escotadura hacia el meridiano de las siete, compatible con un desgarro parcial antiguo... en virtud de que este himen es moderadamente elástico y dilatable" (Fl. 325), lo cual coincide en su integridad con lo expuesto en el primer reconocimiento, con exclusión, claro está, de lo relacionado con lo reciente de la desfloración, que por el tiempo transcurrido era de imposible observación al momento del segundo examen. Pero esta circunstancia, que no es esencial para la estructuración del delito pero sí un serio indicio de su consumación, encuentra también respaldo en la versión de la ofendida (Fls. 2 y 136 del cuaderno principal), quien aunque reconoce que no tuvo conciencia de su desfloración, sí afirma que cuando recobró el conocimiento "...me dolía mucho la vagina... botaba sangre por la vagina...". Corrobora lo anterior la camarera de las residencias donde sucedieron los hechos, cuando dice que la colchoneta, las sábanas, el cubrelecho y las almohadas estaban llenas de sangre (Alcira Muñoz, Fl. 60); y María Sacramento Pereira, quien es compañera de habitación de la ofendida, narra que ésta llegó con los ojos morados, llorando "venía toda despeinada, también tenía sangre en un brazo y yo la acompañé a la alcoba, en ese momento cuando la acompañé a la alcoba ella se estaba quitando el bluyin y ella estaba sin interiores, las medias las tenía metidas dentro de las botas y cuando se quitó el pantalón le ví las piernas llenas de sangre...'' (Fl. 265). Es bueno recordar que el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal permite demostrar con los medios ordinarios de prueba, los elementos constitutivos de la infracción cualquiera que ésta sea.

`La censura no prospera.

Segundo cargo. Lo hace consistir el actor, en que en la sentencia acusada se supone "la existencia de un hecho ausente del proceso al dar por establecido unos hechos inexistentes... el honorable Tribunal da por sentado que la presunta ofendida se encontraba en estado de inconciencia que estaba en incapacidad de resistir, porque se encontraba en un estado de embriaguez aguda?'. Agrega más adelante que "en el contexto de la sentencia impugnada en este recurso, el fallador quiere ver probada la responsabilidad del Capitán con los testimonios de las personas que acompañaron al Capitán en la discoteca y que declaran lo concerniente a la salida del Capitán con la señorita Tinjacá Suárez, y por ello cita las declaraciones de doña Edelmira Corredor Tapias, de María Inés Cely Guío, de Omero Figueredo Aranguren, de Ulises Sprockel, en que dan la versión acerca de la salida de la taberna, y esta prueba jamás puede servir para condenar porque con éstas no se prueba el estado de inconciencia de la señorita Tinjacá Suárez, lo que se está acreditando es que salieron y eso jamás lo ha negado el Capitán, entre salir acompañado de una persona y violarla posteriormente, hay una diferencia muy grande...".

En primer término, es importante destacar que el artículo 304 del Código Penal reprime el acceso carnal en persona que se encuentra en estado de inconsciencia, o que padezca de trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir. En el caso sub exámine, todo indica que por la escasa alimentación de ese día (sólo había comido una pequeña porción hacia las tres de la tarde) y por la baja tolerancia de la víctima al alcohol, a cuya ingestión no estaba acostumbrada, los pocos tragos que consumió fueron suficientes para colocarla en un estado de automatismo dentro del cual era llevada, conducida, sin que pudiera resistir los actos a que fue sometida y sin que tuviera conciencia de los mismos.

Ampliamente se debatió este punto en el proceso y con igual largueza se analizó en las sentencias todo lo atinente a su demostración. Fueron tenidos en cuenta sobre este particular a más del dicho de la ofendida, quien siempre ha insistido en que no tuvo conciencia del acceso carnal a que fue sometida, los testimonios de Marcela Herrera Matéus, Rafael Humberto González, Paulina Tinjacá, Edelmira Corredor Tapias y María Inés Cely Guío, quienes la acompañaban en la discoteca y declaran sobre su aguda ebriedad, la cual también fue percibida por Luis Alberto Bustacará, portero de la discoteca, y por Alcira Muñoz, la camarera de las residencias donde sucedieron los hechos.

Y confirmando toda la prueba testimonial que acredita, no sólo la salida de la discoteca, como lo afirma el recurrente, sino también el avanzado estado de embriaguez de la ofendida para este momento y para cuando llegó a las residencias, obra un dictamen pericial, ampliamente debatido en el proceso y analizado en la sentencia, según el cual la versión de la ofendida sobre su inconsciencia es perfectamente aceptable. Experimentalmente se le hicieron ingerir seis tragos de aguardiente, y para los tres primeros ya empezó a presentar síntomas depresivos, sensación de epigastralgia y abombamiento de la cabeza; cuando completó la dosis, "presentó estado nauseoso, vómito y dolor retroesternal, cambios en el aspecto afectivo, labilidad, reía, gritaba, lloraba..." (Fl. 368).

De tal suerte que la incapacidad de resistir en que se hallaba la ofendida cuando fue sometida al acceso carnal por el procesado, no es una invención del fallador, sino la conclusión a que llegó después de un serio y detenido análisis de la prueba.

Repetidamente ha dicho esta Sala que el error de hecho se presenta en los siguientes casos:

- "a) Cuando se ignora la existencia de una prueba, esto es, cuando el medio de convicción obre en el proceso y el juzgador omite su apreciación.
- "b) Cuando se supone o presume una prueba, vale decir, cuando ella no obra en la actuación procesal y la decisión se toma con fundamento en la prueba imaginada por el juzgador; y,
- "c) Cuando el sentenciador tergiversa o distorsiona el sentido de la prueba, que es tanto como falsear su expresión fáctica o cuando a dicho medio de convicción se le hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto" (Casación, julio 2/85).

Ninguna de estas hipótesis se da en el caso sub exámine. El estado de inconsciencia o la incapacidad de resistir de la víctima, como ya se dijo, encuentra amplia fundamentación en la prueba aportada al proceso. Las críticas que el actor hace a los testimonios tenidos en cuenta para sustentar el fallo, se salen de la causal invocada, pues el error en la apreciación de la prueba constituye no un error de hecho sino de derecho, el cual, como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, no puede alegarse con respecto a pruebas como la pericial y la testimonial que no tienen su valor determinado en la propia ley: "...los errores en la apreciación del mérito de las pruebas están circunscritos a los de aquéllas respecto de las cuales la propia ley determina su valor, como en los casos de los artículos 218, 228, 230, 233, 261, 264, por ejemplo (sistema tarifario o de tarifa legal) y no, por supuesto, en aquellos en los que las normas de procedimiento 'deja librado su mérito a la sana crítica que de esos elementos de prueba haga el juez' " (Casación, octubre 26 de 1978).

No se ve, pues, dónde estuvo el error de que se acusa a la sentencia. Olvida el demandante que este recurso extraordinario de casación no puede convertirse en una tercera instancia que permita el replanteamiento de la crítica probatoria. Las alegaciones que hace sólo reflejan su personal y subjetiva interpretación de los elementos de juicio aportados al proceso, pero no constituyen una demostración de la equivocación del fallador, el cual hizo un análisis serio y detenido de la prueba, suficiente para fundamentar la conclusión de que tanto el hecho como la responsabilidad del procesado quedaron plenamente establecidos.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RÉSUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

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

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

> José H. Velásquez Ramos Secretario.

COMPETENCIA

Delitos contra el patrimonio económico.

Es irrebatible que la atribución de competencia a la Policía en eventos delictivos, desapareció a raíz de la declaratoria de la Corte Suprema de Justicia como parcialmente inexequibles los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 2ª de 1984, sin que en ellos tuviera que ver el Decreto 1450 de 1984, surgido con posterioridad, para asignar competencia a los Jueces Penales y Promiscuos Municipales.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Aprobado: Acta número 047.

Bogotá, D. E., 21 de mayo de 1986.

Vistos

El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cali, mediante fallo de dieciséis (16) de noviembre de 1984, condenó a Carlos Eduardo Hernández Velásquez a la pena principal de dos (2) años de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, por un lapso igual a la pena impuesta, y a la indemnización —en abstracto— de los perjuicios ocasionados, como autor responsable del delito de "hurto".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa misma ciudad, con sentencia de quince (15) de febrero de 1985, confirmó en todas sus partes, la decisión anterior.

Contra esta última determinación se interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue admitido por esta Sala en mayo treinta (30) del mencionado año. La demanda correspondiente, se declaró ajustada a las

formalidades del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal el treinta (30) de julio del mismo año. Se procede, ahora, a la decisión de fondo.

DE LOS HECHOS Y LA ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros fueron sintetizados por el Tribunal así:

"Se inició la actuación según denuncia instaurada por el señor Lediardo Rentería Sánchez, contra Carlos Eduardo Hernández Velásquez, a quien acusó de haberle sustraído mediante el sistema del 'raponazo' una cadena de oro con dijes que llevaba al cuello, hecho que ocurrió cuando viajaba en un bus de la empresa Azul Plateada, y cuando entraban al barrio Los Alamos, lugar de su residencia. Que este sujeto, para él desconocido, aprovechó que la puerta trasera se encontraba abierta y en forma sorpresiva se le avalanzó, le arrebató su cadena emprendiendo veloz carrera. Luego de unos minutos, unas señoras para él también desconocidas le dijeron que en la esquina estaba quien le había robado, pues ellas también viajaban en el mismo bus en el momento de los hechos; que se trasladó al lugar que le indicaban y efectivamente al reconocer al sindicado lo condujo en un taxi a las dependencias del F-2; dice no haber tenido ningún problema en relación al reconocimiento del individuo, pues aunque se cambió de ropas, lo identificó por llevar el pelo rapado". (Fls. 230 y 231).

Y de la actuación procesal, dijo la Delegada:

"La investigación estuvo inicialmente a cargo del Juzgado 1º de Instrucción Criminal de Cali, Despacho ante el cual rindió Hernández Velásquez su indagatoria. La cadena de oro fue avaluada pericialmente en la suma de treinta mil pesos, razón por la cual se dispuso el envío de las diligencias al reparto de los Juzgados Penales Municipales por competencia. El Juzgado 17 Penal Municipal prosiguió la instrucción del proceso y luego decretó su clausura. En virtud de proveído de 30 de noviembre de 1983 decidió sobreseer temporalmente al acusado. Al revisar este pronunciamiento por apelación, el Juzgado 12 Penal del Circuito decretó la nulidad de la actuación a partir del auto de cierre de investigación inclusive, al estimar que la diligencia de avalúo no comprendió también los dijes de la cadena, evento en el cual quedaría cuestionada la competencia del Juez Municipal. Como de verdad el nuevo avalúo fijó definitivamente el valor del objeto material del delito en treinta y tres mil setecientos pesos (\$ 33.700.00), el expediente se remitió a los Juzgados Penales del Circuito por competencia, habiéndole correspondido por reparto al Juzgado 8º Penal del Circuito de Cali. Este Despacho avocó su conocimiento, decretó y llevó a cabo la práctica de algunas diligencias que estimó conducentes para el cabal esclarecimiento de los hechos, cumplido lo cual cerró investigación. Por auto de 4 de julio de 1984 decidió llamar a juicio al sindicado por el delito de hurto, providencia que no se impugnó por las partes. Surtido el trámite de rigor del período probatorio de la causa y celebrada la audiencia pública, se profirió el fallo condenatorio, confirmado luego por el Tribunal mediante la sentencia objeto del recurso de casación que se examina".

DE LA DEMANDA DE CASACIÓN Y DEL CONCEPTO DE LA DELEGADA

- "En el marco de la causal cuarta de casación, consagrada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante formula dos cargos a la sentencia impugnada, por estimar que ésta se profirió en juicio viciado de nulidad.
- "Primer cargo. En el caso a estudio, la muy distinguida señorita Juez Octavo Penal del Circuito el día 4 de julio de 1984 cuando profirió el auto calificatorio olvidó que el día 14 de junio de 1984 el Gobierno en uso de las facultades que le habían sido otorgadas por la declaratoria del estado de sitio, había dictado el Decreto legislativo número 1450 que en su artículo 4º expresa que rige a partir de la fecha de su expedición y suspende las disposiciones legales que le sean contrarias' (subrayó).
- "'Es decir, que el artículo 63 de la Ley 2ª (de 1984) quedó suspendido. Este decreto... por otra parte, en su artículo 1º ratificó la competencia fijada por la Ley 2ª a los señores jueces municipales (cuando preceptúa: «además de los delitos que les señalan las disposiciones vigentes»), y por ello uno debe remitirse al artículo 58 de la mencionada Ley 2ª que en su numeral 2º dice cómo dichos funcionarios aprehenderán el conocimiento de los delitos contra el patrimonio económico, 'cuando la cuantía excede de treinta mil pesos (\$ 30.000.00), sin pasar de trescientos mil pesos (\$ 30.000.00)'.
- "'Y como hay que tener en cuenta la referencia que a tal norma, el artículo 58 de la Ley 2ª, hace el señalado artículo 1º del Decreto 1450 de 1984, forzoso es admitir que tal disposición también «entra en seria contradicción con lo estatuido sobre el mismo tópico» por el artículo 63, de donde se infiere que por este aspecto también está suspendido tal artículo".
- "Lo cual significa que la señorita Juez Octavo del Circuito de Cali no podía enjuiciar y menos condenar al estudiante Hernández Velásquez, así el proceso se hubiese iniciado antes de entrar en vigencia la Ley 2ª de 1984 y por lo mismo la honorable Sala de Decisión del Tribunal Superior de Cali lo que ha debido es abstenerse de conocer a fondo la sentencia...".

"Se replica:

- "Es evidente que ni el fallo de la honorable Corte Suprema de Justicia de 31 de mayo de 1984, ni el Decreto 1450 del mismo año, afectaron la competencia de los Jueces del Circuito para el conocimiento de procesos por delitos contra el patrimonio económico en cuantía superior a treinta mil pesos, iniciados antes de la vigencia de la Ley 2ª de 1984.
- "El artículo 63 de la Ley 2ª de 1984 fue claro al establecer que 'los procesos iniciados antes de la vigencia de la presente ley, continuarán tramitándose de acuerdo con las competencias establecidas en las Leyes 21 y 22 de 1977'.
- "Y la sentencia de la honorable Corte, por medio de la cual se declararon parcialmente inexequibles los artículos 1º, 2º y 3º de dicha ley (normas que le dieron competencia a las autoridades de policía para conocer, a partir de su vigencia, entre otros, de delitos contra el patrimonio económico en cuantía inferior a \$ 30.000.00), no afectó el citado artículo 63.

- "El Decreto 1450 de 1984 se expidió precisamente para llenar el vacío dejado por el fallo de la Corte en esa materia, esto es el conocimiento de los delitos contra el patrimonio económico en cuantía no superior a treinta mil pesos, en procesos iniciados en vigencia de la Ley 2ª de 1984.
- "En consecuencia, si las regulaciones de competencia, en este punto, hechas por la Ley 2ª de 1984 y el Decreto 1450, se refieren exclusivamente a los procesos iniciados a partir de la vigencia de la ley citada, no resulta acertado concluir, como concluye el demandante, que el artículo 63 es disposición contraria al decreto expedido al amparo de las facultades de estado de sitio y, que por lo mismo, quedará suspendida transitoriamente.
- "La Ley 55 de diciembre 22 de 1984 que recogió integralmente las disposiciones del Decreto 1450, mantuvo esa necesaria diferenciación.
- "De lo dicho se tiene que, habiéndose iniciado este proceso el 8 de septiembre de 1983 (Fl. 4), es claro que la competencia del Juez Penal del Circuito, atendida la cuantía del ilícito, señalada por la Ley 22 de 1977, no sufrió modificación alguna.
- "En reciente decisión la honorable Sala de Casación llegó a la misma conclusión, aunque el análisis se centró en relación con la Ley 55 de 1984 (auto de 15 de octubre de 1985. Recurso de hecho. H. M. P. Dr. Darío Velásquez Gaviria)".
- "Segundo cargo. No podía la Juez 8ª Penal del Circuito, cuando recibió el proceso del Juzgado 17 Penal Municipal, ya vencido el término de instrucción y perfeccionada la investigación, llevar a cabo la práctica de las diligencias que evacuó (declaración del vendedor de la cadena y ampliación de la denuncia), pues éstas se cumplieron sin la presencia de los apoderados, quienes no tuvieron oportunidad de intervenir en ellas, ni controvertirlas.
- "La funcionaria bien pudo haber calificado el sumario con sobreseimiento temporal y, en el término de la reapertura de investigación, practicar esas diligencias.
- "De lo anterior deduce el demandante que en este caso se incurrió en violación de las formas propias del juicio.
 - "Se replica:
- "Ninguna duda cabe en relación con la plena facultad que tenía la Juez competente para decretar y llevar a cabo la práctica de las diligencias que estimó conducentes para el cabal esclarecimiento de los hechos denunciados. Las pruebas que menciona el demandante ciertamente apuntaban a determinar un aspecto importante, como que se había puesto en duda la fecha y condiciones de adquisición de las joyas por parte del denunciante. En esas condiciones no resultaba aconsejable cerrar la investigación y fue acertado por la funcionaria allegar previamente esos elementos de juicio al expediente. Olvida el recurrente que la clausura del sumario, vencidos los términos de instrucción previstos en el artículo 317 del Código de Procedimiento Penal, es imperativo únicamente en cuanto que la investigación estuviere perfeccionada (Art. 472, inc. 1º ibídem).
 - "Por otra parte es necesario recalcar que ninguna norma exige como requisito sustancial para la existencia y validez jurídica del testimonio

la presencia del apoderado del sindicado y de la parte civil en su práctica. Y, aunque lo ideal sería que se procurase su asistencia e intervención, el no hacerlo no implica violación de las formas propias del juicio, ni del derecho de defensa.

"Nada impidió en este caso que el apoderado del sindicado interviniera en la recepción de esas declaraciones, y las controvirtiera.

"En efecto, habiendo podido pedir antes de la clausura del sumario ampliación de esas pruebas, o recurrir en reposición el auto de cierre de investigación, cuestionarlas en el alegato de conclusión, impugnar el enjuiciamiento y, finalmente, demandar la práctica de las mismas en el período probatorio de la causa y aun en la audiencia pública, el señor defensor se abstuvo de hacerlo a pesar de estimarlas relievantes, para reclamar ahora en sede de casación la nulidad de la actuación, cuyo origen no sería otro que su propia omisión".

Breves consideraciones de la Sala

El primer cargo formulado contra la sentencia, se reduce a la consideración del impugnante de que ella se dictó en un juicio viciado de nulidad, por cuanto, cuando la Juez Octava Penal del Circuito, el día 4 de julio de 1984, calificó el mérito del sumario, olvidó que, desde el 14 de junio del mismo año, el gobierno, en uso de las facultades otorgadas por la declaratoria del estado de sitio, había dictado el Decreto legislativo número 1450 de 1984, el que, en su sentir, suspendía el artículo 63 de la Ley 2ª del mismo año, única norma que, al disponer que "los procesos iniciados antes de la vigencia de la presente ley, continuarán tramitándose de acuerdo con las competencias establecidas en las Leyes 21 y 22 de 1977", permitía que los Jueces Penales del Circuito conocieran de procesos por delitos contra el patrimonio económico en cuantía superior a \$ 30.000.00.

Al desarrollar el cargo el actor sitúa a las autoridades policivas y judiciales en igualdad de circunstancias frente al artículo 63 de la Ley 2ª de 1984. Y se pregunta si, dada la vigencia del Decreto 1450, las primeras podían seguir conociendo de delitos contra el patrimonio cuya cuantía no superase los \$3.000.00, para responder negativamente, con el pretendido argumento de que tal decreto suspendía el artículo 63 por serle contrario. Y, con respecto a los Jueces Penales del Circuito, considera que tal artículo tampoco está vigente, ya que el Decreto 1450 hace remisión al artículo 58. ratificando la competencia fijada a los Jueces Municipales, cuando dice: "...además de los delitos que les señalan las disposiciones vigentes", con lo cual al artículo 63 entraría en contradicción. Y concluye: "Lo anterior significa, en otros términos, que en la actualidad, todo indica que los señores Jueces del Circuito (Penales y Promiscuos) tampoco tienen competencia para conocer de esta clase de procesos (de delitos contra el patrimonio económico, de cuantía superior a \$ 30.000.00), así se havan iniciado antes de la vigencia de la Ley 2ª.".

1. Con los negocios atribuidos al conocimiento de las autoridades de policía, no hubo ningún problema, por cuanto el artículo 58 de la mencionada ley lo que hizo fue aumentarles la competencia de \$ 3.000.00 a \$ 30.000.00 y, en ese orden de ideas, lo dispuesto por el artículo 63 no las

tocaba, pues si un proceso en cuantía inferior a \$ 3.000.00 había sido iniciado antes de la vigencia de la Ley 2ª, o con posterioridad a ella, de todas maneras la competencia radicaba en dichas autoridades. En cambio, lo acontecido con los Jueces Penales Municipales era cosa bien distinta, comoquiera que ellos, teniendo competencia, según lo normado por la Ley 22 de 1977, para conocer "de los delitos contra la propiedad cuando la cuantía exceda de tres mil pesos (\$ 3.000.00), sin pasar de treinta mil pesos (\$ 30.000.00)", a raíz de lo ordenado por el mencionado artículo 58, asumieron la competencia "de los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000.00), sin pasar de trescientos mil pesos (\$ 300.000.00)". Y, consecuencialmente; a ellos si los cobijaba el referido artículo 63, no obstante lo reglado en el artículo 58, pues a pesar de privarlos del conocimiento de los negocios de más de \$ 3.000.00 y hasta \$ 30.000.00, ellos seguían conociendo los mismos en el evento de haber sido iniciados antes de la vigencia de la Ley 2ª. Es entonces, bien distinta la situación de unos y otros funcionarios. Y hace mal el impugnante al colocarlos en un mismo pie de igualdad frente al multicitado artículo 63.

2. Cuando se afirma que las autoridades de policía no pueden seguir conociendo de delitos contra el patrimonio económico en cuantía inferior a \$ 3.000.00, dada la vigencia del Decreto 1450 de 1984, que suspendió el artículo 63 de la Ley 2ª, por serle contrario, se asevera cosa opuesta a la realidad, comoquiera que tal decreto no suspendió el susodicho artículo 63, como que este en nada le era disposición antónima. Ya se vio como este artículo recogía situaciones de competencia de las autoridades judiciales y no de policía, en tanto que el Decreto 1450 buscó llenar un vacío de competencia, por decisión de la Corte Suprema de Justicia, que declaró parcialmente inexequibles los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 2ª de 1984, en los cuales se dio competencia a las autoridades de policía para conocer de los delitos de lesiones personales, cuando la incapacidad no fuere superior a 30 días y no se produjeran otras consecuencias, y de los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no excediere de \$30.000.00. Llenó, pues tal vacío, atribuyendo esa competencia a los Jueces Penales y Promiscuos Municipales. Entonces, si el artículo 63 no contempló situaciones de las autoridades de policía y el Decreto 1450 atribuyó competencia de ellas a las judiciales, no se ve cómo pueden resultar contradictorias tales disposiciones.

Es irrebatible que la atribución de competencia a la policía, en eventos delictivos, desapareció a raíz de la declaratoria de inexequibilidad mencionada, sin que en ello tuviera que ver el Decreto 1450 de 1984, surgido con posterioridad y precisamente para asignar tal competencia a los Jueces Penales y Promiscuos Municipales. Se ha confundido, pues, la causa con el efecto. De igual manera, el artículo 63 de la Ley 2ª, vigente o no vigente, nada tiene que ver con la pérdida de competencia de las autoridades policivas, en materias delictivas.

3. De otra parte, es cierto que el Decreto 1450, en su artículo 1º, preceptúa: "Mientras dure el estado de sitio, los Jueces Penales y Promiscuos Municipales serán competentes para conocer, en primera instancia, ADEMÁS DE LOS DELITOS QUE LES SEÑALAN LAS DISPOSICIONES VIGENTES, de los

siguientes: ... (mayúsculas de la Sala). ¿Y cuáles son esas disposiciones vigentes? Pues obviamente que el artículo 58 de la Ley 2ª y, también, el artículo 63 ibídem, en lo que no hay contradicción de ninguna especie. habida cuenta de que ambas normas se encontraban vigentes. El impugnante no puede aceptar como vigentes, al propio tiempo, ambas disposiciones y cree que ellas, en su esencia, se contradicen, mas no presenta un solo argumento válido que respalde su creencia y todo se le va en meras aseveraciones. La verdad es que estuvieron bien vigentes antes y después de la expedición del Decreto 1450, recogiendo la una procesos iniciados antes de la vigencia de la Ley 2ª y la otra los iniciados a raíz de su vigencia. Aparece claro que, en cuanto dice relación con los Jueces Penales y Promiscuos Municipales, en materia de competencia sobre delitos contra el patrimonio económico, la situación era la siguiente: antes de la Leu 2ª conocían de \$3.000.00 en adelante, hasta \$30.000.00, o cuando siendo inferior a \$ 3.000.00, el delito implicase pena de presidio (Ley 22 de 1977). A partir de la Ley 2ª: de los procesos iniciados antes de su vigencia, continuaban conociendo dichos jueces cuando la cuantía pasaba de los \$ 3.000.00, hasta \$ 30.000.00, o cuando siendo inferior a \$ 3.000.00 el delito tenía señalada pena de presidio (Art. 63 de la Ley 2ª); de los procesos iniciados en vigencia de la Ley 2ª sólo conocían en cuantía superior a los \$ 30.000.00, sin pasar de \$ 300.000.00 (Art. 58 de la Ley 2ª). Y, con respecto de los Jueces Penales del Circuito, en materia de competencia y tratándose de los mismos delitos, se tiene: antes de la Ley 2^a conocían, en primera instancia, en cuantía superior a \$ 30.000.00 (Ley 22 de 1977 y cláusula general de competencia). Después de la Ley 2ª: De los iniciados antes de su vigencia, seguían conociendo en cuantía superior a \$ 30.000.00 (Art. 63); de los iniciados en vigencia de la Ley 2ª sólo conocían cuando la cuantía era superior a \$ 300.000.00 (Art. 58). El censor desconoció la palpable diferencia entre procesos iniciados antes y durante la vigencia de la Ley 2ª, y por ello prohijó una tesis definitivamente inaceptable.

Por manera que es incuestionable, en el caso sub exámine, tratándose, como se trata, de un delito contra el patrimonio económico en cuantía superior a \$ 30.000.00 e iniciado antes de la vigencia de la Ley 2ª de 1984, que su competencia radica en los Juzgados Penales del Circuito.

Una misma, en el fondo, fue la razón de ser del Decreto 1450 de 1984 y de la Ley 55 del mismo año: cubrir el vacío de competencia, nacido de la declaratoria de inexequibilidad de determinados artículos de la Ley 2ª que otorgaban conocimiento a las autoridades de policía, de ciertos delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico. La competencia que aparentemente quedaba sin atribución fue redistribuida en igual sentido, de un lado por el Ejecutivo y, del otro, por el Legislativo. Por ello, como bien lo anota la Delegada, el análisis que sobre la Ley 55 hizo esta Corporación, en auto de 15 de octubre de 1985, siendo Magistrado ponente el doctor Darío Velásquez Gaviria, es pertinente traerlo a colación, en algunos de sus apartes:

"

[&]quot;Al ser declarada por la Corte la inexequibilidad de las normas que atribuían a las autoridades de policía competencia en materia de delitos contra el patrimonio económico, fue expedida por el Congreso la Ley 55

de 28 de diciembre de 1984, la cual entró en vigencia el 16 de enero de 1985, después de haber sido promulgada en el "Diario Oficial" número 36.831 correspondiente a la edición del día 15 de los mismos mes y año.

"Esta ley varió necesariamente la competencia en materia de delitos contra el patrimonio económico, pues al no poderla atribuir a la policía en ninguna cuantía, era imprescindible redistribuirla de manera conveniente entre los Jueces Penales Municipales y los del Circuito.

"En su artículo 1º, numeral 2º dispuso la ley que los Jueces Penales Municipales y Promiscuos Municipales conocen 'de los delitos contra el patrimonio económico salvo disposición especial en contrario, cuando la cuantía no exceda de trescientos mil pesos (\$ 300.000.00) —subrayas fuera del texto—.

"....

"Le asiste razón al recurrente al predicar la viabilidad del recurso de casación en este caso, pues la investigación se inició antes de la vigencia de la Ley 2ª de 1984 (9 de marzo de 1982, Fl. 28 del cuaderno de copias), habiendo quedado, por tanto, comprendida en lo dispuesto por el artículo 63 de la misma, por medio del cual el legislador reguló el tránsito de legislación en materia de la competencia de los Jueces Penales en tratándose de los delitos contra el patrimonio económico.

"La Ley 55 de 1984 nada dijo en concreto sobre ese tema, precisamente porque ya había quedado resuelto por la Ley 2ª de ese año.

"Pero ha de entenderse que la salvedad que hace en su artículo 1º, numeral 2º, apunta a lo dispuesto, en el artículo 63, por la Ley 2ª citada.

"No se advierte, por tanto, contradicción entre las dos leyes, sino que ella se complementa armónicamente en ese punto.

"No se remite a dudas la evidente intención del legislador, plasmada en el artículo 63 de la Ley 2ª de 1984, de evitar los naturales traumatismos que, de no haberse tomado esta previsión, se habrían presentado en relación con los procesos en curso que quedaban afectados con el cambio de competencia y, por ende, de funcionario.

"Dado el estrecho margen de tiempo transcurrido entre la expedición de las citadas Leyes 2ª y 55, no era de esperarse que esa situación hubiese quedado completamente subsanada.

"De allí que, no obstante no aparecer en forma expresa, puede colegirse la voluntad del legislador de mantener también dentro del marco de la Ley 55 el correctivo consagrado en el artículo 63 de la Ley 2ª.

"…"

El cargo no prospera.

B. El segundo cargo formulado contra la sentencia se hace consistir en que ella se dictó "en un juicio viciado de nulidad, conforme a las voces de la causal cuarta de casación penal...". Existe una violación de las formas propias del juicio, por cuanto la Juez Octava Penal del Circuito, cuando recibió el proceso del Juzgado 17 Penal Municipal, no podía llevar

a cabo la práctica de la declaración del vendedor de la cadena y la ampliación de la denuncia, ya que el término de instrucción se encontraba vencido y la investigación perfeccionada. De otra parte, en la práctica de las mencionadas diligencias, los apoderados no estuvieron presentes y, por ello, no pudieron controvertirlas.

1. Las pruebas que se mencionan apuntaban a esclarecer un aspecto de relativa importancia del proceso, comoquiera que se había puesto en duda la fecha y otras circunstancias de adquisición de las joyas, por parte del denunciante. Cuando el proceso llegó a la Juez Octava Penal del Circuito la práctica de tales diligencias se hacía conveniente. Y no cabe duda que la Juez actuó acertadamente, evitando un cierre de investigación prematuro, puesto que advertía la carencia de algunas diligencias, como bien lo destaca la Delegada.

Se afirma que, por estar vencido el término de instrucción, su práctica era imposible sin incurrir en nulidad. Se olvida que la investigación aún no estaba perfeccionada y que no había procesado detenido. Criterio semejante va contra todo lo que esta Corporación tiene sentado sobre el particular.

Ha dicho la Corte:

"Las llamadas nulidades constitucionales o supralegales, de creación jurisprudencial, suponen no solamente que la irregularidad procesal en que se hava incurrido no esté sancionada de esa manera por la lev, sino que configuren ostensibles violaciones de los principios de legalidad del juicio y de la jurisdicción, del debido proceso, de la favorabilidad normativa y del derecho de defensa. No basta, pues, la existencia de cualquier anomalía en la ritualidad de la actuación procedimental no prevista legalmente como causal de nulidad, para que pueda reclamarse con éxito esta excepcional categoría de remedio jurídico o para que éste sea oficiosamente reconocido por la Corte. La vulneración de uno cualquiera de aquellos supremos principios que orientan el proceso penal y garantizan una recta y equitativa administración de justicia, ha de ser por tal modo evidente que se imponga como ineludible la extrema solución de la nulidad, es decir, el expreso reconocimiento del error y la remoción del obstáculo procesal que hasta el momento de su declaratoria impedía repararlo. Por eso no pueden tener éxito las demandas de nulidad supralegal en las que no se demuestre fehacientemente lesión verdadera a uno de aquellos principios, o en las que se aleguen simples informalidades que han dejado incólume el derecho de defensa, que no han desquiciado las reglas sustanciales del proceso o que no han vulnerado las garantías de que normativamente gozan las partes en el decurso de la actuación procesal". (M. Ponente Dr. Alfonso Reyes Echandía. Mayo 4 de 1982).

También ha sostenido esta Corporación:

"No siempre son fatales los términos estipulados en la ley. Es apenas natural considerar que ellos son establecidos por el legislador con un criterio racional, es decir, sin olvidar que hay eventos en los cuales, por determinadas razones, no pueden satisfacerse estrictamente. Lo que se pretende

es que el Juez, en la medida de lo posible, verifique la instrucción en los términos señalados en los artículos 317 y 472 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea dado afirmar, por habérseles extralimitado, cuando del proceso emerge un encomiable esfuerzo del funcionario por cumplir con las finalidades propias de la instrucción y más sin existir procesado detenido, que se ha violado la ley. No se puede deducir, fatalmente, del incumplimiento de un término, la existencia de una conducta delictiva o de falta que comporte sanción disciplinaria (o la presencia de causal de nulidad, se agrega ahora), máxime cuando aparece claro que sólo se pretendía arrimar la prueba que permitiera una definición justa y correcta del proceso''. (M. Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Auto de julio 16 de 1985).

2. De otra parte, como bien lo anota la Delegada, "ninguna norma exige como requisito sustancial para la existencia y validez jurídica del testimonio, la presencia del apoderado del sindicado y de la parte civil, en su práctica". Y, aunque lo ideal sería que se procurase su asistencia e intervención, el no hacerlo no implica violación de las formas propias del juicio, ni del derecho de defensa.

De otro lado, "nada impidió, en este caso que el apoderado del sindicado interviniera en la recepción de esas declaraciones, y las controvirtiera".

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

No casar el fallo recurrido, ya mencionado en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Miguel Sánchez Méndez, (Conjuez), Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José H. Velásquez Ramos Secretario.

ADMINISTRACION DE JUSTICÍA

Naturaleza.

Los funcionarios judiciales no pueden permitirse actuaciones reiteradas que deslustren la bondad, confianza y eficacia de las instituciones.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Aprobado: Acta número 049.

Bogotá, D. E., 26 de mayo de 1986.

VISTOS

La doctora Rosa Suescún Herrera, quien desde buen tiempo atrás atribuye la causa de todos sus actuales males a un individuo, David Morales Bello, dizque de origen venezolano, al mismo que siempre escoge en todo suceso nacional o extranjero para implicarlo penalmente, y, de paso, transmitir su alta peligrosidad, como asociados suyos, a presidentes, expresidentes, designados, ministros, embajadores, políticos, jefes militares, jueces y magistrados, etc..., aprovecha ahora la inolvidable tragedia del Palacio de Justicia, los días seis y siete de noviembre de 1985, para renovar sus denuncias y recusar a toda clase de personas y funcionarios.

No quiere la Sala, en esta ocasión, máxime cuanto preexisten decisiones en similar sentido, reproducir el relato de esas fabulaciones y constituirse en su pregón oficial. Eso es lo que suelen buscar las personas que han perdido el control y equilibrio de sus actos: conquistar, así sea transitoriamente, un órgano estatal que recoja, airee y amplifique sus fantasmagorías. De ahí que ahora ni siquiera se preste oídos al llamado que hace al Magistrado ponente, para que se declare impedido, ni se da curso a la recusación que también enuncia. Podría decirse, en cuanto a lo primero, que ese es atributo propio y único del funcionario, quien ausculta su particular situación y decide, conforme a la misma, silenciar o manifestar la excusa; y en relación con lo segundo, que no basta ensartar una serie de supuestos agravios y mendacidades, para derivar de allí una recusación. Pero basta, como razón potísima para asumir esta labor de verdadera profilaxis judi-

cial, insistir en el verdadero motivo que inspira a la Sala para no escuchar a la doctora Suescún Herrera, o sea, reconocer en esta acuciosa servidora del libelo, una verdadera manía querulante, que la lleva a rondar permanentemente por la Corte y también por cuanta institución oficial pueda tener algún nexo con los procedimientos de investigación criminal.

Este es el argumento definitivo para negar audiencia a la doctora Suescún Herrera, en su último intento de denunciar a la doctora Luz Stella Mosquera de Meneses, por no recibirla, frustrando así el asedio de días y meses que le montara esta incansable interlocutora, pues pretendía que la Presidente de la Sala Penal del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, activara proceso contra David Morales Bello, "asesino, incendiario, torturador, peculador, narcotraficante y hampón venezolano de cuello blanco", quien suministró al M-19 las armas suficientes para tomarse el Palacio de Justicia y cometer la inenarrable orgía de delitos allí perpetrados, todo porque la Corte, según la visionaria, se aprestaba a investigar al Director General de la Policía, funcionario que por sus imaginadas relaciones con David Morales Bello, debía ser tratado como encubridor y traidor a la Patria.

Ni aun el amplísimo derecho de petición puede amparar el acto irracional o la exteriorización de una crisis síquica. Aquél tiene por fundamento una actividad seria, atendible y se proyecta hacia fines social y jurídicamente plausibles. Y otro tanto ocurre con múltiples fenómenos procesales, como la denuncia y la recusación. De no, la administración de justicia perdería esta esencia y razón de ser para convertirse en objetivo de todo excitado que quiere mitigar allí sus trastornos.

Aquí no se trata de ser extremadamente imparciales, excesivamente comprensivos, delicadamente sutiles en las respuestas, u obligadamente generosos en atender a todos y no negar a nadie las mismas posibilidades de querellamiento. Ya este papel lo asumió la Sala y no quiere, por la reiteración de esta conducta, aparecer como contagiada de los problemas de salud de la denunciante, ni menos deslustrar la bondad, confianza y eficacia de las instituciones, pues éstas, cuando no detectan y corrigen con prudencia y meridiana claridad estos brotes, pierden este mérito y exponen al desprestigio sus esenciales atributos.

Esto explica por qué la Sala ha preferido no dudar ni acudir a eufemismos y llamar sí las cosas por su verdadero nombre y deducir el total de las consecuencias.

Por esto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, NIEGA la apertura del sumario contra la Magistrada Luz Stella Mosquera de Meneses, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, según escrito de denuncia presentado por la doctora Rosa Suescún Herrera, fechado el 31 de marzo de 1986.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José H. Velásquez R. Secretario.

CASACION

Requisitos de la demanda.

Las causales de casación son excluyentes. Si se propone una de las tres primeras significa que el proceso es válido, si se plantea la cuarta se entiende que la actuación es nula. Si se invoca la tercera, no se puede presentar la segunda.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda.

Aprobado: Acta número 052.

Bogotá, D. E., 27 de mayo de 1986.

VISTOS

El señor defensor del condenado en este proceso y recurrente en casación Arturo Ortiz, presentó la correspondiente demanda dentro del término legal. Corresponde a la Sala decidir si se admite o no el citado libelo para continuar la tramitación del recurso.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

La Sala habrá de inadmitir la demanda de casación presentada a nombre de Arturo Ortiz, por incumplir los requisitos señalados en los artículos 576 del Código de Procedimiento Penal y 374 del Código de Procedimiento Civil. En efecto:

Llama la atención que el recurrente prácticamente invoca las cuatro causales de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, planteamiento contradictorio e injurídico. Así, por el primer motivo se impugna el fallo de segundo grado y se aspira a que la Corte Suprema corrija los errores de hecho o de derecho en que incurrió el fallador en la estimación de la prueba, con infracción indirecta de la norma de derecho sus-

tantivo. Pero si más bien se invoca la violación directa, el demandante comparte, no discute, el análisis probatorio efectuado en el fallo de segunda instancia. Con la causal segunda el actor demuestra que la sentencia se pronunció en desacuerdo con el auto de proceder o el veredicto. Aquí la labor del impugnante se refiere al examen del fallo y de las actuaciones mencionadas para concluir que hay una discrepancia de orden jurídico en perjuicio del acusado, si es ésta la hipótesis. Mientras en la causal segunda se reconoce por el demandante la existencia y la validez del veredicto —que permiten a la Corte dictar sentencia, al poner ésta en armonía con la respuesta del jurado (Arts. 519 y 583, Num. 1º del C. de P. P.) con la causal tercera se afirma por el autor precisamente lo contrario; que no hubo veredicto, lo cual impide a la Corte dictar fallo pues se debe convocar nuevo jurado (Arts. 519 y 583, Num. 2º del C. de P. P.). Y finalmente, con la causal cuarta el demandante prueba a la Sala que el proceso está viciado de nulidad y debe casarse el fallo de segundo grado, invalidar la actución y ordenar que se reponga.

Las causales son excluyentes: si se propone una de las tres primeras, ello significa que el proceso es válido. Si se plantea la última —la cuarta—, se entiende que la actuación es nula y no es posible tomar una decisión de fondo. Si se invoca la tercera, a renglón seguido no se puede presentar la segunda porque el veredicto existe o no existe pero no las dos cosas a la vez.

El principio lógico de no contradicción debe dominar las actuaciones judiciales y con mayor razón el recurso de casación que es extraordinario porque no es una tercera instancia, está sometido a rigurosas exigencias legales, sólo se puede proponer en los casos señalados taxativamente en el estatuto procesal penal, y lo conoce el más alto tribunal de justicia del país.

La demanda en examen invoca los cuatro motivos de casación: al final del escrito se invoca "una nulidad supralegal, por haberse omitido las formas propias, que para estos casos exige el artículo 535 ibídem..."; inmediatamente antes se apoya en la tercera, porque el juez de la causa fue llamado por los jurados en el mometo de la deliberación y "...se abstuvo de aportarle sus luces de experto en tales cuestiones...". Agrega que el veredicto "Sí es responsable en la muerte de la señora Nubia Mabel Castillo" no permite saber cuál de las dos tesis —la de-la acusación o la de la defensa— acogió el jurado y de esta manera quedó "incompleto y oscuro". Y en la sustentación de la causal segunda de casación, primero menciona las peticiones de las partes, luego examina el testimonio de Lida Patricia Ortiz, hija del matrimonio Ortiz-Carrillo, para rechazarlo por estar en desacuerdo con la realidad, y concluye que la sentencia del Tribunal Superior de Cali, "... Quebrante en forma directa la norma sustantiva tipificada en el artículo 323 ibídem, por ende en forma indirecta lo previsto en el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal". Es decir, a propósito del primer motivo de casación mezcla indistintamente normas adjetivas y sustantivas, y la infracción directa y la indirecta, en juicio en el cual ha intervenido el jurado.

En estas condiciones de confusión, imprecisión y contradicción no es posible intentar siquiera el estudio del libelo el que, por sobre todo desco-

noce clamorosamente los requisitos propios de la demanda de casación que, quiérase o no, constituyen exigencias legales, artículos 576, 577 y 581 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, INADMITE la demanda de casación presentada a nombre del condenado en este proceso Arturo Ortiz.

Cópiese, notifiquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

CONSTANCIAS SECRETARIALES

Los funcionarios judiciales, por el exceso de trabajo y por la necesaria división del mismo, no están en condiciones de recordar con precisión y detalle las actuaciones anteriores, ni de verificar todas las constancias secretariales, que como documentos públicos que son, deben presumirse auténticos, mientras no se demuestre lo contrario.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas.

Aprobado: Acta número 052.

Bogotá, D. E., 27 de mayo de 1986.

VISTOS

Resolverá la Corte si es del caso o no iniciar investigación penal con fundamento en la denuncia formulada por Milvio Jacob Lozano Mayo en contra de los Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó —Sala Penal—, Luis Ramón Garcés Herazo y Elí Gómez Ortega.

Hechos

El abogado Milvio Jacob Lozano Mayo formuló denuncia en contra de los Magistrados Luis Ramón Garcés Herazo y Elí Gómez Ortega por los presuntos delitos de prevaricato, falsedad ideológica en documento público, uso de documento público falso, y detención arbitraria. Las acusaciones, extensas en su presentación, pueden resumirse así:

El delito de detención arbitraria estuvo configurado por la decisión que los acusados emitieron mediante auto calendado el día dieciocho (18) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), por medio del cual se llamó a responder en juicio criminal al denunciante Lozano Mayo y se ordenó su detención preventiva y captura, por el delito de detención arbitraria, según proceso que cursa en el Tribunal Superior de Quibdó.

Igualmente, se pretende la configuración de otro delito de detención arbitraria al haber los acusados revocado la excarcelación que se había concedido al denunciante Lozano Mayo por la causal de "pena cumplida" dentro de unas causas acumuladas que en su contra se adelantaban ante el Tribunal Superior de Quibdó por los delitos de detención arbitraria.

El delito de falsedad ideológica en documento público se hace consistir en la expedición del certificado 0099 emanado de la Secretaría del Tribunal Superior de Quibdó, en el cual se afirmó que el denunciante no cumplió con unas presentaciones que presuntamente le habían sido fijadas, para entrar a gozar de un beneficio de libertad provisional, presentaciones que en realidad nunca le fueron impuestas.

Alude el denunciante a la comisión del delito de uso de documento público falso, porque los Magistrados denunciados se valieron del certificado anteriormente citado para fundamentar la revocatoria de la excarcelación concedida en anterior ocasión a Lozano Mayo.

Finalmente, los delitos de prevaricato los reputa cometidos en las decisiones de dieciocho de julio de mil novecientos ochenta y cinco, contentivas del auto de llamamiento a juicio y orden de detención en contra de Lozano Mayo a que ya se hizo referencia, y los autos calendados el treinta (30) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y doce (12) de agosto del mismo año, referentes a la revocatoria de la excarcelación, y la providencia de fecha veintidós (22) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) mediante la cual se ordenó el allanamiento de la residencia del denunciante para lograr su captura. Sostiene el abogado Lozano Mayo, que tales providencias son manifiestamente contrarias a la ley.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con relación al primer delito de detención arbitraria que se imputa a los Magistrados acusados, se han de realizar las siguientes consideraciones:

El denunciante Lozano Mayo estaba siendo procesado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó por varios delitos de detención arbitraria, diligenciamiento en el cual se hallaban las causas acumuladas, y dentro de ellas, se había proferido en su contra auto de detención, si bien se le había concedido el beneficio de excarcelación, sin que ello quiera decir que se le hubiese quitado vigencia a la medida preventiva. Fue dentro de esta actuación, justamente, en la cual se produjo la certificación número 0099 de la Secretaría de la Sala del Triunal, la misma que dio origen a que posteriormente —con fecha 30 de julio de 1985—, se revocara el beneficio de la libertad provisional de que gozaba el aquí denunciante.

En este estado, el doctor Lozano Mayo fue nuevamente procesado por otro delito de detención arbitraria, en el cual se produjo el auto calificatorio del mérito del sumario el día dieciocho (18) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), providencia en la cual se dedujo prueba suficiente para convocarlo a nuevo juicio criminal, y en conse-

cuencia, para ordenar en su contra medida de aseguramiento. Esta, no podría ser otra diversa a la detención preventiva, como quiera que según las claras disposiciones del artículo 14 del Decreto 1853 de 1985, tal medida cautelar procede "Cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigente por delito doloso o preterintencional en otro proceso, aunque el delito por el cual se proceda tenga pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años, o pena de arresto".

En consecuencia, no se ve anomalía de ninguna naturaleza, ni conducta típica alguna, en la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó al ordenar de esta forma la detención preventiva de Lozano Mayo.

Una vez dictada esta nueva medida de aseguramiento, bien hizo el Tribunal al negar el beneficio de libertad provisional dentro de este segundo proceso, como quiera que el mismo incriminado estaba siendo procesado por delito doloso mientras gozaba de su excarcelación en otro proceso por ilícito igualmente intencional, configurándose así la hipótesis contemplada en el artículo 469 del Código de Procedimiento Penal.

Pero, aún con prescindencia de esta última norma, tampoco se podría conceder la excarcelación dentro de este nuevo proceso, porque Lozano Mayo registraba por lo menos dos sindicaciones por los delitos dolosos durante los cinco años anteriores a la posibilidad de concesión del beneficio, situación contemplada como una de aquellas que prohíbe la libertad provisional por el numeral 4º del artículo 45 de la Ley 2ª de 1985.

Si bien es cierto que se encuentra demostrado que al concederle la excarcelación al actual denunciante, no se le impusieron presentaciones obligatorias y periódicas, también lo es que la decisión de revocatoria del beneficio concedido tuvo su fundamento en la constancia secretarial que hizo actuar a los magistrados ahora denunciados, conforme a lo que se certificaba en sentido contrario por el funcionario subalterno. Es precisamente el secretario quien con un documento público contrario a la verdad es el responsable de la revocatoria del beneficio concedido, puesto que los funcionarios judiciales, por el exceso de trabajo y por la necesaria división de éste que deben atender las constancias, certificaciones y notas secretariales y conforme a ellas actuar; sería imposible exigírsele a los jueces que verificasen todas las informaciones secretariales, porque entonces perdería funcionalidad y rapidez la administración de justicia; además que tales constancias, como documentos públicos que son, deben presumirse verdaderos mientras no se demuestre lo contrario.

Tampoco podrá argumentarse que han debido recordar que en ese caso específico no se había concedido la excarcelación y la obligación de las presentaciones, porque la realidad demuestra que es tal el volumen de negocios tramitados y decididos por un funcionario judicial, que sería materialmente imposible que recordara con precisión y detalle, todas las actuaciones realizadas sobre multiplicidad de procesos en el pasado.

La decisión entonces tachada de falsa es formalmente acorde con la realidad procesal, puesto que tiene su basamento en la ya mencionada constancia secretarial y por ello no puede pensarse en la existencia de un delito de falsedad como lo pretende el denunciante, pero que sí habría

podido cometer el secretario, quien debe dar explicaciones a la justicia de las razones por las cuales dio tal certificación que reñía con la realidad.

Con base en lo anteriormente considerado, La Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

RESUELVE:

ABSTENERSE de iniciar investigación penal por los presuntos delitos de prevaricato, detención arbitraria y falsedad ideológica, según acusaciones formuladas por Milvio Jacob Lozano Mayo en contra de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó, doctores Luis Ramón Garcés Herazo y Elí Gómez Ortega, con base en el auto de fecha dieciocho de julio de mil novecientos ochenta y cinco por medio del cual los inculpados llamaron a responder en juicio criminal y decretaron la detención preventiva del denunciante, tal como se dejó expresado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifiquese y archivese.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

INDULTO

Conexidad.

El numeral 2º del artículo 1º de la Ley 49 de 1984, acepta extender el indulto a los delitos conexos con la rebelión, la sedición y la asonada sin limitaciones al criterio objetivo, sino que acepta igualmente el subjetivo y desconoce, así, la posición que niega la conexidad entre esto y el porte ilegal de armas.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Z.

Aprobado: Acta número 052.

Bogotá, D. E., 27 de mayo de 1986.

Vistos

Decide la Corte la apelación interpuesta por el apoderado de los procesados Yolanda Echeverry Quiceno, Ruby Arcila Osorio, Javier Posso Vargas y Héctor Valencia Román, contra la providencia fechada el 12 de agosto de 1985, proferida por el Tribunal Superior Militar, que negó cesar el procedimiento, de que trata el artículo 3º de la Ley 49 de 1985, personas investigadas por presunta violación del artículo 202 del Código Penal.

HECHOS

En julio 3 de 1985, a las —tres horas— la Policía dio captura en el Municipio de Armenia —en la carrera 18 entre calles 28 y 29— a Yolanda Echeverry Quiceno, Javier Posso Vargas, Emiro Antonio Herrera Flórez, Héctor Valencia Román, Mario Humberto Bermúdez, Walter Herrera Flórez y Ruby Arcila Osorio, quienes viajaban en el campero Willys de

placas WR-07-25, de propiedad de Alonso Antonio Correa Cardona, habiéndoseles decomisado 8 armas (3 pistolas, 2 revólveres, 1 granada y 2 machetes), de las cuales la pistola Browin y la granada, resultaron pericialmente, ser de uso privativo de las Fuerzas Militares.

ACTUACIÓN PROCESAL

- 1. Las personas citadas, fueron inicialmente condenadas a doce (12) meses de arresto, como infractores del Decreto 1056 de 1984, artículo 1º (porte de armas de fuego, de defensa personal, sin permiso de autoridad competente) en septiembre 11 de 1984.
- 2. Se compulsaron copias contra Yolanda, Ruby, Javier y Héctor Valencia Román, como presuntos infractores del Decreto 1058 de 1984, que asignó la competencia a los comandantes por el delito tipificado en el artículo 202 del Código Penal.
- 3. En septiembre 7 de 1984, el Juzgado Treinta y tres de Instrucción Penal Militar, radicado en Armenia (Quindío), decretó detención preventiva contra los particulares Yolanda Echeverry Quiceno, Ruby Arcila Osorio, Javier Posso Vargas y Héctor Valencia Román, como infractores del Decreto 1058 de 1984, que faculta a los Comandantes de Brigada, para conocer, mientras el país se encuentre en estado de sitio, del delito tipificado en el artículo 202 del Código Penal —modificado por el artículo 7º de la Ley 35 de 1982—, y por el procedimiento del artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar (Fols. 110 a 112).
- 4. Así mismo se consideró, con base en los decretos que definen lo que debe entenderse, por armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (Decretos 2003 de julio de 1982, Arts. 2º y 4º; 1663 del 6 de julio de 1979, Art. 2º; y Art. 7º del Decreto 1663 de 1979), que la pistola Browin, con capacidad para 13 cartuchos, en cada uno de sus proveedores y la granada MK-2 de fragmentación, forman parte de las dotaciones del Ejército, para la guerra, elementos decomisados a Yolanda y Ruby, respectivamente.
- 5. En sus injuradas, Yolanda Echeverry Quiceno, Ruby Arcila Osorio, Héctor Valencia Román y Javier Posso Vargas, confiesan haber portado, adquirido y suministrado las armas incautadas, las cuales se transportaban por prevención, en la reunión que el M-19 iba a desarrollar en el Municipio de Calarcá.
- 6. El Comando de la Octava Brigada, con sede en Armenia —Juzgado de primera instancia—, condenó el 4 de febrero de 1985, a cuarenta y cuatro (44) meses de prisión a las personas precedentemente citadas, decisión que fue apelada ante el Tribunal Superior Militar (Fols. 152 a 166).
- 7. El Tribunal Superior Militar, en providencia de 19 de junio de 1985, al conocer la apelación de la condena, declaró la nulidad supralegal del proceso, por falta de adecuada defensa y pretermisión de las formas propias del debido proceso (Fls. 195 a 202).
- 8. Cuando se notificaba el auto anterior, el apoderado de los procesados, solicitó la cesación de procedimiento en los términos del artículo

- 3º de la Ley 49 de 1985, mediante el cual se autorizan indultos, por los delitos de rebelión, sedición y asonada, cuando no existiere aún sentencia condenatoria ejecutoriada.
- 9. Por providencia del 12 de agosto de 1985, el Tribunal Superior Militar, negó la cesación de procedimiento invocada, decisión que fue apelada ante esta Corporación, conforme al artículo 4º de la prementada ley. La Corporación Militar, negó la conexidad entre los delitos políticos y el artículo 202 del Código Penal.
- 10. El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, solicita la confirmación de la providencia apelada, dado que no existe conexidad entre los ingredientes normativos, de los artículos 125, 126 y el 202 del Código Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

- 1. La Sala en providencia de marzo 18 de 1986, al concretar los requisitos para aplicar el indulto solicitado, por los mecanismos procesales del artículo 3º de la Ley 49 de 1985, dijo:
 - "Son requisitos para aplicar la medida invocada:
 - "a) Que se trate de hechos cometidos antes del 5 de junio de 1985;
- "b) Que se adelante 'proceso' por los delitos de rebelión, sedición o asonada por comportamientos conexos con los anteriores, por haber sido cometidos para facilitar, procurar, consumar u ocultar una de aquellas infracciones;
- "c) Que no se trate de secuestro, extorsión, infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes o de Homicidio fuera de combate si se cometió con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esa situación:
 - "d) Que no exista sentencia condenatoria ejecutoriada".
- 2. Surge en forma indiscutible, la existencia de los requisitos a, c y d. De lo expuesto por el Tribunal Militar aparece, que se niega la conexidad entre el delito de porte ilegal de armas y los de rebelión o sedición. Corresponde a la Sala, pues, aclarar la exactitud de tal afirmación. El Tribunal Militar, acepta que la rebelión y la sedición, incluyen como elemento del tipo, el empleo de las armas y agrega que "no puede existir conexidad entre la rebelión y/o sedición y el hecho punible del artículo 202 del Código Penal, porque son excluyentes".

Según el Tribunal "el delito de rebelión, sólo se puede cometer con armas e igual sucede con la sedición. Hay rebelión con armas, o no la hay, existe sedición con armas, pero no sin ellas". Y agrega para reforzar su punto de vista, que si los sindicados, hubiesen sido aprehendidos, estando en posesión de las armas, pero en forma que inequívocamente los mostrara incursos, en la rebelión o en la sedición, la competencia no hubiera recaído en la Justicia Penal Militar, sino en la ordinaria.

3. No comparte la Corte, la afirmación de que el delito de porte ilegal de armas, no puede considerarse conexo con la rebelión y la sedición,

sino excluyente. Para llegar a esta conclusión, pueden enunciarse múltiples argumentos.

Bien sabido es, que la definición de delito político o la conexidad con él, ha dado lugar a muchas discusiones en la doctrina. Al respecto se han enfrentado dos criterios contrapuestos:

Por un lado el criterio objetivo que acepta como delito político, únicamente aquellos que con variadas denominaciones están definidos y reprimidos en las normas sustantivas para la salvaguardia de la estructura y funciones del Estado como organismo político; por el otro la concepción subjetiva del delito político, que acepta como tales, no sólo los previstos en las normas enunciadas, sino aquellos hechos que siendo aparentemente comunes, por conexidad con los ilícitos políticos, pueden favorecer la comisión de ellos o permitir al autor escapar a la aplicación de la sanción penal.

- 4. La conferencia de Copenhague para la unificación del Derecho Penal, enunció la posición subjetiva en esta forma:
- "I. Son delitos políticos las infracciones dirigidas contra la organización y funcionamiento del Estado y contra los derechos del ciudadano, derivados de ellos.
- "II. Son reputados delitos políticos, los delitos de derecho común que constituyen la ejecución de los atentados previstos en el número I, así como los actos realizados por favorecer la comisión de un delito político o para permitir al autor de este delito, escapar a la aplicación de la ley penal.
- "III. Sin embargo, no serán considerados como delitos políticos aquellos cuyo autor hubiera sido determinado por un motivo egoísta o vil.
- $``IV.\ Tampoco\ ser\'an\ considerados\ como\ delitos\ políticos\ los\ actos\ de\ terrorismo".$

La simple lectura del numeral 2 del artículo 1º de la Ley 49 de 1985, que acepta extender el indulto a los delitos conexos con la rebelión, la sedición y la asonada, permite deducir que esa norma no se limitó al criterio objetivo, sino aceptó igualmente el subjetivo, con las excepciones consagradas en el numeral 2 del artículo 1º de la Ley 49/85, que concuerdan en general con el artículo 127 del Código Penal.

5. En el caso a estudio, se acepta que Javier Posso Vargas, compró una pistola con proveedores y cartuchos; que Héctor Valencia confesó haber adquirido las granadas, y que Yolanda Echeverry y Ruby Arcila Osorio, portaban armas y municiones, algunas de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

En tales condiciones se advierte un vínculo de conexión de medio a fin, esto es, la llamada conexidad ideológica, pues si la rebelión y la sedición presuponen el empleo de armas, el adquirirlas es un medio para posteriormente usarlas, siempre y cuando aparezca la vinculación de los procesados con un grupo rebelde.

Si para que exista rebelión, se requiere el empleo de armas, el adquirirlas o portarlas es conducta previa necesaria para cometer la rebelión;

así lo ha entendido la doctrina y ha sido aceptado igualmente entre nosotros por la Rama Ejecutiva del Poder Público, al conceder indulto a condenados por porte ilegal de armas y aceptar la conexidad de los dos tipos delictivos (Resolución ejecutiva 251 de 10 de septiembre de 1985).

- 6. El argumento del Tribunal, de que si los sindicados hubiesen sido aprehendidos en posesión de armas, pero en forma que inequívocamente los mostrare incursos en rebelión o en sedición la competencia hubiera recaído en la justicia ordinaria, dista mucho de ser convincente, porque da por demostrado lo que se trata de demostrar. Recalca en el efecto, mas no en la causa.
- 7. Es un hecho notorio que la organización que se autodenomina, Movimiento M-19, es un grupo político estructurado en forma paramilitar, que emplea armas y que busca derrocar el gobierno legalmente constituido.

Debe entonces estudiarse, si del acervo probatorio, puede concluirse que los peticionarios del indulto, pertenecían a esa institución rebelde. Es indiscutible y así lo acepta la providencia recurrida que uno de ellos, más concretamente Javier Posso Vargas, fue miembro reconocido de ese grupo y que había depuesto las armas, acogiéndose a la amnistía de la Ley 35 de 1982.

En el expediente (Fl. 9), aparece copia de la diligencia de presentación realizada el 30 de junio de 1983, ante el Procurador General de la Nación, donde confiesa su calidad de miembro activo del M-19 y que con el seudónimo de Dagoberto, operaba en los límites con el Chocó.

Según el colaborador fiscal del Tribunal Militar, en concepto que esa institución acepta compartir integramente, tal situación implica el abandono de las pretensiones de derrocar el Gobierno o atentar contra el régimen jurídico establecido.

Tal manera de raciocinar, es apenas una suposición de probabilidad subjetiva de quien la emite, contradicha notoriamente en el momento contemporáneo de Colombia.

Muchas personas que se acogieron a la amnistía de la Ley 35 de 1982, y que en ese momento podía albergar la intención de reintegrarse a la vida pacífica, abandonaron posteriormente tal conducta.

Sin embargo, si realizacen un acto de rebelión o conexos con anterioridad al 5 de junio de 1985, fecha en la cual comenzó a regir la Ley 49 de ese año, pueden acogerse al indulto del artículo 1º, o a la cesación de procedimiento del artículo 3º.

Lo único que deja sin efecto las instituciones de la Ley 49 de 1985, es la posterior condena por actos de rebelión, sedición, delitos conexos, secuestro y extorsión, cometidos dentro de los dos años siguientes.

Pero este, no es el supuesto en estudio.

8. Todos los peticionarios de la cesación de procedimiento, excepción hecha de Ruby Arcila, aceptan pertenecer a la organización subversiva M-19.

La circunstancia de encontrarse armados, acompañados de un miembro reconocido de tal organización, las modalidades de su captura, los detalles mismos del informe policivo, donde se reconoce que se detectó que los hombres entregaban las armas a las mujeres, hacen deducir que los acompañantes de Javier Posso Vargas, estaban ejerciendo actividades similares a la suya.

La mayoría de los sindicados aceptaron que iban a una reunión del M-19, tal vez para una rueda de prensa. Así por ejemplo Yolanda Echeverry Quiceno.

Otros como Héctor Valencia Román, informan el nombre con el cual son conocidos en la organización "(Mateo)".

Ninguno de los procesados presentan antecedentes como delincuentes comunes. La compleja manera de actuar la noche de su captura, la circunstancia de habérsele encontrado en su poder, planos y una lista de amnistiados, llevan a similares conclusiones. Por tanto no puede afirmarse que se dirigiesen a una reunión social, ni a perpetrar un ilícito no político. No hay pues motivo alguno, para desechar su confesión de ser efectivamente integrantes del M-19.

Es más: vistas las cosas en el espacio temporal en que acaecieron, deberían entender que tal manifestación, no tendría únicamente efectos favorables, sino por el contrario perjudiciales.

Es trascendental para valorar la credibilidad en este punto de los sindicados, ubicar la fecha en la cual fueron capturados; julio 3 de 1984; para ese día no regía la Ley 49 de 1985.

Mal podría pensarse pues, que al aceptar pertenecer a tal institución, lo hiciesen con la finalidad de acogerse al en ese momento inexistente indulto, o cesación de procedimiento. Y tampoco puede suponerse que reconociesen su militancia en el movimiento rebelde, para obtener la amnistía de la Ley 35 de 1982, pues ella se circunscribe a hechos cometidos antes del 19 de noviembre de ese año, fecha de vigencia de la ley.

Jurídicamente en nada les favorecía en ese momento tal reconocimiento; antes bien les podía perjudicar.

Como si lo anterior no fuere suficiente, existe una probanza emanada de las mismas autoridades militares y por tanto creíble, según lo dispone el artículo 1º, numeral 3, ordinal a) de la Ley 49 de 1985, que robustece la afirmación de los procesados de pertenecer al M-19.

En efecto, a folio 12, del cuaderno de la Corte, aparece copia de un mensaje dirigido por el Brigadier General, Flavio Jiménez Sánchez, Comandante de la Octava Brigada y juez de primera instancia, donde dice refiriéndose a los procesados, que son miembros del M-19.

Pues bien, es este mismo alto oficial quien suscribe la providencia de primera instancia que condenó a los procesados a cuarenta y cuatro (44) meses de prisión (Fl. 152), por el delito de porte ilegal de armas.

Tal prueba, la estima la Sala suficiente para reforzar el punto de vista sostenido.

Las anteriores razones las estima la Sala suficientes para revocar como en efecto lo hará, la providencia recurrida y en su lugar decretar la cesación de procedimiento a que se refiere el artículo 3º de la Ley 49 de 1985, a favor de los procesados.

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

RESUELVE:

- 1. Revocar el auto de 12 de agosto de 1985, proferido por el Tribunal Superior Militar, dentro de este proceso.
- 2. Decretar la cesación de todo procedimiento por los hechos investigados a favor de Yolanda Echeverry Quiceno, Ruby Arcila Osorio, Javier Posso Vargas y Héctor Valencia Román, de conformidad con lo previsto en el artículo 3º de la Ley 49/85.
- 3. Decretar su libertad inmediata, oficiándose para el efecto a los directores de las cárceles respectivas.

Cópiese, notifiquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Fernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.

NDULTO

La cesación de procedimiento concedida mediante la Ley 49 de 1985 sólo favorece a quienes mediante petición acepten su poder vinculante y la condición de no incurrir en determinado tiempo en las mismas conductas.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz.

Aprobado: Acta número 053.

Bogotá, D. E., 28 de mayo de 1986.

Vistos

El Tribunal Superior de Medellín —Sala de Decisión Penal—, en acuerdo parcial con su colaborador fiscal, mediante auto de 13 de noviembre de 1985, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 3º de la Ley 49 de 1985, ordenó cesar procedimiento en favor de José Rodrigo Gómez Ruiz, Nora Cecilia Fernández Pérez y Orlando Durango Guisao, dentro del proceso adelantado por la Jurisdicción Penal Militar, por violación al Decreto 1058 de 1984, con las obligaciones y prevenciones correspondientes y dispuso su libertad.

Al notificarse de esta providencia, el señor Fiscal Primero del Tribunal interpuso apelación, por cuanto el Tribunal no comprendió en la misma medida a los restantes procesados por dicha infracción, o sea a Clademiro Gómez y Pedro Luis Quintero, cuya detención no dispuso el funcionario instructor —Juzgado Ciento ocho de Instrucción Penal Militar—, ni presentaron éstos solicitud en el sentido expresado.

La apelación es procedente por hallarse debidamente concedida.

Cumplido el trámite de segunda instancia, debe adoptarse la correspondiente decisión. El Ministerio Público representado en la segunda instancia por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita

la revocatoria de la providencia de acuerdo con la Fiscalía, con base en consideraciones que se examinarán posteriormente.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Funcionarios de la Policía efectuaron el 2 de mayo de 1985, en zona urbana de la ciudad de Medellín, en el inmueble en donde funcionaba el taller de mecánica de propiedad de Orlando Durango, el levantamiento del cadáver de Juan Humberto Montoya Medina, muerto al manipular explosivos, encontrándose en el mismo lugar además los sindicados José Rodrigo Gómez Ruiz y su cónyuge, la mujer Ana Cecilia Fernández Pérez, quienes durmieron en dichas instalaciones donde también pernoctó el difunto.

Según Gómez Ruiz, Montoya Medina entró con su autorización, dado que aquél era celador en el taller referido. Los mencionados esposos fueron capturados por la Policía con ocasión de estos hechos, como también por encontrar en el lugar una bomba y otras sustancias destinadas a fabricar explosivos, materiales que fueron incautados. La identificación del muerto se logró por hallarse su cédula de ciudadanía, con otros objetos.

Fueron capturados también Orlando Durango Guisao, como dueño del taller, Clademiro Gómez Ruiz y Pedro Luis Quintero, operarios del mismo negocio.

Adelantada la investigación, recibida indagatoria por el funcionario instructor a los sindicados nombrados y practicadas otras pruebas, se dictó auto de detención contra Durango Guisao, Gómez Ruiz y su mujer, disponiéndose la libertad de Clademiro Gómez Ruiz y Pedro Luis Quintero, por no existir pruebas suficientes respecto a estos dos en relación con la infracción materia del proceso. El Tribunal en acuerdo parcial con el Fiscal recurrente, dispuso la cesación de procedimiento en relación con los detenidos, sin pronunciarse respecto a los dos procesados restantes, por considerarlo improcedente, por lo cual se interpuso la apelación que debe resolverse mediante esta providencia.

FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA Y DE LA APELACIÓN

El Tribunal en su providencia recurrida, consideró que existía base para disponer la cesación de procedimiento respecto a los procesados detenidos y peticionarios, con apoyo en la norma citada y no hizo pronunciamiento en cuanto a los otros dos, Clademiro Gómez y Pedro Luis Quintero, quienes no presentaron la misma petición.

Dijo al respecto el Tribunal en la providencia referida, al aludir a tal petición del concepto fiscal:

"... Sólo se abarcará con esta decisión a quienes solicitaron la aplicación de la norma. Claro que sería más lógico, como argumenta el señor Fiscal, que se extendiera de oficio a todos los indagatoriados por tratarse de una causal objetiva de cesación de procedimiento. Pero bien puede entenderse que por la época y los motivos que llevaron al legislador a expedir el estatuto, éste sólo quiso beneficiar a quienes lanzados a la rebelión en contra del sistema jurídico-político del país, manifiestan que por lo menos aceptan el poder vinculante de la ley, y la condición implícita de no incurrir, en el término de dos años, en los delitos enumerados en el artículo 6º, ib...".

En su escrito de sustentación, el apelante anota que "…la Ley 49. de 1985, no consagra únicamente un indulto, sino también una amnistía que es lo que en nuestro sentir regula el artículo 3º...", al disponer la cesación de procedimiento para los procesados y la abstención de investigación en los casos sobre los cuales debiere iniciar sumario el Instructor, en atención al artículo 1º de la ley.

Mientras el indulto implica perdón, la amnistía conlleva renuncia a perseguir el delito y es así infundado o improcedente que se reconozca a unos partícipes y se niegue a otro. En un caso, la renuncia comprende la pena y en el otro el delito. La aplicación en esta forma de la norma contradice el principio de igualdad ante la ley.

Si este hubiere sido el propósito del legislador —continúa el señor Fiscal—, lo hubiera expresado de modo preciso, sin que pueda hacerse "...reserva de interpretación en favor de unos pocos". "La condicionalidad implícita" en la ley no es base para negar sus beneficios a todos los procesados, pues basta considerar que se aplica también en la abstención de investigación, cuando no se han determinado los sindicados. La preclusión prevista en el artículo 2º de la Ley 49 no comprende la cesación de procedimiento y así las dos figuras no cuentan "...con un rasero común de aplicación y que no se contradice el espíritu de la ley al extender sus beneficios a todos los procesados". Además, debe tenerse en cuenta el principio de favorabilidad y el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, cuya aplicación analógica permite la extensión de la norma, sin que el precepto distinga y en vista también del principio in dubio pro reo.

Por su parte el Procurador Segundo Delegado Penal, acoge el criterio expresado por considerar que la situación debe examinarse en su conjunto, en atención al desarrollo del proceso y las circunstancias correspondientes. La Ley 49 de 1985 en su artículo 3º consagra el indulto impropio, esto es en relación con los aún no condenados, a través de cesación de procedimiento o auto inhibitorio, para el logro de las finalidades perseguidas por el mismo estatuto.

Y si bien es cierto que el indulto necesita solicitud del interesado, es institución de derecho público "...cuya esencia se desprende de objetivos políticos que interesan a toda la Nación". Si se acepta que la petición comprende a todos los implicados o solamente a quienes la presentan, lo primero conduciría a admitir el consentimiento tácito de los ausentes y lo segundo llevaría a "entuerto jurídico" que se apartaría del pensamiento del legislador.

Aceptada la tesis del Tribunal se llegaría a soluciones opuestas y excluyentes, pues mientras los más gravemente comprometidos se verían favorecidos, los otros permanecerían vinculados al proceso con serias con-

secuencias, pudiéndose llegar a decisiones contradictorias en caso de dictarse sentencia condenatoria, por lo cual procede la revocación.

SE CONSIDERA

La decisión objeto de apelación por parte del Ministerio Público se concreta a la abstención del Tribunal Superior de decretar el beneficio de cesación de procedimiento respecto a los procesados que no hicieron tal solicitud, por considerar aquél que debían ser comprendidos en la misma al igual que quienes la formularon.

Para definir el punto, debe hacerse referencia concreta a los preceptos de la ley mencionada. Esta prevé que tanto para la concesión del indulto, como para la cesación de procedimiento, se presenten las respectivas peticiones (artículos 2º y 4º de la Ley 49 de 1985). Y en cuanto a la cesación de procedimiento, es claro el estatuto al disponer que "...Por sí mismos o por intermedio de apoderado constituido sin necesidad de presentación personal, los interesados formularán la solicitud correspondiente ante el Tribunal respectivo o ânte las autoridades que tuvieren en su lugar procesos por uno cualquiera de los delitos señalados en el artículo primero, con las excepciones allí mismo contempladas".

Las normas de la ley citada resultan congruentes, en cuanto a exigir petición en cualquiera de los dos casos en que se pretenda obtener el beneficio previsto en la misma, sin hacer diferencia alguna al respecto, puesto que ya se trate de condenados o simplemente de procesados o sindicados, se busca la misma solución, en relación con los resultados o finalidades que persiguió el legislador a través de la misma.

Siendo ésta la situación, no se podría con el pretexto o intención de interpretar el espíritu de la ley y las finalidades de la institución que contempla, hacerla extensiva, en el caso de cesación de procedimiento, a sindicados que no han hecho petición, pues esta aplicación extensiva conduciría claramente a desvirtuarla, en forma que al reconocerla excedería las facultades que corresponden a los funcionarios y autoridades respectivas.

A propósito son valederas las consideraciones de la providencia recurrida en cuanto a que sólo se quiso favorecer a quienes acepten "el poder vinculante de la ley" y no incurrir en determinado tiempo en las mismas conductas, como supuesto para su concesión. Y si en esta forma se determinó dicho beneficio y sus requisitos, no podrían desconocerse al adoptar interpretación y decisión como la que se reclama.

Interpretación judicial acertada no sólo por la claridad del texto de la norma, sino porque la intención del legislador no puede ser otra que la de cobijar con el beneficio a quienes voluntariamente lo soliciten, es decir lo pidan.

No son por otra parte admisibles las razones presentadas para sustentar el recurso. Esto porque aunque pueda entenderse que la ley al disponer la cesación de procedimiento o la abstención de investigación consagra una amnistía, no implica que puedan desconocerse las vías requeridas para su reconocimiento por tratarse de simple requisito de procedibilidad que aunque así se aceptara debe ser atendido.

En cuanto al hecho de que se decrete a unos procesados y no se disponya en favor de otros, no implica desconocer el principio de igualdad ante la ley, ya que si se entiende que cabe dictar la cesación respecto a aquellos que cumplan los requisitos suficientemente previstos en la ley, sin que por el contrario puedan resultar favorecidos quienes voluntariamente omiten cumplirla.

En cuanto al propósito del legislador, quedó claramente traducido al adoptar el precepto aludido, sin que pueda hacerse interpretación que lleve a desconocer lo expresamente previsto, ni comporte reserva de aplicación en favor de determinadas personas.

Si bien las condiciones y promesa de no incurrir en las mismas conductas, no proceden en caso de abstención de investigación, debe considerarse que esta situación especial en que no se ha vinculado a persona determinada no puede ser base para definir el punto indicado. Sin que tampoco pueda atenderse al aspecto de la preclusión, ni al principio de favorabilidad ante norma expresa, ni tener en cuenta el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, por la misma razón y porque las conductas respectivas no dejan de ser delito y sólo se aplica la cesación y el indulto para conseguir las finalidades propias de estas medidas.

Las mismas consideraciones resultan válidas ante los planteamientos de la Procuraduría Delegada, anotándose en cuanto a posibles soluciones opuestas que plantea en caso de proseguir la acción penal, que basta para desecharlo la consideración de que no existe en este caso la voluntad de las personas o procesados de acogerse al beneficio, supuesto esencial previsto en la ley para su aplicación.

Así, debe sostenerse la resolución reclamada.

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público, confirma la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

ESTATUTO PENAL ADUANERO

Las infracciones que contempla el Estatuto Penal Aduanero, se clasifican en: delitos, contravenciones y faltas administrativas. Diferencias y su tratamiento.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo.

Aprobada: Acta número 055.

Bogotá, D. E., 4 de junio de 1986.

Vistos

El Tribunal Superior de Aduanas en sentencia de septiembre dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y tres (1983), revocó por mayoría mediante la intervención de conjuez, la de primera en la cual se condenó al ciudadano argentino Adán Azula Azula, residente en esta capital, a la pena principal de dieciséis (16) meses de prisión y cincuenta mil pesos de multa, más las accesorias de ley, por el delito de contrabando. La Fiscalía Tercera ante dicha Corporación interpuso contra el fallo de segunda instancia recurso de casación que fue 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

Los que generaron el proceso ocurrieron el veintiocho (28) de febrero de mil novecientos ochenta y uno (1981), en las instalaciones del aeropuerto "Olaya Herrera" de la ciudad de Medellín, cuando procedente de Miami (EE. UU.) regresó al país el señor Adán Azula Azula, trayendo consigo mercancías de libre importación, de licencia previa y fabricación extranjera, pretendiendo, para introducirlas al territorio nacional,

hacer creer a las autoridades aduaneras con un documento pretéritamente expedido por un guarda aduanero sin competencia para ello, que los instrumentos que traía para una agrupación musical, eran los mismos que días antes había llevado a los Estados Unidos, en cumplimiento de compromisos profesionales. De la revisión correspondiente se concluyó que, los artículos que fueron avaluados en suma superior a los cien mil pesos (\$ 100.000.00), eran completamente nuevos.

ACTUACIÓN PROCESAL

- 1º La investigación fue iniciada por el Juzgado Tercero de Instrucción Penal Aduanera de Medellín, que recibió indagatoria al acusado y practicó las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos.
- 2º En febrero 6 de 1982, concluido el ciclo instructorio y previo el concepto fiscal, el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de la misma ciudad dictó auto de proceder y decretó la detención preventiva de Adán Azula Azula por el delito de contrabando tipificado y sancionado en el artículo 4º ordinal 2º, de la Ley 21 de 1977. Apelada la calificación, recibió confirmación mayoritaria del Tribunal Superior de Aduanas en octubre 20 del mismo año, sin reparos en lo sustancial. El salvamento de voto presentado por el conjuez llamado a reemplazar a uno de los integrantes de la Sala obviamente no fue acogido por la Corporación, se dirigió a afirmar la existencia de una simple falta administrativa (Fl. 3 Cdno. Nº 2).
- 3º El 8 de abril de 1983 se verificó la diligencia de audiencia pública y el 28 siguiente el juez de primera instancia dictó sentencia en virtud de la cual condenó al procesado a la pena principal de 16 meses de prisión y cincuenta mil pesos de multa, más las accesorias de ley, por el delito de contrabando de primer grado, haciendo la correspondiente declaratoria respecto de la mercancía decomisada (Fl. 292, Cdno. Nº 2).
- 4º En septiembre 16 de 1983, el Tribunal Superior de Aduanas al revisar por consulta el fallo anotado, lo revocó y en su lugar absolvió a Azula Azula sobre la base fundamental de que los hechos que se le imputan constituyen la falta disciplinaria prevista en el artículo 25 del Decreto-ley 955 de 1970, y, como consecuencia de ello, la mercancía incautada no puede estimarse como de contrabando. Tal determinación fue recurrida en casación (Fls. 12 y 24, Cdno. Nº 2).

La demanda de casación

Al amparo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal señala el recurrente que la sentencia es violatoria de la ley por infracción directa, con fundamento en la siguiente censura:

a) Por haberse dejado de aplicar el artículo 4º (ordinal 2º) y 18 de la Ley 21 de 1977, sobre contrabando de primer grado y participación y los artículos 5º y 81 del Decreto-ley 955 de 1970, sobre penas accesorias y declaración de contrabando;

b) Por aplicación indebida del artículo 25 del Decreto-ley 955 de 1970 y 10, parágrafo 2º. Reglamento General de Aduanas número 333 de 1979, con fundamento en los cuales se calificó como falta administrativa el cargo que se le viene imputando al procesado y se puso a disposición de la administración de aduanas la mercancía decomisada.

Afirma el demandante para sustentar sus peticiones tendientes a que se case la sentencia atacada, que si bien es cierto los artículos 23, 24 del Decreto-ley 955 de 1970 se encuentran vigentes, con la reforma que al primero de ellos introdujo el artículo 8º del Decreto-ley 520 de 1971, la conducta realizada por Adán Azula Azula, bajo ningún aspecto puede considerarse como una simple falta administrativa de competencia de la administración de aduanas de Medellín (exceso de equipaje), ya que las circunstancias que rodearon el hecho materia del procedimiento son elaramente configurativas del delito de contrabando de primer grado que tipifica y sanciona el artículo 4º (ordinal 2º) de la Ley 21 de 1977, pues los instrumentos traídos al país para la agrupación musical referida por el acusado y que trató de amparar con un documento irregularmente expedido, mal pueden considerarse como de uso doméstico, adorno personal o equipaje viajero, y sí dan lugar a la comisión del hecho punible mencionado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal prohijó los planteamientos de la demanda, pero se abstuvo de ampliarla con apoyo en la facultad contenida en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

· Consideraciones de la Sala

Reiteradamente se ha sostenido que, la causal primera de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, procede cuando el Tribunal en el fallo de segunda instancia ha incurrido en violación de la ley sustancial por inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea. Dicha violación se afirma, puede provenir de un juicio equivocado que llevó al juzgador a desconocer la disposición llamada a regular el caso concreto, a dar aplicación a una norma cuyo mandato impersonal y abstracto no corresponde con los supuestos del caso resuelto, o, cuando siendo acertada la selección de la norma la aplica con desconocimiento de su alcance y sentido.

En el caso que se examina, el Juzgado Segundo Superior de Medellín dictó sentencia condenatoria contra Adán Azula Azula, por estimar que su conducta se adecuaba claramente a lo previsto en el artículo 4º (ordinal 2º) de la Ley 21 de 1977, con reproducción del criterio expuesto en el auto de proceder, providencia que, valga la pena recordar, fue confirmada integralmente en su oportunidad por el Tribunal Superior de Aduanas, apartándose de la tesis esgrimida en el salvamento de voto presentado por uno de los integrantes de la Sala, que propugnaba por la existencia de una falta administrativa, esto es, la señalada en el artículo 25 del Decreto-ley 955 de 1970 sobre exceso de equipaje.

No cabe la menor duda sobre la razón que asiste al impugnante, pues resulta cierto que el ad quem incurrió en notorio yerro, cuando por mayoría utilizó como norma tipificadora de la conducta realizada por el procesado, el artículo 25 del Decreto-ley 955 de 1970 sobre faltas administrativas y específicamente en lo relacionado con "exceso de equipaje". En verdad, todos y cada uno de los actos cumplidos por el implicado (salir del país con implementos de una agrupación musical, los cuales fueron relacionados en un documento expedido o autorizado irregularmente por un funcionario sin competencia para ello y sin el cumplimiento del mínimo requisito, y, regresar posteriormente con otra mercancía -nueva y distinta a la anterior-, pero, intentando hacer creer a las autoridades que se trataba de la misma detallada en el referido escrito, para introducir al territorio nacional bienes de libre importación, licencia previa y de fabricación extranjera, en cuantía superior a cien mil pesos (\$ 100.000.00), configuran los elementos básicos del hecho punible conocido como contrabando de primer grado previsto en el artículo 4º, ordinal 2º de la Ley 21 de 1977.

Sobre el particular es bueno precisar los siguientes aspectos:

- 1º Las infracciones que contempla el Estatuto Penal Aduanero, se clasifican de la siguiente manera:
- a) Delitos. Contrabando (doloso-culposo) de primer y segundo grado: Artículos 4, 5, 6 y 7 de la Ley 21 de 1977;
- b) Contravenciones. Cambio de destino de mercancía exenta y no pago de derechos diferenciales de aduanas: Artículo 8º, Ley 21 de 1977;
- c) Faltas administrativas. Señalamiento incorrecto de posición arancelaria; falta de registro o de licencia previa y exceso de equipaje: Artículo 8º Decreto-ley 520 de 1971, 24 y 25 del Decreto-ley 955 de 1970.
- 2º El artículo 24 de la Ley 21 de 1977 derogó expresamente los artículos 3, 15, 18, 19, 20, 21, 41, 75 y 87 del Decreto-ley 955 de 1970 y los artículos 4, 5, 6, 7, 11, 12, 25, 21, 22, 23, y 27 del Decreto-ley 520 de 1971.

Significa lo anterior, que es innegable la vigencia de varias disposiciones, entre ellas el artículo 25 del Decreto-ley 955 de 1970, pues el modelo comportamental allí consagrado no fue derogado o regulado de manera diversa por la ley mencionada y, de otra parte, la tipicidad de la falta administrativa no pugna con el texto de la nueva ley, a más de los ingredientes inequívocamente diferenciales con el delito de contrabando materia del enjuiciamiento.

3º El numeral 2º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977 describe como contrabando de primer grado, la conducta de quien "importe o exporte mercancía sin presentarla a las autoridades aduaneras para su nacionalización o despacho, o eluda la intervención de las mismas".

A su vez el artículo 25 del Decreto-ley 955 de 1970 señala como falta administrativa "el exceso de equipaje que no constituya cantidad comercial".

En pasada oportunidad y para delimitar la clara diferencia que existe entre las conductas previstas en las normas objeto de transcripción, reseñó la Corte:

- ...Los anteriores planteamientos llevan a la conclusión de que es muy diversa la finalidad perseguida por el legislador al tipificar los delitos y las contravenciones y con mayor razón, diametralmente diverso el motivo que lo llevó a consagrar las faltas administrativas. El delito de contrabando protege bienes jurídicos de singular importancia como el orden público económico, el manejo racional de las divisas, el equilibrio adecuado de la balanza de pagos, busca defender el trabajo y la industria nacionales y en algunos casos se protege el fisco nacional. Por el contrario con las contravenciones, tal como se vio, solamente se busca una finalidad de carácter fiscal; y en las faltas administrativas únicamente se sanciona el incum-
- "...En manera alguna es posible confundir un delito con una falta administrativa, a pesar de que eventualmente el objeto material del delito y de la falta puedan ser el mismo. En efecto, en precedencia a constanta que les reconstantes de la falta puedan ser el mismo. que los numerales 2 y 3 del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, se refieren tanto a las mercancías de libre importación y exportación como a las que requieren licencia previa y, también a mercancías de licencia previa alude la falta administrativa; sin embargo, no se trata de una repetición inútil o de una insoluble contradicción, pues delito y falta administrativa se orientan a describir diversos comportamientos"

"El delito de contrabando de primer grado previsto en el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, se comete entre otros casos cuando se importa o exporta mercancía valiéndose de afirmaciones falsas, que fue justamente lo que ocurrió en el presente caso... -En cambio la falta administrativa se presenta cuando no se altera la verdad, vale decir cuando la descripción de la mercancía hecha en el manifiesto y demás documentos, corresponde a la mercancía que realmente se importa"

"En caso de que las disposiciones citadas se interpreten de manera diversa se llegaría al absurdo de pretender que el delito y la falta se refieran a lo mismo, a pesar de las consecuencias tan disímiles que en materia punitiva acarreen cada una de ellas. Además, se llegaría al contrasentido de que como en la falta administrativa no se hace alusión a las mercancías de libre importación o exportación, sería más grave el comportamiento cuando de tales mercancías se trata, pues siempre sería delito si ellas aparecen falsamente descritas en los documentos, mientras que sería simple falta si de las mercancías de licencia previa se trata".

No sobra agregar que, la falta administrativa con la cual se pretende regular la conducta investigada, "exceso de equipaje", solamente procede cuando la mercancía no es de prohibida importación, corresponde a pequeñas cantidades no apreciables comercialmente, y, lo más importante, están ausentes por parte del agente todo tipo de maniobras fraudulentas o elusivas frente a la autoridad aduanera tendientes a facilitar la introducción de la mercancía al país.

Debe destacarse igualmente que la naturaleza y cantidad de mercancía objeto de la investigación, está, como se ha anotado en el proceso, muy

lejos de corresponder a los bienes de uso doméstico o adorno personal que hasta determinado valor prevé el artículo 2º del reglamento aduanero número 333.

En este caso se estableció plenamente que Adán Azula Azula, viajó a la ciudad de Miami (Estados Unidos) el 15 de enero de 1981, con el fin de cumplir compromisos profesionales, para lo cual, sacó del país varios instrumentos musicales, los cuales se afirma, fueron relacionados en un documento autorizado por un guarda aduanero sin funciones para ello y fechado el día 18 del mismo mes y año, teniendo en cuenta que aquel día era domingo.

Se sabe además que, el 15 de febrero siguiente regresó a la mencionada ciudad el incriminado, para recuperar como lo dijo, algunos implementos que llevó en el viaje inicial y que afirma se le habían extraviado. No obstante el resultado positivo de la diligencia, Azula Azula regresó a Colombia el 28 del mismo mes y año, trayendo consigo mercancía nueva y de fabricación extranjera, con la clara intención de no cumplir con los trámites aduaneros correspondientes, pues estaba como se infiere de su propio dicho, asistido del deseo de recuperar con ella los gastos del viaje.

A más de lo anterior, se concluye por las versiones de los agentes aduaneros que, los bienes decomisados por no reunir las condiciones legales para ingresar al país y cuyo valor se estimó pericialmente en cuantía superior a los cien mil pesos, no correspondían a los detallados en el documento ya mencionado, con lo cual, el acusado trató de engañar a los representantes de la autoridad.

Ante la evidencia de los cargos, obvio es concluir que la conducta del procesado constituye por naturaleza y valor de las mercancías, y, por las maniobras utilizadas por el mismo para eludir a las autoridades aduaneras y consecuencialmente los trámites legales y la aplicación de los gravámenes impositivos, contrabando de primer grado, siendo obligante la declaratoria correspondiente respecto de la mercancía decomisada.

El cargo prospera y, en consecuencia, debe dictarse el fallo de instancia.

Tal como se deduce de los análisis precedentes, la conducta de Adán Azula Azula es típica, por estar prevista de manera abstracta, general e impersonal como delito en la legislación penal aduanera, antijurídica, pues con ella se violaron los intereses jurídicos ya referidos, y culpable a título de dolo, pues el acusado siendo imputable, de manera voluntaria y consciente realizó el comportamiento materia de reproche.

Teniendo en cuenta la naturaleza y modalidades del hecho punible, la personalidad y antecedentes de todo orden que, con respecto al incriminado arroja el proceso, la pena por imponer debe partir del mínimo previsto en la Ley 21 de 1977 (Art. 4º), esto es un año, al cual se le hará el incremento de la tercera parte señalado en el inciso 2º del artículo 7º del Decreto-ley 955 de 1970, modificado por el artículo 3º del Decreto-ley 520 de 1971, para un total de dieciséis (16) meses de prisión, como acertadamente la había dosificado el a quo en la sentencia condenatoria revocada por el Tribunal Superior de Aduanas. Así mismo, en cumplimiento

de la ley citada, se impondrá multa por la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00), guarismo correctamente deducido en el fallo de primera instancia.

De conformidad con el artículo 2º del Decreto-ley 520 de 1971 se impondrá la pena accesoria de prohibición para ejercer el comercio por un tiempo igual a la pena principal. No se impone la pena accesoria de expulsión del territorio nacional que el Estatuto Penal Aduanero contempla para los extranjeros, por cuanto a partir de la expedición del Código Penal de 1980, a excepción de la interdicción para el ejercicio de funciones públicas, todas las penas accesorias son facultativas (Art. 52), principio aplicable al régimen penal aduanero de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 375 del Código Penal. En el caso que se examina, dada la naturaleza del hecho y la personalidad del agente, no se hace aconsejable la imposición de la citada pena accesoria.

Ahora bien, como las exigencias de carácter objetivo y subjetivo del artículo 68 del Código Penal están presentes en favor del acusado y no se dan las prohibiciones del artículo 8º del Decreto-ley 955 de 1970, se suspenderá la ejecución de la sentencia por un período de dos (2) años, para cuya efectividad continúa vigente la caución prestada por el señor Azula Azula, así como la diligencia de compromiso suscrita ante el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Medellín, oficina judicial que librará las comunicaciones necesarias para su cumplimiento.

En lo demás se confirmará la sentencia condenatoria proferida por el Juez Segundo Superior de Aduanas de Medellín.

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 la sentencia impugnada.
- 2º Condenar a Adán Azula Azula de condiciones civiles y calidades personales consignadas en el proceso, a la pena principal de dieciséis (16) meses de prisión y cincuenta mil pesos (\$50.000.00) de multa, por el delito de contrabando de que dan cuenta los autos, cometido en las circunstancias espacio-temporales referidas en su texto, con fundamento en las razones aducidas en la motivación.
- 3º Condenar igualmente al procesado a la pena accesoria de prohibición para ejercer el comercio, por un tiempo igual a la pena principal.
- 4º Conceder al sentenciado el subrogado de la condena de ejecución condicional en los términos y condiciones anotadas en la parte considerativa de esta providencia.
- 5º Confirmar en todo lo demás la sentencia del Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Medellín de fecha abril 28 de 1983.

El juez del conocimiento, dará los respectivos informes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

FALSEDAD

El auto de proceder no es de ninguna manera un acta de inventario del expediente, por manera que la omisión en mencionar un testimonio u otro medio de prueba no es suficiente para afirmar que el Juez ha atentado contra la fe pública.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz.

Aprobado: Acta número 055.

Bogotá, D. E., 4 de junio de 1986.

Vistos

Por consulta conoce la Corte de la providencia fechada el 3 de febrero del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá sobreseyó definitivamente al doctor Libardo Mora Medina, Juez Diecinueve Penal del Circuito de esta ciudad, de todos los cargos que en su denuncia le formulara Luis Antonio García García. Es de advertir que sólo se revisará lo concerniente a las hipótesis de falsedad en documentos, pues en relación con las demás (prevaricato y abuso de autoridad) no procede la consulta, por tener todas pena no mayor de cinco años (Ley 17 de 1975, Art. 19).

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Luis Antonio García García, quien se encontraba privado de su libertad en virtud de enjuiciamiento criminal proferido por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá, denunció penalmente al titular de dicho despacho judicial, entre otros hechos, por los siguientes que consideró constitutivos de atentados contra la fe pública:

- a) Afirmó en el auto de proceder que Ana Herrera era su concubina;
- b) Sostuvo, en la misma providencia, que el "contrato de venta carece de valor"; y,
 - c) Calló, en el mismo proveído, "todo lo que me favorece".

Con base en la anterior denuncia se inició investigación penal en contra del doctor Mora Medina. Clausurada ésta, el Tribunal Superior de Bogotá sobreseyó definitivamente al encartado, en providencia cuya confirmación es solicitada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

SE CONSIDERA

Si se lee la denuncia (Fl. 1 y Vto.) y se tiene en cuenta que inmediatamente después de formulada el denunciante pidió constancia de ella al Tribunal y procedió a recusar al funcionario acusado, que como ya se dijo era el titular del Juzgado que lo había llamado a responder en juicio por el delito previsto en el artículo 367 del Código Penal (invasión de tierras o edificios), fácil es concluir que la denuncia sólo sirvió de pretexto para separar al funcionario del conocimiento de este proceso, lo cual, obviamente, le resta seriedad a los cargos formulados.

Además, ninguna de las afirmaciones hechas por el denunciado en el auto de proceder pueden ser consideradas como hechos falsos, pues ellas no son más que las conclusiones a que llegó el funcionario luego de un detenido análisis de los elementos de convicción aportados al proceso seguido contra García, como puede verse al leer el llamamiento a juicio, que obra a folios 31 y siguientes. No ha dado vida en su providencia, el denunciado, a ningún hecho inexistente y por tanto no puede decirse de él que haya atentado contra la fe pública.

En cuanto a la posible falsedad por callar en el auto de proceder todo lo que favorecería al denunciante, debe decirse también que el cargo es inexistente. Una decisión judicial no puede ser confundida con el acta de una diligencia, donde sí es necesario hacer constar todo lo que se observe o suceda dentro de la misma. El auto de proceder no es de ninguna manera una especie de inventario del expediente en el cual el Juez tenga la obligación de hacer constar todo lo que en él existe. La no mención de un testimonio, documento o diligencia dentro del auto, no implica su inexistencia, ni la providencia tiene por fin demostrar que sí es real. Si el sindicado García García consideró que en el enjuiciamiento se habían omitido o desconocido algunos elementos de convicción que lo favorecían, para corregir estas omisiones tenía los recursos legales, de los cuales, además, hizo uso.

No encontrándose, pues, ningún tipo de falsedad en la actuación del doctor Mora Medina, dentro del proceso que adelantó en contra del denunciante, la providencia consultada habrá de confirmarse, en cuanto a este aspecto se refiere.

Al ampliar su denuncia, afirmó García que "en el folio 405 Vto., aparece una falsedad cometida por el apoderado de la parte civil, en la que

dice 'me notifico hoy mayo 27 de 1981, manifestando que apelo', esta nota fue colocada allí con posterioridad'' (Fl. 56). De los mismos términos de la denuncia surge claro que la posible falsedad no se le imputa al doctor Mora Medina; a éste lo acusa el denunciante es por la omisión de denuncia, tal como lo entendió el Tribunal. Por esta razón, nada se dirá con respecto a este hecho, al cual alude el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto, y que fue objeto de sobreseimiento, pero cuya pena no excede los cinco años.

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

RESULLVE:

Confirmar la providencia revisada en los puntos materia de consulta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

HURTO

Delito instantáneo.

El hurto como delito instantáneo no requiere necesariamente de un solo acto, es posible que se realice por conductas más o menos prolongadas o por multiplicidad de éstas, algunas de las cuales pueden estar previstas como una forma calificada, pero sin que así pueda considerarse estructurado otro ilícito, que no corresponda siquiera con el elemento intencional del agente.

CONSUNCION

Este principio existe cuando se presentan tipos de estructura compleja, que contienen íntegramente a otro u otros de composición más simple, situación que exige la aplicación de la norma de mayor riqueza descriptiva.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas.

Aprobado: Acta número 055.

Bogotá, D. E., 4 de junio de 1986.

Vistos

Por sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga fue condenado Israel Gómez Vega como responsable de los delitos de hurto y secuestro simple por los que había sido llamado a juicio. Oportunamente el Fiscal Cuarto de esa Corporación interpuso el recurso extraordinario de casación, al que se le dio cabal tramitación y presentada la correspondiente demanda, fue declarada ajustada, corriéndose traslado al Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Debe decidir la Sala lo pertinente luego de los siguientes

HECHOS

El tres (3) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982) fueron contratados Augusto Hernández Rojas y su hijo Otoniel Hernández en la ciudad de Bucaramanga para transportar un cargamento de piña de Lebrija, razón por la cual se dirigieron a esta localidad en el camión de su propiedad y en compañía del extraño que los había contratado, quien luego de hacerlos desviar por un ramal los había encañonado, diciéndoles que se trataba de un atraco, momento en el que apareció otro individuo, quienes además de quitarles el camión, los despojaron de sesenta pesos (\$ 60.00) a uno y seis mil pesos (\$ 6.000.00) al otro, informándoles que necesitaban el camión para transportar un armamento del M-19.

Ante la imposibilidad de poder conducir el vehículo le indicaron a Otoniel que lo condujera él, momento que aprovechó para desconectarle el sistema eléctrico, y ante la imposibilidad de poderlo movilizar, los obligó a llevar a sus víctimas a un lugar solitario, alejado del sitio donde se encontraba el camión, donde estuvieron amarrados más o menos desde las once de la mañana, hasta las horas de la noche en que lograron librarse de sus ataduras.

ACTUACIÓN PROCESAL

El proceso se inició por auto del 6 de mayo de 1982, por auto del 13 del mismo mes y año se decretó la detención preventiva del sindicado Gómez Vega.

Por auto del Juzgado Tercero Penal del Circuito de fecha que se desconoce, pues se trata de un proceso reconstruido y la copia de dicha decisión no se allegó, se abrió causa criminal por el delito de hurto simple, providencia que al ser apelada motivó la declaratoria de nulidad por parte del Tribunal de Bucaramanga, que en decisión del 14 de marzo de 1983; consideró que además del delito de hurto, se tipificaba el secuestro simple.

Por auto del trece de abril de mil novecientos ochenta y tres el mismo Juzgado Tercero del Circuito abrió causa criminal contra el procesado por el delito de hurto en concurso con secuestro simple de acuerdo a las directrices trazadas por el superior.

Por providencia del ocho de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro se condenó al procesado, imponiéndole pena de treinta y ocho (38) meses de prisión como responsable de los delitos por los que había sido llamado a juicio y por providencia del diecinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro el Tribunal de Bucaramanga, confirmó la sentencia condenatoria que conocía por consulta.

La demanda de casación

El demandante es el Fiscal Cuarto del Tribunal de Bucaramanga quien invoca como causal única de casación la prevista en el numeral

primero, inciso primero al considerar que hubo aplicación indebida del artículo 269 del Código Penal que tipifica el delito de secuestro simple.

Sustenta su pretensión el recurrente con las siguientes argumentaciones:

"El concepto de la violación consiste en haberse tomado en la sentencia impugnada un fragmento fáctico, integrante sustancial de la calificación del hurto (Num. 2 Art. 350 del C. P. e Inc. 2, Num. 4 ibídem), como un comportamiento punible autónomo calificado de secuestro simple y en concurso con el hurto calificado, pero sin profundizarse el concepto jurídico, ni el lazo o nexo vinculante de los concursantes".

Luego de hacer un análisis doctrinario sobre el concurso, con la cita de variados autores nacionales y extranjeros, referido al caso subjudice sostiene:

"...la circunstancia violenta de amarrar las víctimas, amordazarlas, darles comida y colocarles un vigilante mientras escapaban del lugar de los hechos con un camión, dio margen a que se viera un posible delito de secuestro. No hay duda de que pueda existir porque con medios violentos de privó (sic) a las víctimas de su libre locomoción. Sin embargo, esas circunstancias de violencia, que no tenían el fin de cometer un delito contra la libertad individual, sino que fue el medio necesario para escapar con el camión sin correr el riesgo del 'raponero' que corre con la joya entre el bolsillo perseguido por la víctima y parte del público, quedan subsumidas al contemplarse como agravantes, dentro de la figura de hurto calificado por la violencia ejercida sobre las víctimas, pues ese comportamiento es violencia como a espacio lo explicamos, que aisladamente podría dar lugar a otra tipicidad, pero que valorada dentro de la estructuración del hurto agravado queda combinado como materia prima de una figura nueva y compleja.

Profundizando aún más el tema que nos ocupa la atención, anotamos que todo hecho punible está integrado por elementos esenciales y accidentales. Los accidentales que son los que más interesan, corresponden a las circunstancias agravantes o atenuantes del punible, que para el caso del hurto agravado corresponde a la violencia que sea necesario exteriorizar antes de la ejecución, en la ejecución y después de la ejecución para los efectos de asegurar el producto o la impunidad, como lo preceptúa perentoriamente el artículo 350 del Código Penal, numeral 4º, inciso 2º:

'La misma pena se aplicará cuando la violencia tenga lugar inmediatamente después del apoderamiento de la cosa y haya sido empleada por el autor o partícipe con el fin de asegurar su producto o la impunidad'.

La evidencia procesal indica claramente que la idea de retener a las víctimas, amarradas, amordazadas y vigiladas, surgió como medio en el momento en que ellas mismas, oponiéndose la desapoderamiento, inmovilizaron el vehículo mediante la desconexión del sistema eléctrico que maneja automáticamente el control maestro, lo que les hizo pensar a los asaltantes en la necesidad de un buen tiempo para desvarar el camión que no podían cargar a cuestas, labor que obviamente no era atinado adelantar con los propietarios al pie de ellos y mucho menos en un camino público, por lo que obligadamente se vieron en la necesidad de amarrarlos

y vigilarlos en el monte mientras desvaraban el automotor y escapaban del lugar, pues ahí no tenían una pieza cerrada que sirviera de vigilante, que para dichos efectos presta el mismo servicio como el del narcótico que duerme a la víctima suprimiendo la oposición al desapoderamiento que defiende hasta con la vida.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que la rapidez del conductor del automotor para dejarlo inmovilizado, truncó temporalmente el apoderamiento, pues es absurdo hablar de apoderamiento real y jurídico de cosas que no son posible alzar al hombro para luego desaparecer con rapidez, como un camión que mientras no pueda ser movido con sus propias fuerzas, por estar descompuesto o desconectado el arranque, se está apenas en la etapa del conato, y las maniobras o medios que se ejecuten como el de privar de la libertad a quien pueda oponerse al apoderamiento, son consumativos modificadores del delito de hurto, conforme lo prevé el numeral 2º del artículo 350 del Código Penal: 'Colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechándose de tales condiciones'. Esa es la modificadora específica del hecho punible que encaja al caso de autos, como la primera, pues desde un principio se ejecutó violencia al despojar a las víctimas de sus cosas personales, empero en el caso de aceptarse que el delito quedó consumado en el instante en que bajaron a los ofendidos del automotor, como lo sostiene el Tribunal, lo que realmente no tiene mucha relevancia jurídica para discutir, se estaría ante el inciso 2º, numeral 4º del artículo 350 del Código Penal, en razón a que la idea de retener a las víctimas —se repite— amarrarlas, amordazarlas y vigilarlas, no surgió como una nueva voluntariedad dolosa con autonomía estructurante y norma sancionadora diferente, sino como medio necesario 'con el fin de asegurar el producto ilícito', o sea, el camión que se encontraba inmovilizado y la consiguiente impunidad, pues es muy obvio que las víctimas en libertad no iban a permitir que los bandidos escaparan libremente y de inmediato habrían dado aviso a las autoridades de policía, como en efecto lo hicieron, luego al suprimirles esa normal manifiestación de su fuero, mediante las maniobras violentas anotadas, se ejecutó una violencia privada que no tiene descripción típica autónoma que permita hablar del delito de secuestro impropio pues es una circunstancia calificante del hurto, y el hecho de haberse ejecutado punible sobre 'vehículo automotor', 'en lugar despoblado o solitario' es decir, 'más allá del ramal, en pleno monte', como alega el Tribunal, tampoco sirve para ayudar a estructurar el delito de secuestro simple, pues al tenor del numeral 6° y 9° del artículo 351 del Código Penal, constituyen circunstancias de agravación punitiva, como la del 10, al ejecutarse el hecho por dos o más personas reunidas.

El hecho evidente de haber privado de la libertad a las víctimas, mientras los malhechoras (sic) lograban desvarar el automotor, es un elemento circunstancial del hecho punible de hurto calificado, previsto de manera expresa como modificatorio de la culpabilidad, lo que no permite que pueda ser tenido en cuenta doble vez para dar paso a otro delito, y menos al secuestro simple, norma especial y hasta benevolente, que nada tiene que ver con los delitos contra el patrimonio que buscan y persiguen con denuedo un 'provecho o utilidad' económica, que nomencaja (sic), que no concuerda con el elemento subjetivo inmerso en el secuestro simple,

que tipifica y describe el hecho punible de privar a una persona de su libertad, pero con intenciones o móviles que difieren a los del aprovechamiento patrimonial, como el de privar a una persona de su libertad con el fin expreso de que al quedar reducida a la impotencia no pueda oponerse a las pretensiones del ladrón.

En este orden de ideas, las evidencias procesales indican con voluminosa claridad que el elemento subjetivo, intencional o dolo específico, de la privación de la libertad de que fueron objeto los denunciantes, obedeció al propósito específico de obtener el pleno apoderamiento del vehículo y la consiguiente fuga impune del lugar de los hechos, finalidad o elemento volunaario (sic) específico que no se adecúa (sic), teniendo que adecuarse para los efectos de la tipicidad, que no es solamente descriptiva sino también subjetiva y si lo fuere se caería en la proscrita responsabilidad objetiva, al hecho punible del secuestro simple, que tipifica el artículo 269 del Código Penal, el que admite, en su hermenéutica jurídica, cualquier dirección de la voluntad criminosa, menos el de obtener provechos económicos como el caso de autos.

Es un principio de hermenéutica que los elementos objetivos y subjetivos de un hecho punible tienen que coincidir en toda su extensión con la descripción normativa, o sea, que no pueda admitirse la discordancia del elemento subjetivo del hecho concreto con el normado, pues ello sería dar paso a la responsabilidad objetiva proscrita por el Código Penal, que es lo que ocurre en este proceso con el presunto secuestro simple de que se hizo culpable al justiciable sin ninguna coincidencia subjetiva.

'El hurto —sostiene el Tribunal— que es un delito de ejecución instantánea y la violencia que en él se ejerza sobre las personas así como la privasidad (sic) de la libertad que puedan sufrir en un momento determinado tienen que obedecer a un ordenamiento lógico y propio dentro del desenvolvimiento de la conducta típica, antijurídica y culpable: en este caso el hurto' (subraya la Fiscalía).

Muy respetable el anterior argumento, pero no es posible compartirlo porque contradice la misma ley, que de manera expresa consagra la violencia por fuera 'del desenvolvimiento de la conducta típica, antijurídica y culpable, o sea, cuando el hurto ya está consumado con la desposesión de los bienes, con el fin de asegurar su producto o su impunidad', como reza textualmente el numeral 4º, inciso segundo del artículo 350 del Código Penal.

Con todo respeto la Fiscalía se aparta de la doctrina concursal del Tribunal, que es muy novedosa en su propia originalidad, pues no tiene antecedentes en la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, ni en la doctrina de los autores nacionales o extranjeros, pero que sin embargo podría cautivar a los retribucionistas por el mayor rigor de la aplicación de la pena, pero si profundizamos encontramos que los efectos prácticos son mucho más benignos que el tan alegado delito complejo de hurto calificado. Veamos: si se consuma un hecho punible de hurto simple el mínimo de la pena sería de 24 meses, pero si luego de la consumación el sujeto, para asegurar el producto o la impunidad, priva de la libertad a la víctima, amarrándola, amordazándola, le pone vigilante

y de encima la alimenta, según la tesis del Tribunal, operaría el concurso con el secuestro simple (Art. 269 del C. P.) que le aumentaría la pena en otro tanto que no puede pasar de las sumas aritméticas de ambas disposiciones (Art. 28 ibídem), o sea, seis meses, pero si él voluntariamente deja en libertad al secuestrado (Inc. 2º, Art. 271 del C. P.), la pena se reduciría a tres meses, quedando una sanción total de quince meses, cuando el mínimo del complejo hurto calificado sería de veinticuatro (24) meses, y sin que pueda alegarse en defensa de la tesis concursal que entonces también se aplicaría al hurto simple el inciso 2º del numeral 4º del artículo 350, pues estaría violando manifiestamente el principio non bis in idem y consiguientemente aplicando indebidamente una norma sustancial'.

Concepto del Procurador Delegado

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de hacer un breve análisis de la demanda consideró que no era necesaria su ampliación, por lo cual se abstuvo de hacerlo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La sentencia fundamenta la existencia del delito de secuestro simple sobre la circunstancia de ser el hurto un delito de ejecución instantánea y que en el caso que se analiza fue después de haber cometido el delito de hurto que las víctimas fueron maniatadas, amordazadas y llevadas lejos del camino de herradura, donde fueron sometidas a una vigilancia que no es propia del hurto. A pesar de las argumentaciones anteriores en uno de los apartes y en contradicción evidente sostiene lo siguiente: "La privación de la libertad de varias horas o de un día o tal vez más que pueda sufrir un celador maniatado y amordazado de un banco asaltado es propia del hurto calificado y en tal caso mal podría pensarse se dé un segundo tipo penal", pero que en el caso analizado sí se da el delito de secuestro simple.

No comparte la Sala las apreciaciones de la sentencia, sobre todo en la forma en que son presentadas porque la verdad es, no puede entenderse por qué se considera que en el caso del vigilante del banco se trate de un hurto calificado y en el que se analiza, además del delito de hurto calificado se tipifique el delito de secuestro simple; porque es apenas normal, que por las circunstancias especiales en que se desarrollan las diversas actividades delictivas en el uno la víctima se mantenga maniatada en el interior del banco, mientras que en el caso que sucede en una carretera se hace indispensable, dentro de la dinámica delictual, el que los sujetos activos del delito, lleven a sus víctimas fuera del camino, puesto que de no hacerlo, se verían expuestos al fracaso en sus propósitos delictivos. Parece ser que la diferencia para que en un caso se considere que existe secuestro y en el otro no, radica en el hecho de haberse llevado a las víctimas "a un lugar lejano" como se sostiene en la sentencia recurrida, pero verificadas las pruebas existentes se comprueba que ese lugar alejado fue más o menos a una dos (sic) cuadras del camino, tal como lo sostiene Agustín Hernández en una de sus declaraciones, o tres, como a su vez lo sostiene Otoniel Hernández en una de sus intervenciones.

Si bien es cierto que el delito de hurto es un delito instantáneo, ello no quiere decir necesariamente, que se realice mediante un solo acto, porque la realidad demuestra que siendo instantáneo habrá ocasiones en que sea indispensable realizar varias actividades para que el delito pueda entenderse consumado y no por ello varía la naturaleza instantánea de este delito, porque la precariedad temporal del delito instantáneo hace relación al momento fugaz en que se conculca el derecho tutelado por la norma; en el delito de homicidio ese instante es la destrucción de la vida, que como valor es tutelado por el Código Penal. Al contrario de lo que sucede con los delitos permanentes en los que el desconocimiento del derecho se prolonga en el tiempo sin destruirlo, pero de todas maneras lesionándolo gravemente. En las circunstancias anteriores la conducta de un delito instantáneo puede prolongarse por un período más o menos largo o estar constituida por una pluralidad de conductas, sin que por ello se afecte la naturaleza del mismo, como sería el caso de quienes cavan un túnel para ingresar a las bóvedas de un banco, o de quienes deben realizar múltiples actividades para reducir a la impotencia a la víctima y así poder consumar impunemente la actividad delictiva.

No es cierto como sostiene el Tribunal de Bucaramanga, que el delito de hurto sea de ejecución instantánea, porque no es la conducta por medio de la cual se perfecciona el delito, lo que caracteriza la instantaneidad del mismo, sino propiamente el momento de su consumación en cuanto a la destrucción o desconocimiento del derecho tutelado penalmente y por ello, insiste la Sala, es perfectamente posible que un delito instantáneo sea realizado por conductas más o menos prolongadas o por multiplicidad de conductas, sin que esto afecte o incida en la naturaleza instantánea del mismo.

Es obvio que los delincuentes no habían perfeccionado el delito de hurto, con el despojo inicial que hicieron del camión a sus víctimas, porque como consecuencia de la acción de una de ellas, el camión fue hábilmente inmovilizado, desconectándole el sistema eléctrico, viéndose entonces los delincuentes en la necesidad de tener maniatadas a sus víctimas por un tiempo más o menos largo mientras lograban encender el vehículo y podérselo llevar. Es apenas natural que en tales circunstancias no fueran a tener amarradas a sus víctimas en la misma carretera, sino que la seguridad les imponía alejarlos un poco del camino para evitar ser descubiertos.

Es exactamente esa la conducta prevista como una forma calificada del hurto, es la situación del ladrón que debe inmovilizar al sujeto pasivo de la infracción para poder ejecutar impunemente su delito o para asegurar la fuga una vez se ha perfeccionado. Es realmente curiosa y contradictoria la reflexión que se hace en la sentencia que se acusa, porque se acepta que el vigilante bancario maniatado en la institución tipifica un delito de hurto calificado, pero que si la inmovilización de un chofer se hace en el camino, en sitio más o menos alejado de la carretera existe el delito de hurto y además el de secuestro simple. Parece ser que la

existencia de este segundo delito se hace consistir fundamentalmente sobre la base del lugar lejano al que fueron llevadas las víctimas, pero por propia manifestación de las mismas, se sabe que ese lugar distante no fue más allá de tres cuadras del camino, distancia que se considera prudente, precisamente para evitar lo que busca el delincuente, ésto es, el ser descubierto.

Aceptar en este caso la existencia de dos delitos, sería tanto como aceptar que en el hurto cometido en el interior de un domicilio (numeral tercero del artículo 350) se estaría en presencia de un concurso de delitos de hurto y violación de habitación ajena, puesto que en el ingreso arbitrario a domicilio ajeno es indispensable para el perfeccionamiento de esta modalidad del hurto, pero en el caso que se plantea es evidente, que el ingreso arbitrario en habitación ajena es el medio necesario para poder perfeccionar la finalidad delictiva que se busca, esto es, el apoderamiento del bien mueble ajeno. Igual sucede en el caso analizado, porque el colocar en situación de indefensión a la víctima es el medio necesario para poder perfeccionar el delito de hurto y solamente colocando a buen recaudo a las víctimas era posible a los delincuentes apoderarse del camión, que en ese momento se encontraba inmovilizado como consecuencia de las manipulaciones que sobre el sistema eléctrico realizara una de las víctimas. Esta forma de violencia se constituye entonces en un medio para el perfeccionamiento del hurto.

Pero la conclusión con relación a la sola existencia del delito de hurto, no surge únicamente del análisis de los factores materiales de la conducta que es motivo de juzgamiento, sino que es preciso tener en cuenta el elemento intencional con que actuaron los procesados, porque se evidencia en el desarrollo de toda la conducta delictiva la intención única de apoderarse de un bien mueble ajeno, y es precisamente con el objetivo de lograr su propósito que inmovilizan a las víctimas. Tan clara es la intención de atentar contra la propiedad ajena, y no la de privar de libertad a sus víctimas, que inmediatamente logran sus propósitos de prender el vehículo, para perfeccionar el apoderamiento del mismo, las dejan abandonadas a su suerte, en situación de fácil y relativa forma de recuperar su autonomía, prueba de ello es que poco después logran librarse de sus ataduras y recobrar su libertad momentáneamente perdida.

Si el propósito hubiera sido conculcar el derecho de locomoción de las víctimas, otro hubiera sido el proceder de los delincuentes, pues hubieran prolongado la privación de la libertad y la consecuente vigilancia sobre ellas, pero precisamente porque no era esa su intención, fue que la inhabilitación física y la natural vigilancia que se ejerció sobre las víctimas sólo se prolongó mientras lograron encender el vehículo y de esta manera concretar o perfeccionar el apoderamiento ilícito de bien mueble ajeno, lo que en definitiva era el propósito exclusivo y único que se buscaba con la conducta que es motivo de análisis.

Si se evidencia la ausencia del elemento intencional en el delito contra la autonomía, mal podría hablarse de la existencia de esta ilicitud, puse es bien sabido que el delito está doblemente integrado, por aspectos materiales u objetivos y por elementos sujetivos o intencionales, y sólo

cuando concurren las partes que integran la unidad delictiva puede hablarse de la existencia de una específica figura ilícita.

Este aparente, o falso concurso de delitos se resuelve doctrinariamente, puesto que no existe solución legislativa al respecto, por medio de los principios de la especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad.

El principio de la consunción existe cuando se presentan tipos de estructura típica compleja, que contienen integramente a otro u otros, de composición típica más simple, situación que exige para efectos de respetar el non bis in idem, la aplicación del tipo de mayor riqueza descriptiva que contiene integralmente al otro y que en definitiva lleva a la conclusión que el tipo de mayor relievancia jurídica y mayor riqueza descriptiva es el aplicable pues subsume o absorbe al de menor jerarquía.

Este principio, al igual que los otros, como ya se decía, no está expresamente declarado por la ley, pero sí aparece ínsito en la misma y debe deducirse de la interpretación racional del principio latino antes transcrito, que impide que la misma circunstancia—indefensión y privación de la libertad de la víctima— pudiera ser considerada dos veces para hacer más gravosa la situación del procesado, por una evidente intensificación punitiva.

Al decir de un conocido autor italiano el principio de la consunción presupone generalmente una actividad compleja, que se desarrolla sucesivamente en el tiempo, viola una pluralidad de normas, una de las cuales está contenida en la otra; pero esta complejidad de acciones, violatoria cada una de ellas de la ley es única en su estructura jurídica, para efectos de su aplicación.

La consunción, entonces es la íntima unión que existe entre los varios aspectos de la conducta que se juzga, y que simultáneamente encaja en diversos tipos penales, pero todas estas conductas sucesivas están orientadas hacia una meta única, razón que justifica su unidad de aplicación jurídica y para evitar incurrir en la violación del principio citado, se recurre a la adecuación de la norma que contiene una mayor riqueza descriptiva y que incluye, subsume o consume al tipo de estructura más simple.

El fenómeno de la consunción como una solución a la problemática del concurso aparente de tipos se puede dar entre tipos autónomos que tutelan bienes jurídicos diversos, cuando existe una evidente relación de causa a efecto, de medio a fin, o cuando uno de los tipos es calificado por una circunstancia modal, que por sí misma integra la conducta descrita en el otro tipo y es el caso que se analiza, porque es evidente que al colocar en indefensión a la víctima como actividad comportamental del delito de hurto (Num. 2º, Art. 350) esta circunstancia calificatoria, por sí misma integra la conducta descrita en el delito de secuestro simple, puesto que es una clara e injusta privación de la libertad y en este caso concreto es lógico concluir que la segunda conducta es subsumida por la primera, porque al pretenderse un concurso ideal de delitos, se estaría violando la prohibición que impide que una circunstancia sea tenida en cuenta varias veces para hacer más gravosa la situación del procesado.

Está perfectamente establecido que la inmovilización a que fueron sometidas las víctimas del delito contra el patrimonio económico, era circunstancia modal del delito de hurto calificado, absolutamente necesaria, para garantizar no sólo el éxito de la actividad delictiva, sino para asegurar la impunidad, a través de una fuga sin persecutores que pudieran llegar a ser avisados por las propias víctimas si no se las colocaba en la situación de indefensión a que fueron sometidas.

Establecidos los hechos y razones anteriores ha de concluirse que efectivamente se presentó una violación de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 269 del Código Penal que tipifica el delito de secuestro simple y que se origina precisamente en el error del fallador con relación a la norma seleccionada para ser aplicada al caso concreto, es decir un defecto en el proceso de adecuación típica, que lo lleva a considerar un elemento fáctico de los hechos investigados y que hace parte de la estructura típica del delito contra el patrimonio, para aplicarlo indebidamente a otro tipo penal, que es excluyente del primeramente enunciado, y que por su propia naturaleza son incompatibles para ser aplicados simultáneamente como ya se demostró.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, la Corte casa la sentencia impugnada por haber aplicado indebidamente una norma sustancial, concretamente el artículo 269 y como consecuencia de la resolución, la Sala procederá a dictar el fallo que deba reemplazarlo.

La tasación de la pena que hicieron los funcionarios de instancia fue correcta para el hurto (36 meses de prisión) puesto que se tuvieron en cuenta la pena de la modalidad calificada más el aumento por los agravantes.

Al hacerse un aumento de dos meses por el concurso con el secuestro simple, y ahora absolverse por el mismo, lo lógico es que se disminuya ese aumento punitivo para que quede la penalidad definitiva en 36 meses, las accesorias de rigor y el pago en abstracto de los perjuicios.

Con base en lo considerado con anterioridad, 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:

Primero. Casar parcialmente el fallo impugnado.

Segundo. Condenar al procesado a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión como responsable del delito de hurto calificado y agravado por el que fue llamado a juicio (Art. 350, Num. 2°; 351, Num. 10, en concordancia con el Art. 372 del C. P.).

Tercero. Absolverlo por el delito de secuestro simple.

Cuarto. Condenarlo a la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y al resarcimiento de

los perjuicios materiales y morales ocasionados con el delito, condenación que se hace en abstracto por no haberse avaluado a los mismos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

INDULTO

De acuerdo con la Ley 49 de 1985 el Presidente puede conceder el indulto, los Magistrados de los tribunales en primera instancia y la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia la cesación de procedimiento o el auto inhibitorio y los jueces al formularse la denuncia, en los delitos de rebelión, sedición y asonada y en los comunes, cuando se pruebe la conexidad con aquéllos.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda.

Aprobado: Acta número 55.

Bogotá, D. E., 4 de junio de 1986.

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá en auto del 18 de diciembre de 1985 negó la cesación de procedimiento solicitada por el apoderado del acusado en este asunto Luis Gilberto Gasca Silva. Se propuso el recurso de apelación para ante la Corte Suprema de Justicia y corresponde a la Sala resolverlo.

RESULTANDOS

El examen del proceso enseña lo siguiente:

1. El 2 de noviembre de 1983 en una casa del norte de Bogotá fueron capturados por la policía los ciudadanos Luis Gilberto Gasca Silva, Gonzalo Córdoba Nieto y Bernardo Reyes Rojas, a quienes se les encontraron: una carabina M-2, calibre punto 30, número 409265, con dos proveedores; una escopeta calibre 12 de dos cañones de fabricación española; un revólver Smith & Wesson, calibre 38 largo, número 20D9541; y, municiones. En el informe de folios 8 a 10 del expediente se da cuenta que también fueron decomisados una camioneta Renault 12, en la que las tres personas arriba

mencionadas se transportaban el día de la captura, un cheque por \$ 10.000.00 a nombre de Elvano Vargas, una cartera con \$ 149.650.00 y tres hojas de papel, dos correspondientes a "Balance de cuentas" y una relativa a "implementos para los radios" (Fls. 8 a 13).

- 2. En el interrogatorio a que fueron sometidos los señores Gasca, Córdoba y Reyes por parte de las autoridades de policía, al día siguiente de la captura, los dos primeros aceptaron francamente pertenecer a las llamadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia "Farc" y el último explicó que el señor Elvano Vargas le pidió el favor de manejar el vehículo arriba descrito para llevar a Gasca y Córdoba al aeropuerto de Guaimaral, cercano a Bogotá, para tomar un avión con destino a la Comisaría del Guaviare.
- 3. El 7 de noviembre fue capturado el ciudadano Faustino Moreno Pinzón, Sargento retirado de la Policía, a quien Gasca señaló como la persona que en dos ocasiones le había vendido armas. En el momento de la aprehensión y en el vehículo que conducía se encontraron: una subametralladora, Gerstal Belgique, calibre 9 mm., número 11679; una carabina M-2, calibre 90 mm., número 327233; una pistola marca Walker, calibre 7.65, número 263614; proveedores para diversas armas, cargadores y proyectiles. (Fls. 38 y 39).
- 4. Tanto en los dos informes citados como en el del folio 515, se estima que las dos carabinas M-2 calibre 30 como la subametralladora Gerstal Belgique, calibre 90 (sic) mm., ''...son de uso privativo de las Fuerzas Militares...'' (Fl. 511).
- 5. Los hechos de que se ha dado cuenta están contemplados como delito en el artículo 202 del Código Penal, modificado por el 7º de la Ley 35 de 1982, bajo la denominación de "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas" y para noviembre de 1983 su conocimiento correspondía a los Juzgados Penales del Circuito.
 - 6. En cuanto a la actuación procesal se tiene:

Los capturados Gasca, Córdoba, Reyes y Moreno y la señora Araminta Duarte de Ortiz, esposa de Jaime Ortiz, Almacenista de Armamento de la Policía, y de quien dijo Moreno haber recibido armas, rindieron indagatoria y se les dictó auto de detención por el delito indicado en el numeral anterior en proveído del 12 de noviembre de 1983 (Fls. 162 y ss.).

Con motivo de la expedición de la Ley 2ª de 1984 se les concedió la libertad bajo fianza a los acusados, en auto del 26 de enero de 1984.

En relación con el ciudadano Bernardo Reyes Rojas se ordenó la cesación de todo procedimiento, por haberse demostrado su ninguna vinculación con las actividades de los demás acusados. (Fls. 462 y ss.).

Una vez los procesados obtuvieron la libertad, muy pocas diligencias se practicaron y en más de dos años no se ha logrado siquiera la clausura de la investigación para calificar el mérito del sumario.

El Juez del conocimiento deberá en el más breve plazo dar por terminada la etapa investigativa y adoptar la decisión de fondo que corresponda.

Considerandos

En escrito de septiembre de 1985 el apoderado del acusado Luis Gilberto Gasca Silva solicitó la cesación de todo procedimiento en su condición por tener derecho al indulto consagrado en la Ley 49 del año pasado. Al efecto arguye que desde las primeras diligencias investigativas se estableció que su poderdante pertenecía al movimiento denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, él lo aceptó y agregó que el arma que se le había decomisado estaba destinada a dicha agrupación. La Sala estima que habrá de accederse a la solicitud formulada por el apoderado de Gasca Silva. En efecto:

1. El Jefe de la Sección de Inteligencia de la Policía Nacional en informe del 3 de noviembre de 1983 da cuenta que Gasca Silva, alias "Aladino", desde el año de 1970 pertenece a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, primer frente, que opera en San José del Guaviare, y agrega que también actuó en los Departamentos del Cauca y Meta. (Fls. 14 y 15).

El mismo oficial reitera las informaciones en su comunicación del 9 de noviembre y precisa que Gasca llegó a Bogotá a finales de octubre de 1983 y se siguieron sus pasos, porque venía a proveerse de armas y elementos para la guerrilla. El primero de noviembre establecieron que con otras personas pretendía viajar al Guaviare posiblemente llevando armas y fue capturado (Fls. 111 y ss.).

Gasca al ser interrogado en la Dirección de la Policía Judicial emitió que la carabina M-2, calibre 30, que fue decomisada por la autoridad cuando se encontraba en el inmueble demarcado con el número 174A-21 de la carrera 49 de esta ciudad, la había comprado a "un señor Faustino" por \$ 140.000.00 y que estaba destinada a "...entregársela a la gente que está con nosotros o sea a los guerrilleros y se utiliza para las diferentes actividades que el grupo organiza..." (Fls. 50 y 51).

En la diligencia de indagatoria rendida ante el funcionario de instrucción, el acusado Gasca, una vez más, dijo "...ser parte de las guerrillas..." admitió que la carabina decomisada le pertenecía y la adquirió con dinero suministrado por el comandante "Arnulfo". Afirmó que ese día pretendían viajar al Guaviare con Gonzalo Córdoba, quien portaba los \$ 140.000.00 que decomisó la autoridad. Repitió estar vinculado a la guerrilla y ser conocido con el nombre de "Aladino". Agregó que las demás armas decomisadas pertenecían a su cuñado Elvano Vargas. En cuanto al documento del folio 13, sostuvo que se trataba de elementos que debía adquirir y no lo logró porque no conocía Bogotá y por tanto no sabía en qué sitio podía comprarlos.

El acusado Gonzalo Córdoba, a pesar de las reticencias de su indagatoria, admitió que su compañero Gasca asumió "la responsabilidad" de la carabina; que lo iba a acompañar a un viaje sin precisar el lugar; negó pertenecer a movimientos guerrilleros; admitió que se dedicaba a la instrucción política y que portaba el dinero que fue decomisado, porque Gasca se lo entregó en el vehículo en el cual se transportaban (Fls. 81 y ss.).

- 2. Lo hasta aquí expuesto permite a la Sala concluir que resulta indudable, que Luis Alberto Gasca Silva pertenecía a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia "Farc" para noviembre de 1983, movimiento que pretende alcanzar el poder político mediante las armas, que en el momento de ser capturado se le decomisó un arma de uso exclusivo de las Fuerzas Militares y que las actividades le reconocen actividad guerrillera permanente en diversos lugares del país.
- 3. La Ley 49 de 1985 extiende el indulto a los delitos conexos con la rebelión, la sedición y la asonada, "...por haber sido cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos y ocultarlos...". Y en cuanto a la prueba de "conexidad", la citada ley dispone que se podrán demostrar, entre otros elementos de convicción, con "las piezas que obren en el respectivo expediente".

En el proceso en estudio varias diligencias e informes oficiales prueban, en forma indiscutible, la relación o conexidad de las actividades del acusado Luis Gilberto Gasca con la rebelión. En efecto:

Las autoridades dan cuenta que dicho acusado pertenece de años atrás a las FARC, ha desempeñado cargos directivos, ha actuado en varios lugares del territorio nacional y viaja con frecuencia a Bogotá con el fin de adquirir armas y elementos para su agrupación. Y, evidentemente, cuando fue capturado se le encontró una carabina de uso privativo de las Fuerzas Militares, admitió en su indagatoria tener conexiones en Bogotá para adquirir armas y señaló a Faustino Moreno como la persona que las vendía y a quien al momento de privársele de la libertad, se le hallaron en su vehículo una subametralladora, una carabina, proveedores y cargadores, armamento propio del Ejército.

La ley de indulto, con los elementos de prueba que se acaban de examinar, permite establecer la relación del delito por el cual se procede contra el peticionario Gasca Silva y la rebelión. Es evidente esa conexidad cuando se trata del ilícito contemplado en el artículo 202 del Código Penal, modificado por el 7º de la Ley 35 de 1982, porque la rebelión consiste, precisamente, en el empleo de las armas para derrocar al Gobierno legítimamente constituido, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente.

A riesgo de abundar se recuerda que el procesado Gasca Silva explicó en su indagatoria que adquirió el arma con el dinero que le suministró uno de los comandantes de la agrupación, y que estaba destinada "…a la gente que está con nosotros o sea a los guerrilleros y se utiliza para las diversas actividades que el grupo organiza…" (Fls. 50 y 51).

4. El proveído recurrido en apelación y el concepto del Procurador Delegado ante la Sala niegan la solicitud de indulto, porque el peticionario afirmó que se encontraba en Bogotá en tratamiento médico. Infortunadamente ignoran los informes de las autoridades de policía sobre la participación de Gasca Silva en el movimiento subversivo ya varias veces mencionado, el arma que le encontraron, su indagatoria en la cual relata sus actividades en las FARC y el testimonio de Gonzalo Córdoba.

Estos elementos de convicción permitieron a la Fiscal 11 del Tribunal concluir que sí existió relación entre el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y la rebelión. Para mayor abundamiento se destaca que el Gobierno Nacional ha aplicado el numeral 3º del artículo 1º de la ley en procesos en que no se comprometió por rebelión, sedición o asonada a los acusados. Así, en la Resolución número 251 del 10 de septiembre de 1985 en la que se concedió el indulto a Luis Esteban Ortiz G., condenado por porte de armas de uso exclusivo de las Fuerzas Militares, se lee:

"La sentencia condena al señor Ortiz Castillo como responsable del delito de porte ilegal de armas, infracción que se caracteriza, particularísimamente, por la circunstancia de que las armas sean de uso privativo de las Fuerzas Militares y no de defensa personal. Por su parte, el delito de rebelión contiene como uno de los elementos constitutivos la finalidad de derrocar al Gobierno Nacional, mediante el uso de armas, objetivo suficientemente reconocido como propósito de las FARC a cuyas filas el condenado confesó expresamente pertenecer. Surge entonces, como necesaria, la conclusión de que el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares que se le comprobó al señor Ortiz Castillo, no tenía objeto distinto del que constituye elemento esencial de la rebelión: ese porte de armas sumado a la afiliación a un grupo guerrillero, obligadamente integra una serie de hechos de íntima vinculación o conexidad, que es la figura contemplada en el ordinal 3º del artículo 1º de la Ley 49 de 1985, para que proceda el indulto...".

Por lo demás, la interpretación lógica es la de que la ley en cuestión produzca efectos jurídicos como contribución efectiva a la paz dando oportunidad a las personas condenadas o procesadas por determinados delitos para reintegrarse a la saciedad, mediante el reconocimiento del indulto por el señor Presidente de la República o la cesación de procedimiento o el auto inhibitorio, según el caso, por parte de los Tribunales Superiores, la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia y los Jueces al formularse denuncia.

La Ley 49 de 1985 autorizó al Presidente de la República para conceder indulto por los delitos de rebelión, sedición y asonada, estimados típicamente políticos, y los "conexos" con éstos por haberse cometido para facilitarlos, procurarlos, consumarlos y ocultarlos, con excepción de los ilícitos contemplados en el numeral 2º del artículo 1º.

¿Cómo se estabece "la conexidad" entre el delito común y la rebelión, la sedición o la asonada?

En primer lugar, en la sentencia cuando en ella se declara expresamente (numeral 3° , artículo 1°).

En segundo lugar, cuando no se ha reconocido en el fallo, el interesado en el indulto podrá pedir que se establezca teniendo en cuenta los elementos de convicción que menciona el numeral 3º en sus literales a, b y c.

En los procesos con sentencia ejecutoriada corresponde al Gobierno establecer esa relación (ya se vio que así lo ha hecho el Ejecutivo) y en los demás a las autoridades judiciales que cita el artículo 3º En consecuencia, es absolutamente obligatorio ocuparse de la conexidad para decidir las peticiones que se formulen con apoyo en la Ley 49 1985.

De esta manera se hace operante la ley. En cuanto al delito denominado "político", es preciso remitirse a los tres que expresamente señala el estatuto y demostrar su existencia o su esencia. Y en cuanto a los llamados por la doctrina "comunes", forzoso resulta establecer la "conexidad", la relación que puedan tener con aquél. El ponente en la Cámara de Representantes, luego de transcribir en su estudio el pensamiento de tratadistas colombianos de Derecho Penal sobre el tema de la conexidad, dijo: "Esta es la razón, honorables Representantes, por la cual en el proyecto se habla de delitos políticos y conexos con éstos, sin que esto implique que se estén rebasando las facultades constitucionales, ya que los delitos comunes conexos con los políticos, se han entendido siempre llegados a la suerte de estos últimos. ..". ("Anales del Congreso" número 55, pág. 724).

5. Basta lo expuesto para que la Sala concluya que se ha probado la conexidad entre el delito por el cual se vinculó a este proceso a Luis Gilberto Gasca y la rebelión. Así, es el caso de ordenar la cesación de todo procedimiento en su contra. La acción penal no puede continuarse, porque aquel ilícito corresponde a uno de los contemplados en el artículo 1º de la Ley 49 de 1985.

El peticionario está gozando de libertad provisional desde enero de 1984 (Fls. 38 y ss.). Deberá enterársele, por intermedio de su apoderado, que la cesación de procedimiento quedará sin efecto si fuere condenado por rebelión, sedición o asonada, conexos con éstos, secuestro o extorsión, dentro de los dos años siguientes a esta providencia (Art. 6º de la Ley).

Quedan a salvo las indemnizaciones de perjuicios causados a particulares por el delito a que se refiere la cesación de procedimiento (Art. 7º de la Ley).

Como Gasca Silva para gozar de la libertad provisional constituyó caución y sentó diligencia de compromiso (Fls. 338 y ss., 352 y 353), se ordenará la cancelación de dicha garantía y la entrega del valor a su apoderado quien tiene facultad para recibir (Fl. 193). Artículo 463 del Código de Procedimiento Penal.

No está por demás advertir que de acuerdo con el artículo 4º de la Ley, el interesado debe formular petición al respectivo Tribunal por sí mismo o por apoderado para que se declare la cesación de procedimiento. Así, la Sala en esta segunda instancia, no puede ocuparse de la situación jurídica de los demás acusados en este proceso.

En definitiva, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— en desacuerdo con la opinión del representante del Ministerio Público, dispone revocar el auto del 18 de diciembre de 1985 del Tribunal Superior de Bogotá dictado en este proceso y en su lugar declarar la cesación de todo procedimiento en contra de Luis Gilberto Gasca Silva, por los hechos investigados en este asunto.

Quedan a salvo las indemnizaciones de perjuicios causados a particulares por razón del delito que dio lugar a la cesación de procedimiento en este proceso.

Se ordena la cancelación de la caución constituida por Gasca Silva para gozar de la libertad provisional y la devolución a su apoderado. Se harán las advertencias a que alude la parte motiva, en cumplimiento del artículo 6º de la Ley 49 de 1985.

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

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

PENAS

Suspensión en el ejercicio de la profesión, arte u oficio.

Es pena principal la limitativa de la actividad profesional, arte u oficio em cuyo ejercicio se consumó el delito, para el responsable de homicidio culposo, el aplicarla como accesoria determina una violación directa de la ley.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado: Acta número 55.

Bogotá, D. E., 4 de junio de 1986.

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal, contra la sentencia de segunda instancia, proferida el veintitrés de julio del año de 1985 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que confirmó con modificaciones la del 4 de julio del mismo año, del Juzgado Cuarto Superior de esa ciudad, que condenó a Sigifredo Cañas Castaño, como responsable del delito de homicidio culposo (accidente de tránsito) en Hernán Tabares Cañón.

La sentencia de primera instancia impuso como pena principal al procesado la de veintiocho meses de prisión, lo condenó al pago de tres millones ochenta y tres mil pesos, por concepto de perjuicios ocasionados con la infracción, y como penas accesorias dedujo la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y la prohibición de consumir bebidas embriagantes durante un año.

En la sentencia se le negó al procesado el beneficio de la condena de ejecución condicional.

El Tribunal en la sentencia recurrida en casación, confirmó la pena principal privativa de la libertad, revocó la condena en concreto al pago de perjuicios, adicionó la sentencia del *a quo*, imponiendo como pena accesoria la prohibición de conducir automotores por el lapso de tres años y concedió al sentenciado la condena de ejecución condicional.

HECHOS

Así aparecen relacionados por el juez de la primera instancia:

"Los hechos investigados dentro del presente informativo, tuvieron ocurrencia en esta ciudad de Cali, el día 8 de junio de 1981, hacia las diez de la noche de esa fecha y en la calle 5ª con carrera 80 de la nomenclatura urbana actual de esta ciudad. A esa hora y en ese sitio, colisionaron la motocicleta marca Suzuki que era conducida por el señor Hernán Tabares Cañón y como consecuencia de dicha colisión se produjo la muerte del primero de los nombrados, quien padeció lesiones que fueron descritas por los señores médicos legistas en el acta de necropsia correspondiente, las cuales generaron su deceso" (Fl. 127).

Se agrega tan sólo a lo anterior, que se estableció en el proceso de manera plena, que el procesado Sigifredo Cañas conducía su vehículo en el momento de la colisión en contravía y en estado de embriaguez.

ACTUACIÓN PROCESAL

Agotada la etapa sumarial, el señor Juez Cuarto Superior de Cali, obrando en armonía con el concepto de su Fiscal colaborador, llamó a responder en juicio penal al procesado Sigifredo Cañas, como culpable del delito de homicidio en Hernán Tabares Cañón, en su modalidad de culposo.

Recurrida esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali, mediante auto del 19 de agosto del año de 1982.

El 23 de julio de 1983 se llevó a efecto la diligencia de audiencia pública que concluyó con un veredicto absolutorio por mayoría de votos.

Este veredicto fue declarado contrario a la evidencia de los hechos por el juez del conocimiento y su decisión fue confirmada por el Tribunal.

El 13 de mayo de 1985, se celebró la nueva audiencia pública y en esta oportunidad el Jurado emitió por unanimidad un veredicto afirmativo de la culpabilidad.

Se profirió la sentencia condenatoria, que fue confirmada por el Tribunal mediante providencia del 23 de julio de 1985, con las modificaciones anotadas.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Cali, solicita de la Corte la infirmación parcial del fallo, al amparo de la causal primera de ca-

sación (numeral 1º del Art. 580 del C. de P. P.). En el libelo se formulan a la sentencia los siguientes cargos:

- a) Por infracción directa, que hace consistir el impugnante en el hecho de que el juzgador omitió imponer al sentenciado como penas principales, la de multa y la de suspensión temporal en el ejercicio de la profesión, arte u oficio, que como tales contempla el artículo 329 del Código Penal;
- b) Por aplicación indebida de los artículos 42 y 58 del Código de Procedimiento Penal al "...disponer como pena accesoria una medida que procedía como principal, cual era la privación del ejercicio de la profesión del procesado y en cuya actividad se había agotado el hecho punible...".

Considera el recurrente, que la Corte debe proferir fallo estimatorio, casando parcialmente la sentencia para imponer al procesado las penas en la forma y medida que señala la ley sustancial.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se abstuvo en el término de traslado de rigor, de hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

LA CORTE CONSIDERA

Los cargos que presenta el censor, están dirigidos a establecer que el fallador violó de manera directa la ley sustancial en el momento de hacer la aplicación de la pena. En este sentido se acoge a la causal primera de casación que consagra el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Se incurre en esta causal de casación por falta de aplicación de la ley o por exclusión evidente, cuando existe por el juzgador un desconocimiento de la norma que regula una determinada situación jurídica y que debiendo ser aplicada a un caso concreto se omitió o se aplica sólo parcialmente.

Enseña la Corte: "...que en la exclusión evidente de ordinario llamada falta de aplicación, el error del fallador recae sobre la existencia o validez en el tiempo o en el espacio de la norma sustancial que se aplica o que se deja de aplicar, esto es, que en el primer evento la regla legal que se aplica no tiene existencia jurídica y en el segundo tiene plena existencia jurídica, pero se la desconoce o se le niega esa connotación. También ocurre cuando el juzgador deja de aplicar el precepto que corresponde, porque objetiva o subjetivamente lo ignora, no sabe o no quiere saber de su existencia" (Corte Suprema, sentencia del 20 de febrero de 1985).

Siguiendo estas orientaciones, es indudable que la impugnación en el caso que se examina, está encaminada a prosperar porque los argumentos del recurrente resultan válidos a la luz de la realidad procesal y del derecho. Como se verá en seguida, el Tribunal en la sentencia censurada, aplicó la ley de manera incompleta, o lo que es lo mismo, dejó de aplicar en su integridad la norma que sanciona el hecho punible objeto de juzgamiento, como lo es el artículo 329 del Código Penal.

En nuestro ordenamiento jurídico, las penas son en razón de su importancia: principales y accesorias.

Las primeras las debe imponer el juez mediante una sentencia de condena y como consecuencia del hecho punible.

Las segundas, subsiguen a las principales y suponen por tanto, la aplicación de una pena principal, salvo en el caso de que la ley considere que la pena accesoria deba aplicarse como principal en relación con determinadas conductas.

Según el Código Penal Colombiano, son penas principales por regla general, la prisión, el arresto y la multa (Art. 41 del C. P.).

Son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, la restricción domiciliaria, la pérdida del empleo público u oficial, la interdicción de derechos y funciones públicas, la prohibición de un arte, profesión u oficio, la suspensión de la patria potestad, la expulsión del territorio nacional para los extranjeros y la prohibición de consumir bebidas embriagantes (Art. 42 del C. P.).

El homicidio culposo está sancionado por el artículo 329 de nuestro Estatuto Penal en la siguiente forma:

"Artículo 329. Homicidio culposo. El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos a seis años, en multa de un mil a diez mil pesos y en suspensión de uno a cinco años en el ejercicio de la profesión, arte u oficio...".

Del tenor literal de la norma transcrita, se desprende sin esfuerzo alguno que al responsable de un homicidio culposo, se le debe imponer una sanción integrada por tres penas, todas ellas principales, pero de distinta naturaleza: Una privativa de la libertad, otra de carácter pecuniario y una tercera limitativa de la actividad profesional, arte u oficio en cuyo ejercicio se consumó el delito.

Estas tres penas debían aplicarse como principales en el caso que se examina, de acuerdo al querer del legislador, sin que le fuera permitido al juzgador imponer unas y omitir otras, a su arbitrio, o considerar unas como principales y otras como accesorias. El Tribunal sólo impuso al procesado en la sentencia, la pena privativa de la libertad, incurriendo en una manifiesta omisión en relación con las penas de multa y suspensión del ejercicio de la profesión, arte u oficio, que estaba obligado a aplicar por mandato expreso del artículo 329 del Código Penal.

Significa lo anterior, que el Tribunal incurrió en una clara violación directa de la ley, al omitir la aplicación integral de la norma que define el delito de homicidio culposo y le señala una pena.

Prospera la objeción.

Segundo cargo. Aplicación indebida.

Este cargo está intimamente vinculado con el anterior y es su natural consecuencia. Lo hace consistir el recurrente en que el juzgador impuso al sentenciado la pena de la prohibición del ejercicio de un arte, oficio o profesión como pena accesoria, cuando se imponía como principal, dando indebida aplicación al artículo 58 del Código Penal:

Es indudable, que cuando se consuma un hecho punible con el abuso en el ejercicio de una profesión, o contraviniendo las obligaciones que de este ejercicio se derivan, el juez puede imponer como pena accesoria al responsable, la prohibición de ejercer por cierto tiempo dicha actividad. Pero esta prohibición considerada como pena accesoria es incompatible con la suspensión en el ejercicio de la profesión, cuando ésta se impone como pena principal en el caso del artículo 329 del Código Penal, porque las dos sanciones producen en la práctica los mismos resultados y efectos y al aplicarse la principal, se hace innecesario tener en cuenta la accesoria. Proceder en sentido contrario equivaldría a aplicar dos veces la misma pena por el mismo hecho, con quebrantamiento del principio non bis in idem.

Prospera en consecuencia la objeción.

Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a casar parcialmente la sentencia y condenar a Sigifredo Cañas Castaño a la pena principal de multa por la cantidad de cinco mil pesos a favor del tesoro nacional y a la suspensión por un período de tres años en la actividad de conducir vehículos, sanciones éstas que se gradúan teniendo en cuenta la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y que el homicidio de que se trata se consumó en ejercicio de dicha actividad.

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

Resullve:

Casar parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, del 23 de julio de 1985 y como consecuencia, adicionar la sentencia en el sentido de condenar además a Sigifredo Cañas Castaño a la pena de multa por la cantidad de cinco mil pesos que pagará a favor del tesoro nacional y a la suspensión en la actividad de conducir vehículos por un término de tres (3) años, penas éstas que no quedan amparadas por la condena de ejecución condicional y cuyo cumplimiento se hace exigible.

Revocar la sentencia aludida, en cuanto impuso como pena accesoria: "...la privación en la conducción de vehículos por tres años...".

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

PREVARICATO

Delito instantáneo.

El estatuto actual prescindió del ingrediente subjetivo, bastándole la contrariedad del precepto legal que debía atenderse en el ejercicio de la función pública. Es, en consecuencia, un delito instantáneo que se perfecciona con la ejecución u omisión del acto que contiene la prevaricación.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Aprobado: Acta número 055.

Bogotá, D. E., 4 de junio de 1986.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de nueve (9) de julio de 1985, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la cual se condenó al doctor Jaime Vicente Morales Vargas a la pena principal de doce (12) meses de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad hasta por un período igual al de la pena principal, "como autor material y culpable del delito de prevaricato por omisión", cometido en su carácter de Juez Veintidós (22) Civil Municipal de esta capital.

El Ministerio Público, en primera y segunda instancia, conceptuó favorablemente sobre tal determinación.

HECHOS

Esta misma Corporación, cuando conoció del recurso de apelación interpuesto contra el auto de proceder, lo consignó así:

"Se acusa al doctor Jaime Vicente Morales Vargas, en su condición de Juez Veintidós Civil Municipal de Bogotá, de no haberse declarado impedido para conocer de un juicio de lanzamiento que cursaba en su Juzgado a pesar de que la demandada Adiela Ocampo de Ospina, de profesión abogada, contrajo matrimonio civil con el doctor Morales Vargas el 6 de noviembre de 1980, cuando el proceso se hallaba en su despacho".

RESULTANDOS

Así se determinaron en la oportunidad mencionada:

- "1. Está demostrado, con la fotocopia del juicio civil de lanzamiento, que Félix María Camargo solicitó judicialmente la desocupación del inmueble que habitaba la familia Ospina Ocampo, integrada por Guillermo Ospina Jiménez, su esposa Adiela Ocampo y sus hijas, el 11 de enero de 1979; la demanda se admitió en el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Bogotá el 24 de enero siguiente, siendo titular de ese despacho la doctora Mery Parga de Ospina. A partir del 24 de octubre de ese mismo año empezó a actuar el doctor Morales Vargas como Juez Veintidós Civil Municipal; desde entonces conoció de ese proceso, dentro del cual hizo diferentes pronunciamientos y practicó varias diligencias, hasta el día 4 de octubre de 1980 en que entró al despacho para resolver de fondo. Del 4 al 8 de noviembre siguiente el juez estuvo incapacitado por enfermedad; en su reemplazo fue nombrado el secretario Luis H. Santana. quien el 6 de noviembre, como juez encargado, decidió sobre el citado juicio de lanzamiento mediante providencia inhibitoria; entre tanto el titular del juzgado, doctor Morales Vargas se casaba en ciudad de Panamá precisamente ese día con la abogada Adiela Ocampo de Ospina, parte demandada en tal juicio. Reintegrado al juzgado después de la licencia, el procesado mediante auto del 24 de noviembre concedió la apelación interpuesta contra el fallo inhibitorio dictado en aquel juicio de lanzamiento; la decisión fue confirmada parcialmente por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito; posteriormente por auto del 10 de agosto de 1981 el entonces Juez Morales Vargas dispuso enviar de nuevo el proceso al superior para la liquidación de costas.
- "2. La abogada Adiela Ocampo reconoce que era parte demandada en juicio de lanzamiento que le había instaurado Félix María Camargo; señala que Morales Vargas conoció como Juez Veintidós Civil Municipal de ese proceso; que las relaciones procesales fueron normales; que en una reunión social en la que se encontró con el ex Juez Morales Vargas se contaron sus problemas sentimentales (ella, embarazada por su esposo que amenazaba repudiarla si nacía una niña y humillada por aquél con una amante a quien también había embarazado, y él dolido porque su novia se había casado con otro) y resolvieron entonces contraer matrimonio con el compromiso de que Morales Vargas reconocería a la criatura que naciera; que poco después viajaron a Panamá donde se casaron civilmente, y que el juicio de lanzamiento lo falló persona distinta de Morales Vargas.
- "3. El procesado declara en forma semejante: admite que era juez de la causa adelantada a la abogada Adiela Ocampo, a la que daba el trato

propio de las partes; que casualmente se encontraron en una reunión, durante la cual se hicieron confidencias sobre sus vidas sentimentales; que de esa conversación surgió la idea del matrimonio; que lo convinieron y luego realizaron ocho o diez días después, el 6 de noviembre de 1980, mientras estaba incapacitado por enfermedad; que durante ese lapso lo reemplazó en el Juzgado su secretario Santana Reyes, quien dictó el fallo inhibitorio dentro del juicio de lanzamiento de Adiela Ocampo; que cuando se reintegró al despacho el asunto ya estaba resuelto y por eso consideró que no había lugar a impedimento alguno.

- "4. La calidad de juez con que actuó el procesado durante los hechos que se investigan está debidamente acreditada.
- "5. El Tribunal considera que los datos aportados al expediente permiten aseverar que el procesado cometió delito de prevaricato por omisión al no haberse declarado impedido para seguir conociendo del juicio en que actuaba como parte demandada Adiela Ocampo, con quien contrajo matrimonio cuando el proceso en cuestión aún se hallaba en su despacho y con quien debió tener relaciones afectivas previas al matrimonio.
- "6. Hubo un salvamento de voto en esta decisión; su fundamento es el de que debe creerse la versión del procesado, conforme a la cual su decisión de casarse con Adiela Ocampo fue intempestiva y no estuvo precedida de noviazgo, por lo que antes del matrimonio no hubo amistad intima con aquélla y después de él ya no había juicio, porque terminó con la sentencia inhibitoria dictada por el juez encargado Santana Reyes.
- "7. El señor defensor del procesado solicita revocar el auto apelado y en su lugar sobreseerlo definitivamente, pues a su juicio la omisión de declararse impedido en un proceso no es delito, sino eventualmente falta disciplinaria, a menos que aquélla genere situación procesal perjudicial para las partes y gravemente contraria a la ley, lo que no ocurrió en este caso.
- "8. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal opina que debe confirmarse el llamamiento a juicio proferido a Morales Vargas, pues estando obligado a declararse impedido para actuar en el juicio en que era parte demandada Adiela Ocampo en razón de su relación afectiva con ella, que culminó en matrimonio, no lo hizo con violación de un deber que configura delito de prevaricato".

En la etapa de la causa no se practicó prueba alguna. Y, en la audiencia pública, el Fiscal solicitó sentencia condenatoria, en tanto que el defensor abogó por la absolución de su cliente. Sus razonamientos están encaminados a criticar el pronunciamiento del Tribunal, sin dedicarle ningún comentario a los análisis de la Corte, como si aquél no hubiera sido apelado y confirmado. Así es como sostiene que, el Tribunal, está presumiendo el dolo; y habla extensamente sobre el elemento "a sabiendas" del prevaricato tipificado en el Código del 36 y sobre el ingrediente subjetivo, "referido a la calidad y naturaleza de los motivos impulsores de la conducta que se califica como prevaricadora y que no son otros que los de la 'simpatía' hacia una de las partes", haciendo

hincapié en su inadecuado tratamiento. Y, como la misma instancia lo dice: "Resaltó que a más de la objetividad y la calidad del agente, es menester para que se configure el prevaricato que la omisión del acto propio de las funciones, no sólo se rija por la conducta voluntaria y consciente que conlleva al dolo genérico, sino también especialmente determinado por el sentimiento de simpatía a la demandada que en su sentir constituye el dolo específico, reiterando que ni el uno ni el otro aparecen demostrados y en consecuencia que no hay lugar a predicar tal punible frente a la conducta de su defendido. Hizo algunos interrogantes sobre situaciones en que el funcionario no se declara impedido, diciendo que las partes tienen la facultad de recusarlo, sin que sea admisible jurídicamente que si éstas no lo hacen, el juez al producir una decisión jurisdiccional ha prevaricado. Remató su intervención solicitando la absolución del encausado Morales Vargas, sosteniendo que, la conducta de éste, no encaja en la descripción del artículo 168 del Código Penal de 1936, e insistiendo que existen inmensos vacíos con respecto al dolo, de manera que impiden la estructuración del prevaricato atribuido".

RAZONES DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Para que se tipifique el prevaricato por omisión se exige:

- "a) Sujeto activo calificado, en la medida en que debe ostentar la calidad de empleado público, aspecto que en el caso sub examine se encuentra eficazmente demostrado, a través de copias auténticas de los decretos de nombramiento, de confirmación y acta de posesión del Juez Morales Vargas, como titular del Juzgado Veintidós Civil Municipal de esta capital;
- "b) De otro lado, que la conducta recaiga sobre un acto propio de sus funciones como empleado público, entendida la exigencia en que, a ese sujeto activo, le está asignada la realización de esa actuación o comportamiento conforme a un precepto legal.
- "No hay duda, de ahí que aun la misma defensa lo admita llanamente, que al presentarse una causal de recusación de las taxativamente señaladas en el artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, constituye imperativo legal para el funcionario en quien concurra su manifestación de impedimento, vale decir, emitir acto jurisdiccional con fundamento en el artículo 141 ibidem, propio de sus funciones:
- "c) Que ese sujeto activo calificado omita, rehúse, retarde o deniegue el estricto cumplimiento de esa actuación funcional. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el entonces Juez Civil Morales Vargas, omitió cumplir con el deber legal que le imponía la norma en referencia, pues no sólo ante la amistad íntima en relación con la demandada Adiela Ocampo, desde que se comprometió en matrimonio civil, lo obligaba la causal 9ª, sino también a partir del momento en que reinició el conocimiento del proceso civil, una vez celebrado el contrato matrimonial, según la causal 3ª de la norma atrás inserta.
- "Habida cuenta que por favorabilidad, tiene en este caso aplicación ultraactiva el Código Penal de 1936, artículo 168, se requiere además, que

esa omisión hubiese tenido como causa la simpatía o animadversión hacia alguna de las partes trabadas en litis.

"Si se sabe con certeza que Adiela Ocampo fue inicialmente novia del aquí procesado y posteriormente su esposa por lo civil, en lapsos en que éste conoció del juicio de lanzamiento que contra ella cursaba en el despacho a su cargo, irrefragablemente es necesario colegir que ese comportamiento de omisión de declararse impedido fue por afecto hacia ella, por simpatía".

Para el funcionario acusado "era un imperativo legal manifestar el impedimento y separarse del conocimiento del proceso, sin que pueda admitirse que la actuación de un tercero tendiente a obtener la separación del mismo en el conocimiento del asunto, borre una conducta omisiva que encuentra pleno adecuamiento en una norma".

··...

"B) Indiscutiblemente el aquí procesado al omitir su declaratoria de impedimento, por una u otra de las causales que le imponía la ley adjetiva civil, actuó con conciencia de que incumplía un deber legal, que al comportarse de tal manera hacia la demandada Adiela Ocampo, calzaba su actitud en una conducta típica de prevaricato por omisión, que lesionaba el interés jurídico de garantía de imparcialidad en la función pública a él encargada de cumplir como juez de la República, y ese daño a la administración lo realizó sin derecho alguno, sin justificación, entonces aquí surge la antijuridicidad de su conducta.

"...

"El ilustre defensor también asevera que no ha sido demostrado el daño o lesión a la administración pública, olvidando que en hipótesis como ésta la lesión es instantánea al realizar la conducta omisiva, como que lo que interesa al legislador es la garantía de neutralidad en las funciones de sus agentes, y que se vulnera ese bien jurídico, cuando éstos incumplen los deberes señalados por la Constitución y las leyes. Además, el mismo hecho de haber formulado Sabogal Cifuentes la denuncia base de este protocolo penal, deja notar muy a las claras que tanto él, como la parte demandada en el lanzamiento, soportaron un daño al interés jurídicamente protegido.

٠٠...

"No es como lo afirma la defensa, que frente al comportamiento delictivo del procesado Morales Vargas, se estableció la culpabilidad suponiendo simplemente esa capacidad penal (imputabilidad), sino que atendida su normalidad psicofísica se dedujo que estaba en perfectas condiciones de conocer y entender la ilicitud de su comportamiento omisivo y que era capaz de orientar su conducta de manera que no se comprometiera frente a la ley penal, por modo que se imponía la conclusión de que con conocimiento de que enmarcaba su comportamiento omisivo en una norma penal: prevaricato por omisión, y que sabía que con esa omisión causaba daño a la administración pública al apartarse de ese deber de proteger la garantía de imparcialidad, y que ninguna justifi-

cación lo facultaba para proferir esa lesión; voluntaria y concientemente incumplió ese deber, debiendo y pudiendo actuar en forma diversa.

"Así mismo se plantea y concluye en esta oportunidad, añadiendo que la culpabilidad que se le deduce a título de dolo tiene irrefutable asidero probatorio, si se sabe que siendo profesional del derecho y en su condición de juez de la República, era de su conocimiento la existencia de las causales de recusación que lo obligan a separarse del juicio de lanzamiento por impedimento, que éste le era imperativo, que al incumplir esa obligación legal por simpatía a la demandada incurrió en una conducta de prevaricato, siendo que estaba en capacidad de actuar en forma distinta".

CONCEPTO DE LA DELEGADA

- "En cuanto al caso sub examine, se consumó con la sola 'omisión' a sabiendas de declarar el impedimento que lo cobijaba para seguir conociendo del negocio —amistad intima—, que desembocó en matrimonio, conforme se encuentra fehacientemente probado en autos.
 - "Al respecto ha dicho la honorable Corte:
- "En sentido general y amplio, el delito de prevaricato puede definirse diciendo que es la transgresión de la ley, llevada a efecto con actos de acción u omisión, por un funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones y por causa de éstas. En otros términos, hay delito de prevaricato cuando se falta a sabiendas y deliberadamente a los deberes que impone el normal desempeño de un cargo público o se viola el juramento prestado de cumplir con los dictados de la ley".
- "...Comete delito el Juez o Magistrado que no se abstiene de conocer un juicio determinado cuando en él concurren algunos de los motivos previstos por el Código Judicial, como causales de impedimento y de recusación y no se les ha prorrogado la jurisdicción, porque incurre en la omisión de un acto a que legalmente estaba obligado".

Breves consideraciones de la Sala

- 1. Cuando se conoció del recurso de apelación, interpuesto contra el auto de llamamiento a juicio, esta misma Corporación, entre otras cosas, aseveró:
- "Ha de precisarse, ante todo, que el prevaricato atribuible al procesado no es el descrito en el artículo 150 del Código Penal hoy vigente—como lo señala equivocadamente el Tribunal—, sino el previsto en el artículo 168 del Código Penal de 1936, no solamente porque el hecho que se le imputa ocurrió mientras regía este último estatuto (entre octubre de 1980 y noviembre del mismo año), sino porque es más favorable la aplicación de la norma punitiva de dicho Código, en cuanto el prevaricato omisivo de la legislación precedente exige un ingrediente subjetivo no señalado en la actual ("por simpatía o animadversión a cualquier interesado") y la norma de la codificación vigente agrega pena accesoria

de interdicción de derechos y funciones públicas hasta por cinco años, no prevista en el artículo 168, inciso 2º del código anterior.

- "2. Entre las conductas alternativamente descritas como forma omisiva de prevaricato por el inciso 2º del artículo 168 del Código Penal de 1936, está la del funcionario o empleado público que omita un acto propio de sus funciones, por simpatía o animadversión a cualquier interesado. Pues bien, conforme a lo dispuesto por el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil 'los magistrados, jueces y conjueces en quienes concurra alguna causal de recusación, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella'. No se consagra aquí, como resulta fácil advertirlo, una facultad judicial sino una perentoria obligación exigible desde el momento mismo en que el respectivo funcionario advierta la existencia de una causal de recusación de las señaladas en el artículo 142 del mismo código. La omisión de dicha obligación legal no configura siempre una mera falta disciplinaria como equivocadamente lo afirma la defensa, sino comportamiento subsumible en el tipo de prevaricato por omisión, particularmente respecto de aquellas causales de impedimento que siendo de carácter objetivo (matrimonio, parentesco, guarda), exigen inmediato pronunciamiento del Juez o Magistrado en quien concurran; de no hacerlo así —advertida la respectiva causal—, el funcionario estaría incumpliendo un acto propio de sus funciones como lo señalan tanto el inciso segundo del artículo 168 del Código Penal anterior, como el 150 de la actual codificación: v si el actor hace lo contrario de lo que debe hacer, o más exactamente, si deja de hacer aquello que está jurídicamente obligado a hacer, su omisión no puede menos que considerarse como ilegal.
- "3. El procesado —admitiendo su versión de los hechos—, decidió contraer matrimonio con Adiela Ocampo, parte demandada en juicio de lanzamiento que se venía tramitando en el juzgado del que era titular, unos diez días antes de la fecha en que ello ocurrió (6 de noviembre de 1980), cuando en su despacho se hallaba para decisión de fondo desde el 24 de octubre anterior el mencionado juicio; y una vez contraído el citado matrimonio y reintegrado al juzgado, siguió conociendo del asunto. pues profirió varios autos. Antes de su matrimonio -así fuese durante el breve lapso de diez días que según él mediaron entre el acuerdo matrimonial y la celebración de dicha ceremonia—, era indudable la relación afectiva con Adiela Ocampo, que no podía menos de calificarse como amistad intima; y después del citado matrimonio surgió el estado conyugal; la primera de tales situaciones está prevista por el numeral 9º del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil como causal de recusación, y la segunda de igual manera en el numeral 3º de la misma norma; y sin embargo, el procesado incumplió la perentoria obligación de declararse impedido antes o después de celebrado el contrato matrimonial; y como la parte demandada en el juicio precitado fue primero su novia y luego su esposa, lógico resulta deducir que aquella omisión fue fruto de simpatía hacia Adiela Ocampo; no podría entenderse de otra manera la relación sentimental que los ligaba.
- "4. Dice el procesado que no se declaró impedido antes del matrimonio con Adiela Ocampo, porque siendo éste intempestivo no hubo previa

amistad intima con ella, ni después porque al regresar de Panamá encontró que ya se había fallado el juicio en cuestión. Respóndese a lo primero, como ya se advirtió, que aun aceptando su poco creíble relato, dispuso de un término de diez días (entre el acuerdo matrimonial y la celebración del contrato) para cumplir con su obligación de declararse impedido, máxime si se tiene en cuenta que durante ese lapso el expediente se encontraba en su despacho para decidir; y a lo segundo, que aún considerando como fortuito el hecho (bastante comprometedor) de que durante el muy breve período de su ausencia (cinco días), su secretario como juez encargado falló precisamente con decisión inhibitoria, y por lo mismo, favorable a la demandada Adiela Ocampo, el mentado juicio de lanzamiento, éste no había concluido porque contra tal sentencia se interpuso recurso de apelación que el procesado —casado ya con la demandada—, resolvió positivamente mediante auto del 24 de noviembre de 1980. Y no es posible suponer que Morales Vargas, abogado y juez, ignorase que una sentencia no da fin al proceso mientras no se halle ejecutoriada.

- "5. Con tal comportamiento el procesado vulneró sin derecho alguno el interés jurídico de la administración pública referido en este caso a la garantía de imparcialidad que debe rodear las actuaciones judiciales; y lo hizo, como ya se advirtió, con conocimiento de su típica ilicitud, pues conocía como juez su deber ineludible e impostergable de declararse impedido en el juicio de la referencia, pese a lo cual decidió voluntaria y concientemente omitir el cumplimiento de aquella obligación legal".
- 2. Lo transcrito conserva, en un todo, su vigencia porque, como ya se dijo, en la etapa de la causa no se practicaron pruebas de ninguna especie, ni hay válidos motivos para una diferente revaloración conceptual de la conducta juzgada. Con todo, por lo afirmado en los alegatos presentados, conviene destacar lo siguiente:
- a) La instantaneidad que el Juez Morales Vargas trata de imponer en punto de vínculos amorosos y celebración del matrimonio ("...la determinación y las relaciones con ella fueron ocho o diez días antes de la realización del matrimonio o antes de decidir casarme, pues con ella no había tenido ninguna relación afectiva anteriormente, escasamente la distinguía...''), no es de recibo. Hay que aceptar, no sólo por la naturaleza de los propios hechos, sino por las comprobaciones existentes, que la causal impeditiva de la amistad intima había surgido y tomado cuerpo desde buen tiempo atrás. A Henry Zárate le comunicó la especial atracción física y espiritual que sobre él ejercía Adiela Ocampo de Ospina, desde el mes de septiembre de 1980; el 27 de octubre del mismo año, obtuvo la expedición del pasaporte, lo cual demuestra su intención de viajar al exterior, como efectivamente lo hizo, para contraer matrimonio civil en Panamá; y el 24 de marzo de 1981, en la Notaría Trece, reconoció como hija suya y de Adiela Ocampo, a la niña Johanna Catalina, nacida el 22 de diciembre de 1980, no obstante haber sido concebida durante el matrimonio de aquélla con Guillermo Ospina. Esta última circunstancia le valió, al momento de confirmarse el llamamiento a juicio, una investigación por el presunto delito de falsedad en documentos, y puede interpretarse, máxime cuando se advierte lo forzado y acomodaticio de las

explicaciones de Morales Vargas y de la Ocampo de Ospina, en un sentido más profundo, denotador de los estrechos vínculos de amor que les unía desde meses atrás;

b) Lo anotado indica, y así se destacó acertadamente en el auto de cargos y en la sentencia de primera instancia, que mediaba serio fundamento para que Morales Vargas se declarase impedido para actuar en el proceso de lanzamiento promovido contra Adiela Ocampo de Ospina. Y en esta primera etapa, cuando la contraparte ignoraba hasta dónde había calado la intensidad de las relaciones afectivas, situación que hechos posteriores vinieron a evidenciar, mal podía exigírsele que acudiera a la recusación para separarlo del conocimiento de ese proceso. Pero él sí sabía, y muy bien, las características de este impedimento y no desconocía, tampoco, la obligación legal de manifestarlo.

Pese a la realidad y entidad de este impedimento, destacado por la Sala en la confirmación del vocatorio a juicio, prefirió silenciarlo y continuó interviniendo. En las fotocopias del aludido proceso se advierte que desde octubre 24 de 1979, el Juez Morales Vargas intervino en el mismo y que si bien el inicial ejercicio de sus funciones puede mirarse como indiferente, no ocurre otro tanto con actuaciones suyas realizadas a partir del mes de junio de 1980.

Es así como se detecta cierto favorecimiento para la demandada, que bien puede advertirse en la generalizada protesta de haberse dilatado, en beneficio de aquélla, la tramitación del proceso, o en la recriminación del demandante, quien "por tercera o cuarta vez" solicita que no se oiga "en el futuro a la parte demandada y negar las peticiones que formule; inclusive, ordenar a la Secretaría se abstenga de recibir cualquier memorial que trate de presentar", petición aparentemente escuchada en el auto de 20 de agosto de 1980, que dispuso: "Teniendo en cuenta el informe secretarial ('...la parte demandada no ha realizado las consignaciones que adeuda hasta la fecha...'), se tiene por no presentado el recurso interpuesto por la parte demandada...", y también en el proveído de 1º de septiembre, por el cual no se accedió a tener en cuenta como parte de la exigida consignación las mejoras realizadas en el bien, como tampoco la Resolución 007 de la Alcaldía Mayor de Bogotá (agosto 12 de 1980), la misma que ordenaba a Nacianceno Bohórquez, devolver a Adiela Ocampo de Ospina, la suma de ciento cuatro mil pesos (\$ 104.000.00), "por mayor valor cobrado en cánones de arrendamiento de la casa ubicada en la carrera 17 Nº 57-50". Pero el afecto se impuso, a la postre, por vía procedimental diferente pero igualmente eficaz, ya que en auto de veintisiete de septiembre de mil novecientos ochenta, se resolvió: "Téngase como prueba oficiosa la copia de la Resolución número 007 y que obra a folios 64 y siguientes";

c) Constituye lógica deducción señalar que Adiela Ocampo de Ospina, gozaba de un miramiento especial en el Juzgado Veintidós Civil Municipal, en virtud de sus relaciones amorosas con el titular del mismo, que, a no dudarlo, no ignoraba su secretario, señor Luis H. Santana R. Nunca se quiso, a pesar de este real pero no manifiesto impedimento, propiciar que tal proceso de lanzamiento pasara a otro despacho. Y el propósito era de fácil percepción: evitar que la demanda pudiese recibir otra clase de

tratamiento. Resalta, en esta serie de favorecimientos, cómo la contradicción notoria de la ley (no declarar el impedimento), permitió a Morales Vargas, amparar visiblemente a Adiela Ocampo de Ospina, persona con la cual había iniciado una amistad íntima y a la cual posteriormente hizo su esposa, por matrimonio civil, sin que una y otra circunstancia le llevara a obedecer el mandato legal del impedimento y se sustrajera así al conocimiento de ese proceso. Indudablemente, y así lo destacó la Sala en antecedente y ya mencionada ocasión, que el fallo pronunciado por el juez encargado, señor Luis H. Santana R., Secretario del despacho, en los breves días en que su superior contraía nupeias en Panamá, pudo emitirse porque Morales Vargas retuvo el conocimiento de ese proceso, por la omisión de la excusa. Más adelante se indicarán algunas observaciones sobre esta sentencia, verdadero regalo de bodas del agradecido subalterno;

d) Hay aspectos bastante significativos y que concluyen por fortalecer las inferencias que llevan a no dudar de la conducta prevaricadora de Morales Vargas. A este respecto se anota: el motivo de la decisión no podía ser más simple ni de más expedita observación. Como no se había requerido la terminación del contrato de arrendamiento (pese a que se trataba de cesación en el pago) ni se había renunciado al mismo, la sentencia inhibitoria pudo evacuarse sin mayores demoras. Pero claro que la resolución de tal índole habría permitido a la contraparte cumplir con el requisito y reiniciar el proceso. Pero mientras no se tomase definición la demandada continuaba ocupando el inmueble y cada día, sin darse ese pronunciamiento, equivalía a ganar tiempo en ese disfrute de habitación. Además, los elementos probatorios que no podían allegarse al proceso por gestión directa de la demandada, ya que ésta no debía ser oída, se introducían al mismo por invocación de los poderes de oficio del juez. Y finalmente, el secretario, enterado de las relaciones entre Adiela Ocampo de Ospina y su jefe y por obra del impedimento acallado, estaba en óptimas condiciones para fallar ese juicio, en el breve término de ausencia del juez.

De una vez debe indicarse que, esta última situación, llevará a la Sala a ordenar que se expidan las copias del caso para investigar penalmente al juez encargado, señor Luis H. Santana R., máxime cuando la decisión no puede decirse que resultó del todo acertada, pues si bien la parte motiva revela coincidencia entre los fallos de primera y segunda instancia, la resolutiva sí es distinta y descubre la evidencia de un propósito de indebido amparo para con Adiela Ocampo. En efecto, dada la inexistencia de los requerimientos, correspondía, como lo hizo el Juzgado del Circuito, pronunciar una sentencia inhibitoria que dejase libre e intacta la futura reclamación, enmendándose el señalado yerro. Pero el muy acucioso juez encargado, señor Luis H. Santana R., quiso cerrar esta posibilidad y fue así como dietó fallo de mérito y acogió las alegaciones de la demandada. Es muy conveniente revisar, en esa investigación que se ordena, decisiones similares, para ver si éste fue el único caso en que se abandonó, por tales motivos, el fallo de inhibición;

e) Ya cuando surgió otra causal de impedimento, todavía más grave, más evidente, más incontrovertible, cual era la situación de ser cónyuge de Adiela Ocampo, el Juez Morales Vargas continuó actuando y fue así

como concedió un recurso de apelación, el cual no es dable estimar como trámite totalmente acertado, inocuo en sus consecuencias de protección para su cónyuge. Esto se afirma porque el poderdante Félix M. Camargo Agudelo, en escrito de 13 de noviembre de 1980, pero con nota de presentación en octubre de 1980 (?), parte actora, revocó el poder concedido al doctor Edgar Alberto Cortés, manifestación que no mereció respuesta. Pero como el 14 de noviembre, el doctor Cortés recurrió en apelación, ésta le fue concedida el 24 del mismo mes y año, debiéndose pensar que se jugaba a la eventualidad del fallo proferible en segunda instancia, pues de resultar éste adverso a Adiela Ocampo de Morales Vargas, cabía la alegación de haberse dado por petición impugnadora de quien no tenía ese carácter. Y más se confirma esta deducción cuando se advierte que el recurso de alzada igualmente interpuesto por el doctor Guillermo Montes, apoderado de la parte demandada, quien invocaba además en los aspectos de las mejoras y la devolución de cánones de arrendamiento, fue desatendido, pues en auto del mismo 24 de noviembre se le dijo: "Estése a lo resuelto en auto de la misma fecha proferido en el folio anterior", en el cual sólo se atendía al recurso interpuesto por la parte demandante. Se creaban, pues, reales condiciones de anulación o al menos de controversia. que refluían abiertamente en beneficio de la doctora Adiela Ocampo de Morales Vargas:

f) Pero también se dictó el auto de 10 de agosto de 1981, dos meses después de proferido el fallo de segunda instancia y a nueve meses de haberse casado Morales Vargas con Adiela Ocampo. En él se ordenó y obtuvo la devolución del expediente al Superior para que se liquidaran las costas. Ni este renglón de beneficio quiso dejar por fuera el esposo de Adiela Ocampo, o sea, el Juez Jaime Morales Vargas, actuación que pudo cumplir porque continuaba en el empeño prevaricador de no declararse impedido y aprovechaba la ignorancia o la resignación de la contraparte.

Con factores tan dicientes, la Sala no puede pasar por alto el reproche delictivo que merece el comportamiento del Juez Morales Vargas, ni aceptar que el contrato matrimonial celebrado con Adiela Ocampo, surgiera, como idea y como acto jurídico, coetáneamente. Es imposible máxime si se acude al quod plerumque fit, admitir una apreciación de esta índole, más cuando el proceso abunda en demostraciones en contrario. El sentenciado tuvo una relación afectiva y amorosa, de duración apreciable, que tiene que catalogarse como íntima y que le obligaba a separarse del conocimiento de ese expediente. Pero, no sólo en esa primera etapa de convergencia espiritual, por decir lo menos, prefirió retener el expediente, sino que mantuvo tan insostenible postura luego de las comentadas nupcias y hasta después de reconocer, como suya, una hija habida en matrimonio de la doctora Adiela Ocampo con el señor Guillermo Ospina, para lo cual fue necesario desoír mandatos legales de muy fácil entendimiento. Pero todo esto, es decir, la desatención del precepto de los impedimentos, lo hizo para poder favorecer con sus determinaciones y manejo del expediente, tanto directa como indirectamente, la pretensión de su novia y esposa Adiela Ocampo. La ley manda precisamente la exteriorización del impedimento porque no quiere que personales sentimientos propicien intereses distintos de los de la recta administración de justicia

y los de conservar la imparcialidad, así como el buen nombre de aquélla, pues nadie, en el juicio histórico que acompaña a todo fallo, podrá entender como demora justificada, como irregularidad secundaria, como decisión justa, etc., la que aparezca en proceso dirigido por juez que tenga la condición de ser esposo de la demandada. La vulneración del bien jurídicamente protegido, o sea el resguardo debido a la administración de justicia, aparece manifiesto y, en este caso, figura como quebrantado injustamente.

De ahí que aparezcan como totalmente desatendibles, por su artificiosidad, las explicaciones ensayadas por el procesado, ya cuando trata de cubrir la etapa de su presumible noviazgo, ya cuando se refiere a la de su matrimonio. Increíble resulta tanto la pretendida inexistencia de nexos afectivos con Adiela Ocampo, como la supuesta finalización del proceso de lanzamiento, en el cual persistía en actuar, y el reconocimiento de hija concebida en distinto matrimonio. Y más todavía, por lo demostrado, su absoluta indiferencia y neutralidad en las consecuencias de dicha acción judicial.

3º Esta Corporación ha entendido y así lo ha sostenido en repetidas ocasiones, que por imputabilidad debe entenderse la aptitud de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y para auto regularse de acuerdo con esa comprensión. En el evento sub examine, el procesado, dada su condición de juez y abogado, estaba en capacidad de conocer y comprender que con su comportamiento, lesionaba indebidamente el bien jurídico de la administración pública, que bien sabía estaba en obligación de preservar, acatar y hacer respetar.

De la culpabilidad se ha dicho que la constituye la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche, en cuanto el agente actúa en forma antijurídica, pudiendo y debiendo actuar diversamente. El Juez Jaime Vicente Morales Vargas estaba en la obligación de obrar según el ordenamiento legal (declararse impedido). No lo hizo así. De allí, entonces, que esa conducta resulte antijurídica y suscite el condigno reproche.

Reitérase que como la orientación hacia el fin típicamente antijurídico (no declararse impedido) lo fue por obra de una resolución consciente, es indudable que su culpabilidad aparece como dolosa, como quiera que omitió, voluntariamente, declararse impedido y cesar en su actuación judicial.

4º El prevaricato por omisión es el quebranto de la ley por el no cumplimiento del deber, o, en otras palabras, el no hacer el agente aquello a que por la misma está obligado.

En los delitos contra la administración pública, el bien jurídico protegido es el ejercicio de la función pública dentro de parámetros de legalidad, eficiencia y rectitud. Con el delito de prevaricato suele protegerse, primordialmente, el principio de legalidad en la administración pública, que equivale a mantener sometidas las determinaciones estatales al influjo integral de las normas jurídicas, y de la cual es componente fundamental, entre muchos otros, el atributo de imparcialidad. Por eso esta

Sala dijo, cuando conoció de la apelación del auto de llamamiento a juicio criminal: "Con tal comportamiento el procesado vulneró sin derecho alguno el interés jurídico de la administración pública referido en este caso a la garantía de imparcialidad que debe rodear las actuaciones judiciales...".

El Código Penal de 1936, exigía no sólo la contradicción de la ley sino el propósito, en este cometido, de favorecer o perjudicar a cualquiera de los que eran objeto de sus decisiones. El actual estatuto ha prescindido de ese ingrediente subjetivo, bastándole la contrariedad del precepto legal que debía ser atendido en el ejercicio de la función pública (no aplicar el derecho conocido), apareciendo como intrascendente la consecución de ventajas o desmejoras. Por eso el texto básico del artículo 150 concentra el tipo en contrariar de manera manifiesta la ley. Pero claro que esas particulares animaciones, de poderse detectar en un determinado comportamiento, adquieren el inestimable valor de desalojar alegaciones tendientes a demostrar la existencia de la buena fe, o el ánimo de acertar en la interpretación novedosa de un precepto, como también la de cerrar el paso a los pretextos de querer aparentar un proceder simplemente equivocado, irregular o de mera ignorancia.

El prevaricato, hoy más que nunca, es delito instantáneo que se perfecciona con la ejecución u omisión del acto que contiene la prevaricación, sin que tenga importancia alguna determinar el contenido exacto del perjuicio causado o advertir si, posteriormente, se realizó en forma debida la actividad mandada por la ley. Es, para acoger una de las pragmáticas clasificaciones, delito de mera conducta y no de resultado, ya se entienda que la actividad realizada, omitida o denegada no alcanzó sus fines, o que no logró causar daño alguno a quien debía o podía causarlo. Esto ha llevado a decir a un autor nacional, con severidad indiscriminada, que lo que cuenta es la ilicitud intrínseca de la conducta del funcionario aunque a la postre ésta resulte inocua, aunque resulta más preciso advertir que la contradicción con la ley, que expone por estos medios y en forma significativa el bien jurídicamente tutelado, suele comportar trascendencia en cuanto a sus consecuencias nocivas.

La defensa ha insistido en que el Juez Morales Vargas no fue recusado, aspecto que le sirve para deducir su irresponsabilidad, pues de un lado el impedimento es atributo propio del funcionario que no cercena los demás de las partes intervinientes y, de otro, demuestra, en éstas, la confianza depositada en el juzgador, no pudiéndose inferir como hecho real y demostrado la pérdida de su imparcialidad. Sobre este punto conviene hacer las siguientes precisiones:

- a) Que la investigación ha establecido la falta de imparcialidad del juez sentenciado, así como el notorio daño de algunas de sus resoluciones, las mismas que pudo producir, directa o indirectamente, por haber silenciado las dos causales de impedimento advertibles durante el tiempo que conoció del referido proceso de lanzamiento; y
- b) Los derechos conferidos a las partes en el proceso, así no se ejerciten, no implican por sí y de modo fatal, la exoneración de las obligaciones impuestas al juez, máxime cuando el objetivo de la ley aparece

tan sobresaliente, como en el caso de asegurar la imparcialidad del funcionario, que lo busca y posibilita mediante la doble acción de unos y otras. En el evento comentado el procedimiento se muestra tan extremadamente celoso que, por un lado, si las partes conocen oportunamente el motivo de recusación, pueden obtener mediante este mecanismo la separación del funcionario, pero éste, simultáneamente, es exigido por la ley para declarar su impedimento y, en consecuencia, procurar ese oportuno apartamiento del proceso. La recusación no comporta, entonces, la liberación del deber del funcionario de manifestar su excusa; y ésta sólo pierde importancia cuando las partes, por autorización de la ley, allanan la circunstancia de exclusión, expresamente o por conducta concluyente.

5º Se dijo, al conocer del auto de cargos, que "la norma de la codificación vigente agrega pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas hasta por cinco años, no prevista en el artículo 168, inciso 2º del Código anterior". Tal enunciado es inexacto porque el artículo 170 ibidem determina: "en los casos prescritos en los artículos anteriores, se impondrá además interdicción de derechos y funciones públicas de uno a cinco años". De donde resulta procedente la condenación a tal pena accesoria; pero no ocurre otro tanto en cuanto a la suspensión de la patria potestad, ya que la conducta comentada, por razón de sus características, no se compadece, en este caso, con una determinación de esta índole. En este exclusivo sentido se reformará la sentencia, confirmándose en todo lo demás.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público, confirma la sentencia, indicada ya en su origen, fecha y naturaleza, con la siguiente única reforma:

Revócase, como pena accesoria, la suspensión de la patria potestad durante el tiempo de la condena.

Expídanse las copias pertinentes para averiguar, según lo anotado, la presunta conducta delictuosa de Luis H. Santana R., Juez Encargado, y quien venía desempeñándose como Secretario del Juzgado Veintidós Civil Municipal de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

REVISION

Recurso.

Este recurso extraordinario se dirige a dejar sin efecto la condena penal impuesta en el fallo respectivo, pero no tiene cabida en relación con los efectos civiles de la misma o con la condena en perjuicios que se hubiere impuesto.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz.

Aprobado: Acta número 055.

Bogotá, D. E., 4 de junio de 1986.

Vismos

Por auto de once de marzo pasado esta Sala declaró admisible el recurso de revisión presentado por el apoderado de Neftalí Rivera Burgos en relación con el proceso por lesiones personales en accidente de tránsito contra Luis María Losada Bastos, tramitado en primera y segunda instancia por los Juzgados Segundo Penal Municipal y Segundo Penal del Circuito de Florencia (Caquetá) y ordenó solicitar al Juzgado de primera instancia el correspondiente expediente.

Encontrándose el asunto para proseguir el trámite, debe examinarse la procedencia del recurso en el caso concreto examinado y adoptarse la decisión pertinente.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En horas de la tarde del 7 de agosto de 1983 el campero marca Willys conducido por Luis María Losada Bastos, chocó al desembocar a una vía en la ciudad de Florencia, con la motocicleta guiada por Miller Castro Ra-

mírez, en la cual viajaba como acompañante Leonel Guayara, sufriendo este último lesiones de consideración que le produjeron incapacidad de 120 días, acortamiento de la pierna derecha y otras graves consecuencias. El vehículo mencionado es de propiedad de Neftalí Rivera Burgos, quien en el curso de las diligencias se estableció ser patrono del conductor Losada Bastos.

Iniciada y adelantada la investigación, se calificó con enjuiciamiento para el procesado citado y cumplida la etapa del juicio, se dictó en su contra sentencia condenatoria con condena en perjuicios en la forma que se expresará seguidamente, la cual fue confirmada por el Juez Segundo Penal del Circuito al resolver el recurso de apelación.

En el curso del proceso indicado se avaluaron los perjuicios ocasionados a la víctima en \$ 9.549.425 y se condenó en las sentencias sólo al pago de la mitad de esta suma —\$ 4.774.712— al procesado Luis María Losada Bastos y a su patrono Neftalí Rivera Burgos, por considerar que existió imprudencia por parte de ambos conductores de los vehículos colisionados. En cuanto a Rivera dueño del campero Willys, no comprendido en el auto de proceder, ni vinculado al proceso, se consideró procedente la condena en perjuicios por la circunstancia ya señalada de haberse demostrado su relación laboral con el procesado y de conformidad con las normas civiles sobre responsabilidad extracontractual y el artículo 105 del Código Penal.

Con base en esta condena, se promovió en su contra la correspondiente acción ejecutiva, el vehículo con el cual se ocasionó el accidente fue inicialmente secuestrado en el proceso penal y se mantuvo esta medida para efectos del proceso civil, si bien se depositó en poder de su propietario Neftalí Rivera. Se afirma en la demanda de revisión que el proceso ejecutivo se adelantó, habiéndose dictado sentencia que dispone seguir adelante la ejecución, hallándose embargados bienes del declarado civilmente responsable —Rivera Burgos—, en el proceso penal referido.

Se solicita en la demanda, se revise la causa "...retrotrayendo el proceso al juicio, desde el momento en que quedó en firme el auto de proceder, para que se reconstruya el proceso hasta su preclusión, sin los errores anotados, mediante la reapertura del debate probatorio de la causa...".

SE CONSIDERA

El recurso de revisión en materia penal tiene por objeto la corrección de errores judiciales en virtud de los cuales se haya condenado a una persona que no debe responder de los hechos ilícitos, por ser inocente conforme a las normas respectivas, acreditada la situación en que se funde la revisión y que configure una de las causales contempladas por la norma procesal, lo cual llevaba a dejar sin efecto la cosa juzgada, para que a través de un nuevo juzgamiento se adopte la decisión que corresponda estrictamente a la realidad y a la justicia.

Así el recurso extraordinario referido se dirige a dejar sin efecto la condena penal impuesta en el fallo respectivo, por considerar que se de-

muestra la inocencia o irresponsabilidad del condenado o que existen graves indicios de la misma.

En el presente caso, la revisión se fundamenta en la causal 5^a , en cuanto a existencia de pruebas o circunstancias que establecen la inocencia o irresponsabilidad del procesado, lo cual hace alusión a los conceptos ya expresados, debiéndose destacar que no se contempla el recurso en relación con los efectos civiles de la sentencia o condena en perjuicios impuesta en ésta.

Efectivamente, los fundamentos y sustentación de la demanda se dirigen concretamente a impugnar la condena en perjuicios que se impuso a Neftalí Rivera Burgos, a quien se declaró civilmente responsable, precisamente por habérsele condenado sin estar vinculado al proceso, ya que ni fue indagado en tal calidad, ni enjuiciado, como tampoco condenado penalmente, salvo en cuanto a los perjuicios por considerar demostrada, a través del vínculo laboral con el procesado, una responsabilidad extracontractual.

Como la norma no contempla este supuesto, se deduce que la revisión no tiene cabida en el caso indicado, por lo cual declárase así previa invalidación del trámtie inicialmente cumplido, por ser improcedente.

La gravedad de los hechos a los cuales se refiere la demanda hace procedente el adelantamiento de la investigación penal contra los falladores del proceso penal en las dos instancias, la cual puede tener incidencia en la decisión que se pretende impugnar a través del recurso de revisión.

Sinembargo, como de acuerdo con lo expresado en la demanda se formuló la denuncia correspondiente ante el Tribunal de Neiva, no es el caso de adoptar decisión al respecto.

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, invalida la actuación a partir del auto de 11 de marzo de 1986 y declara inadmisible el recurso de revisión.

Notifíquese y devuélvase el proceso original al Juzgado de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

DOCUMENTO PRIVADO FALSO

Uso.

El uso del documento privado falso se cumple cuando el agente lo saca de su esfera íntima para proyectar en el exterior frente a terceros, su capacidad de generar efectos jurídicos y, en consecuencia, fija así la competencia.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo.

Aprobada: Acta número 060.

Bogotá, D. E., 19 de junio de 1986.

Vistos

De conformidad con las previsiones del artículo 69 del Código de Procedimiento Penal, de plano resuelve la Corte el conflicto de competencias suscitado entre los Juzgados 2º Superior de Tunja y 25 Superior de Bogotá, respecto al conocimiento de las diligencias investigativas que por el delito de "falsedad" se adelanta contra Magdalena Rueda Blanco.

HECHOS

Los que generaron el proceso tienen que ver con el comportamiento de la acusada Magdalena Rueda Blanco funcionaria del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" con sede en Soatá, quien, para efectos de ingresar a la carrera administrativa presentó ante la Oficina de Personal de la misma entidad en Tunja, con la documentación correspondiente, un certificado de estudios expedido por el Colegio Cooperativo de la Presentación de Soatá, el cual se adulteró para hacer constar un hecho contrario a la realidad como era el de que su destinataria había eursado y aprobado el quinto año de bachillerato. (Fl. 56).

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

1º Antecedentes procesales.

El criterio de los funcionarios trabados en la colisión se puede resumir de la siguiente manera:

Para el Juzgado 2º Superior de Tunja, la persona que recibió la documentación de la implicada en dicha ciudad, cumplía únicamente funciones como receptor de la misma, para luego remitirla al Departamento Administrativo del Servicio Civil en Bogotá como oficina encargada de revisarla y determinar si el aspirante cumple o no las exigencias legales y puede en consecuencia pertener a la carrera administrativa. Afirma que la intervención del empleado que recibió los papeles fue meramente accidental e intrascendente para efectos de fijar la competencia del juez para conocer del asunto, siendo sí determinante la intención de la acusada para que el documento prestara sus efectos probatorios ante la citada entidad en la capital de la República, de donde deduce que es el Juez 25 Superior de esa ciudad el llamado a evocar el conocimiento de las diligencias. (Fl. 118).

Para el Juez Superior de Bogotá la entrega de los documentos en la ciudad de Tunja, constituye por parte de la sindicada la realización de un propósito de trascendencia jurídica posterior a la adulteración, y la final evaluación de ellos por parte de la oficina encargada en Bogotá, representa una consecuencia lógica del uso, sin que ello signifique que el mismo se verificó en esta ciudad. (Fl. 115).

2º Apreciaciones de la Sala.

Es reiterado criterio de la Corte que, tratándose de documentos privados, como ocurre en este caso, el tipo penal que en abstracto describe y sanciona el delito de falsedad cometido con los mismos, exige la concurrencia de dos hechos sucesivos diversos; la falsificación del documento que ha de servir de prueba y su posterior uso.

Destácase que el uso del documento privado falso consiste, en esencia, en la manifestación de su contenido para aprovecharlo de conformidad con la naturaleza del escrito.

Así mismo que usa un documento de esa clase quien lo saca de la esfera íntima del agente para proyectar en el exterior frente a terceros, su capacidad de generar efectos jurídicos lo que implica, cuando menos, que se haga constar su existencia.

No se remite a duda que la presentación que del falso documento hizo la acusada ante la persona receptora en la ciudad de Tunja, constituye el uso que jurídicamente exige la norma (Art. 221 C. P.), independientemente del juicio que con fundamento a este medio probatorio emitiera el Departamento Administrativo del Servicio Civil en Bogotá, pues en aquella ciudad se hizo real presentación del documento falso; esto es, que en Tunja el documento salió de la esfera privada del agente e ingresó en el tráfico jurídico para tratar de demostrar la ocurrencia de un hecho con consecuencias jurídicas. La posterior evaluación que debía

hacerse de la documentación en nada afecta los hechos consolidados, pues la ley sólo exige el uso del documento y no el resultado que con él se obtenga. En consecuencia, como el uso del documento falso se cumplió en la ciudad de Tunja, es competente para conocer del proceso el Juez Superior de esta ciudad.

3º Conclusiones.

Como el momento consumativo de la infracción denunciada se verificó en la ciudad de Tunja, es el juzgado de esta localidad, específicamente el Segundo Superior, el que debe avocar el conocimiento de las diligencias.

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

RESULLVE:

1º Dirimir la colisión de competencias planteada, en el sentido de asignarla para conocer y fallar el presente proceso al Juzgado 2º Superior de Tunja.

2º En firme esta decisión remítase la actuación al mencionado juzgado y hágase la comunicación pertinente al 25 Superior de esta ciudad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

ESTADO DE NECESIDAD

Se fundamenta esta justificante en la colisión de derechos o bienes jurídicos, porque el actor está obligado de modo primordial a tutelar el suyo, antes que los correspondientes a las demás personas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado: Acta número 060.

Bogotá, D. E., 19 de junio de 1986.

Vistos

Mediante sentencia del tres de mayo del año de mil novecientos ochenta y cinco, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo condenó al ex Juez Roberto Carvajal Buitrago a la pena principal de un año de prisión como autor culpable del delito de peculado, consumado en el lapso comprendido entre el mes de septiembre de 1979 y junio de 1980 tiempo en el cual desempeñó las funciones de Juez Promiscuo Municipal de Monterrey, Casanare.

Se le condenó además a las penas acecsorias de rigor y en abstracto al pago de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción. Carvajal Buitrago fue favorecido con la condena de ejecución condicional.

Esta decisión consentida por las partes, llega a la Corte para su revisión por vía de consulta.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Con absoluta sujeción a la realidad procesal, el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo los compendió así en el auto enjuiciatorio:

"...Relatan los autos que el honorable Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio del acuerdo número 043 del 14 de agosto de 1979, nombró interinamente como Juez Promiscuo Municipal de Monterrey al universitario Roberto Carvajal Buitrago, cargo que desempeñó desde el 4 de septiembre del mismo año, hasta el 30 de septiembre de 1980, cuando fue reemplazado por el abogado Alfonso Mendoza Méndez. En desarrollo de sus funciones dispuso que la citadora del Juzgado elaborara una cuenta de cobro 'por concepto de útiles de escritorio y demás objetos de oficina', por los meses comprendidos entre el 1º de julio y el 30 de diciembre de 1979, por un valor de ocho mil cuatrocientos pesos, a favor de Arturo Morales Barahona, uno de los proveedores del Juzgado, copándose, según facturas y demás comprobantes, en útiles de escritorio, libros para el Despacho y otros elementos, hasta la suma de cinco mil ciento cincuenta y dos pesos, más la sobretasa que ascendió a ocho pesos con cuarenta centavos, quedando un saldo de tres mil doscientos treinta y nueve pesos con sesenta centavos, suma ésta que fue entregada por Morales, al titular del Juzgado, Roberto Carvajal Buitrago, con el fin de que comprara útiles de escritorio, y que no podía suministrar el citado Morales. Cuando se estaba haciendo el inventario, con el cual el ex Juez Carvajal Buitrago entregaba el Despacho al doctor Alfonso Mendoza Méndez su reemplazo, éste último hizo notar esa irregularidad que el primero admitió como cierta, obligándose a subsanarla girando el respectivo dinero de él al Juzgado, cosa que al principio no lo hizo y por eso su nuevo titular, puso en conocimiento de la Corporación la irregularidad, y la Sala Penal del Tribunal dio comienzo a la investigación dentro de la cual aparece que el inculpado Carvajal Buitrago con fecha 21 de enero de 1981, reintegró las sumas de dinero antes dichas y de las cuales se había apropiado. Estos son los hechos que dieron origen a la presente sumaria...,

Por estos hechos fue llamado a juicio Carvajal Buitrago como autor culpable penalmente de un delito de peculado por apropiación y sobreseído temporalmente por un supuesto delito de falsedad documental, que es ajeno a esta revisión.

No fue objeto de controversia durante la causa el hecho físico de la apropiación del dinero por parte del Juez acusado, quien acepta en su indagatoria que tomó para sí los dineros oficiales con el propósito de restituirlos en su oportunidad, promesa que no pudo cumplir dada su mala situación económica.

La defensa acepta de igual modo la apropiación indebida de los caudales oficiales por parte del funcionario público, pero plantea a su favor una causal de justificación, por un estado de necesidad, argumentando que el ex Juez se vio precisado a usar esos dineros para trasladarse a su pueblo de origen ya que sin medios de trabajo no podía permanecer en el Municipio de Monterrey donde no podía ni siquiera atender a su propia subsistencia.

El Tribunal en la sentencia que se revisa, encontró plenamente acreditado el aspecto material de este comportamiento ilícito y la culpabilidad del acusado, y al desechar por inexistente la causal de justificación, profirió la sentencia condenatoria que ocupa a la Sala.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal después de analizar con especial detenimiento los diversos elementos de convicción que ofrece el informativo, con jurídicos y sólidos razonamientos sostiene no sólo la existencia de un hecho punible contra la administración pública, del cual es responsable el ex Juez Carvajal Buitrago, sino que desdibuja además las argumentaciones de la defensa cuando pretende asomar en favor del inculpado la justificación del hecho por el estado de necesidad. Son estos los razonamientos de la Procuraduría al respecto:

"...En tales condiciones, deben estimarse reunidos los presupuestos establecidos para la configuración del delito de peculado por apropiación (artículo 133 del Código Penal), puesto que el sujeto activo de la infracción tenía la calidad de empleado oficial para la época de los hechos materia de la investigación, y los dineros le habían sido entregados o confiados bajo su custodia, en razón de sus funciones, para ser destinados a un fin específico, trasladándolos consecuencialmente por fuera de la órbita de disponibilidad de Estado, para aplicarlos a fines personales o particulares. De otra parte tampoco resulta valedero el argumento presentado por el implicado en el sentido de que en el momento de la entrega del Juzgado, se acordó que dispondría del dinero que permanecía en su poder, para gastos de transporte, por cuanto como se mencionó con anterioridad, ningún testimonio aportado a los autos da cuenta de tal situación, existiendo además prueba de que Roberto Carvajal, permaneció varios días en Monterrey, viajando posteriormente en compañía de su hermano.

Resulta necesario destacar que aun en el caso de aceptarse como cierto el hecho de que el ex Juez hubiese dispuesto de los dineros para efectos del viaje, tal circunstancia no configura la causal de justificación (estado de necesidad), argüida por el defensor del condenado, por cuanto esta figura exige para su estructuración el que grave o inminente peligro que amenaza al actor o a un tercero, sólo pueda ser eficazmente contrarrestado, mediante el comportamiento formalmente antijurídico escogido por el agente, resultando por lo tanto necesario el que aparezca demostrado en el proceso que el actor agotó los medios legales de que disponía para evitar el peligro, presupuestos que no han concurrido en el presente caso".

Consideraciones de la Corte

No obstante que el delito se consumó durante la vigencia del Decreto 1858 de 1951, por criterio de favorabilidad debe aplicarse en el juzgamiento el nuevo Código Penal que contempla para el hecho en estudio una pena inferior.

De acuerdo con el artículo 133 del Código Penal, incurre en peculado el empleado oficial que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de bienes del Estado, o de instituciones en que éste tenga parte, o de bienes particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones.

Estos elementos estructurantes de la infracción se dan en el presente caso.

Acreditado está que el doctor Roberto Carvajal Buitrago ejercía las funciones de Juez del Municipio de Monterrey por la época de los hechos. Está entonces la Corporación en presencia de un sujeto activo con una cualificación jurídica como lo demanda la norma penal citada.

Está de igual modo demostrado a plenitud, que el acusado realizó la conducta típica del peculado, como fue el apropiarse en provecho suyo de los bienes oficiales que administraba. Se sabe de manera cierta que el juez, dispuso de parte del dinero destinado por el Estado para la papelería y demás útiles necesarios para el funcionamiento del Juzgado. Ese dinero se encontraba bajo la órbita de disponibilidad del funcionario, pues él era la única persona autorizada para su manejo mediante el sistema de cuentas de cobro. Fue así como en ejercicio de funciones propias de su cargo autorizó una cuenta de cobro a favor del señor Arturo Morales Barahona uno de los proveedores de útiles con destino al Juzgado, por la cantidad de ocho mil cuatrocientos pesos, de la cual sólo se invirtió en papelería un total de cinco mil cien pesos quedando un sobrante de tres mil trescientos pesos aproximadamente, que el juez recibió de manos de Morales Barahona y del cual se apropió con daño innegable para el patrimonio de la administración pública. Esos caudales sólo se reintegraron al-Estado, mucho tiempo después, cuando Carvajal Buitrago había dejado de ejercer funciones judiciales y cuando ya cursaba en su contra el sumario que hoy ocupa la atención de la Corte.

El Juez Carvajal Buitrago tenía en las esferas de sus funciones la custodia y el manejo de los dineros públicos y que hizo suyos, incurriendo en manifiesta violación de la ley penal.

La conducta realizada por el Juez fue antijurídica, porque causó daño económico y desprestigio a la Administración Pública. Y fue culpable porque obró con pleno conocimiento de la ilicitud de su acto. Es innegable, que el Juez Carvajal al apropiarse de esos dineros y no invertirlos en los objetivos para los cuales estaban destinados, realizó una conducta que quebranta los ordenamientos jurídicos y con conocimiento de que su proceder era antijurídico y prohibido por la ley.

ESTADO DE NECESIDAD

El abogado defensor solicita se reconozca a favor del acusado la justificación del hecho por un estado de necesidad con fundamento en la versión que recoge la indagatoria del Juez Carvajal y según la cual el inculpado se vio precisado al quedarse sin empleo, a utilizar los dineros oficiales para sufragar los gastos que demandaba su sostenimiento y para poder trasladarse a su pueblo de origen.

El estado de necesidad "... es una hipótesis de colisión jurídica que permite reconocer no sólo como legítimo sino acorde con el derecho el acto del que se ve determinado a violar un interés ajeno, destruir un bien perteneciente a otro o disminuirlo en su valor o apariencia... Es un con-

flicto que se impone al hombre sin que lo haya buscado, del cual no sale sino sacrificando derecho o intereses ajenos...".

Von Liszt sostiene que el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos.

Se fundamenta entonces la justificante en la colisión de los derechos o bienes jurídicos en la cual se impone el que corresponde al actor, porque éste está obligado de modo primordial a tutelar su propio derecho antes que los correspondientes a las demás personas. Por eso, para algunos doctrinantes el estado de necesidad encuentra su justificación en el instinto de conservación.

Tal causal de justificación se encuentra consagrada en el numeral 5º del artículo 29 del Código Penal y demanda para su configuración que el agente se encuentre ante la necesidad de defender un derecho propio o ajeno, de un peligro actual e inminente, que no sea evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia, que no deba afrontarse por obligación profesional, y que exista proporcionalidad entre el peligro y el acto.

La sola enunciación de los requisitos que integran esta figura jurídica, es suficiente para afirmar que la conducta realizada por el sujeto activo del delito de peculado que se juzga, no se subsume dentro de la causal de justificación alegada.

La realidad procesal pone en evidencia que el juez acusado se apropió de los caudales oficiales, meses antes de hacer entrega del Juzgado y cuando disponía para su sostenimiento del salario asignado a su cargo. Es por tanto inexacto que el juez tuviera necesidad de esos dineros para atender a su traslado a la población donde residía su familia, inexactitud que se pone de manifiesto si se tiene en cuenta como lo afirma nutrida e irrefutable prueba testimonial, que el Juez Carvajal después de hacer entrega de su despacho permaneció en Monterrey varios días dedicado al consumo de bebidas embriagantes.

No puede entonces afirmarse sin violentar la verdad procesal, que el acusado se viera en presencia de un peligro actual e inminente ni que estuviera ante la necesidad imperiosa e inevitable de disponer de los caudales públicos como único medio para atender a su subsistencia. El proceso pregona en cambio, que sólo el deseo de un lucro indebido animó el ilícito proceder del inculpado.

Se impartirá en consecuencia, la aprobación a la sentencia consultada.

Ningún reparo debe hacer la Sala, a la dosimetría de la pena. El mínimo de dos años de prisión que contempla el artículo 133 del Código Penal aplicado teniendo en cuenta la cuantía, modalidades del hecho y personalidad del sentenciado, se redujo en la mitad por el reintegro que hiciera el acusado del dinero objeto del peculado. Las penas accesorias se graduaron con acierto y el sentenciado era merecedor al beneficio de la condena de ejecución condicional.

Estas consideraciones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto de la Procuraduría Delegada, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirme en todas sus partes la sentencia consultada.

Cópiese, notifiquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

IMPEDIMENTO

El primero y el segundo sobreseimientos temporales son providencias diferentes, correspondientes a etapas procesales también diversas, por lo tanto, no constituye causal de impedimento la revisión del segundo, cuando el Magistrado conoció del primero como funcionario del conocimiento.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz.

Aprobado: Acta número 60.

Bogotá, D. E., 19 de junio de 1986.

Vistos

Corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema resolver de plano el impedimento manifestado por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, doctor Eduardo Enrique Quiñones Vargas, para conocer del proceso contra Ramón Alirio Quintero Estrada, rechazado por sus compañeros de Sala de Decisión, en auto de 25 de abril de 1986.

Funda el señor Magistrado el impedimento en el hecho de haber expresado opinión sobre el asunto materia del proceso (numeral 4º, artículo 78 Código de Procedimiento Penal), pues como Juez Unico Penal del Circuito de Aguachica (Cesar) dictó con fecha 20 de abril de 1982, providencia calificatoria en el proceso por acceso carnal abusivo, que se tramitaba en ese Juzgado contra Ramón Alirio Quintero Estrada. Y en este mismo proceso debe la Sala, de la cual forma parte, decidir la consulta del segundo sobreseimiento temporal dictado por el Juez de conocimiento con fecha 3 de junio de 1985. Cita providencia de esta Sala de 1973.

Estiman los restantes Magistrados de la Sala que son diferentes el primero y el segundo sobreseimiento temporal, sin que puedan equipararse por la circunstancia de que en la reapertura de la investigación no se alleguen pruebas sustanciales que modifiquen la situación anterior, aunque así puede ocurrir. Se recibió en dicho período ampliación de indagatoria al procesado que pudo variar lo demostrado hasta ese momento y si así no ocurrió, debe considerarse que no se examina la primera providencia, pues en tal caso existía la circunstancia prevista en el artículo 78 numeral 7º del Código de Procedimiento Penal.

Cita también la providencia de la Corte de 27 de abril de 1982 en cuanto a la necesidad de precisar en qué consiste la opinión emitida y también el auto de 31 de agosto de 1982 respecto a la opinión a la cual se refiere la norma es la emitida fuera del ejercicio de funciones, sin que exista impedimento ni aún cuando el funcionario que debe resolver o fallar ha dictado el auto de proceder. Por lo cual concluye en la falta de fundamento del impedimento.

SE CONSIDERA

De conformidad con el proceso, el doctor Eduardo Enrique Quiñones Vargas, como Juez Unico Penal del Circuito de Aguachica dictó el auto de 20 de abril de 1982 en el proceso por acceso carnal abusivo contra Ramón Alirio Quintero Estrada, por el cual se le sobreseyó temporalmente. Adelantado el trámite, se dictó en el mismo auto de segundo sobreseimiento temporal, sin que variara sustancialmente la prueba. Y en la consulta debe decidir como ponente el doctor Quiñones Vargas en su calidad de Magistrado, por lo cual se declaró impedido en la forma anteriormente expresada.

Examinado el motivo del impedimento, se concluye que este es infundado, según determinaron los restantes Magistrados de la Sala de Decisión respectiva, pues como lo expresa la providencia mencionada, se trata de providencias diferentes, aunque la situación probatoria no variara sustancialmente, pero que corresponde a diferentes etapas procesales. Aunque sólo se practicó en el período de reapertura de la investigación una ampliación de indagatoria del procesado que no implicó variación esencial, esto no significa que pueda entenderse se trata de la misma providencia, caso en el cual sería otra causal invocable, sino decisiones distintas, con diferentes efectos procesales.

Y como ya lo anotó la Corte en auto citado por el Tribunal, el hecho de haber intervenido el funcionario como Juez de primera instancia, no puede configurar impedimento en cuanto se trata de opinión emitida en desempeño de sus funciones y cuando no se trata de la misma decisión. Lo contrario significaría ampliar el efecto de los impedimentos en forma no prevista e inconveniente para la administración de justicia.

Al resolver igual situación, dijo la Corte en auto de 23 de julio de 1985:

"El numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal prevé como causal de impedimento, o de recusación en su caso, el 'haber dictado la providencia de cuya revisión se trata'. El Magistrado que plantea el impedimento que dice que le asiste, cita expresamente dicha dispo-

sición para solicitar su separación del conocimiento del proceso al principio indicado.

"La revisión del expediente permite afirmar que ni la más elástica interpretación de la norma en cita permitiría desconocer el hecho de que fue otro juzgador quien profirió la providencia que se somete a consulta. Es evidente, por tanto, que la causal invocada no encuentra fundamento en los hechos comprobados del proceso.

"Acontece, sin embargo, que al plantear dicha causal el Magistrado advierte que no se da con exactitud en su caso y, por consecuencia encamina sus esfuerzos a demostrar la identidad del sobreseimiento temporal dictado por él y el sobreseimiento temporal omitido por quien le sucedió en el cargo de Juez Quinto Superior. En estas circunstancias podría decirse que al intervenir en la revisión de la segunda calificación estaría revisando la primera de la cual sí es autor. Tal vez por esa razón los integrantes de la Sala dual se refirieron al posible planteamiento de una inhibición apoyada en el numeral 4º del mismo artículo 78 ya citado, pero sin decir por qué no consideraban posible la del numeral 7º expresamente aducida.

"La carencia de pruebas en el proceso es razón común para que se adoptaran los dos sobreseimientos temporales de que se trata. Pero cabe distinguir que para el segundo se tuvieron en cuenta las pocas pruebas practicadas en el período de la reapertura de la investigación ordenada en el primero y se aludió el hecho de que no practicó el comisionado la totalidad de las que se puntualizaron en la primera calificación y que una de ellas resultó incompleta. Hay, por consecuencia, una razón nueva para demostrar en la misma conclusión, pero no identidad entre una y otra providencia. En estas circunstancias, el impedimento alegado no puede ser aceptado".

Por lo dicho, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, resuelve No ACEPTAR el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Eduardo Enrique Quiñones Vargas, en el proceso mencionado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

José H. Velásquez R. Secretario.

INSTRUCTOR

Funciones.

Las decisiones que buscam instruir plenamente el proceso corresponden con la competencia que la ley ha dado al funcionario instructor, sin más limitaciones que las que también allí se le impongan.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas.

Aprobado: Acta número 060.

Bogotá, D. E., 19 de junio de 1986.

VISTOS

Oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, resolverá la Sala lo que fuere pertinente sobre el recurso de apelación interpuesto por la denunciante Miriam del Rosario Mestra de Duarte contra la providencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería mediante la cual se abstuvo de iniciar investigación penal en contra de José Carlos Ojeda Martínez.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La señora Miryam del Rosario Mestra de Duarte denunció penalmente al doctor José Carlos Ojeda Martínez, para entonces Juez 14 de Instrucción Criminal de Córdoba, como presunto autor de un delito de prevaricato, el que según afirmaciones de la denunciante se cometió al realizar el inculpado las siguientes conductas:

a) Ordenó iniciar investigación penal ante unos hechos de carácter civil, que apenas constituían un incumplimiento de contrato.

- b) Sin estar comisionado para ello, resolvió la situación jurídica de la denunciante, a quien antes había vinculado a la investigación penal ya en curso.
- c) Sin tomar en cuenta que los hechos materia del proceso se contraían a un incumplimiento meramente civil, el denunciado decretó la detención preventiva de la quejosa y de su esposo.

Llegada la noticia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, esta Corporación ordenó la práctica de algunas diligencias preliminares, entre ellas la comprobación de la calidad de juez del acusado, su desempeño en el cargo, y a más de ello las que a continuación se mencionarán.

En Inspección Judicial practicada al proceso penal que se adelantara en contra de la señora Miryam del Rosario Mestra de Duarte, ante los Juzgados 14 de Instrucción Criminal y 3º Penal del Circuito de la ciudad de Montería, se lograron establecer los siguientes hechos:

- a) La denuncia fue formulada el día 5 de septiembre de 1984.
- b) El Juzgado 14 de Instrucción Criminal inició investigación penal el día 10 de septiembre de 1984.
- c) En el auto cabeza de proceso, se ordenó la captura de los sindicados, para efectos de recibir sus indagatorias, y resolverles su situación jurídica dentro del término legal.
- d) El día 28 de noviembre de 1984, el Juzgado Tercero Penal del Circuito comisionó al Juzgado Catorce de Instrucción Criminal para la práctica de algunas diligencias, entre ellas la de activar la captura de los sindicados.
- e) La sindicada Miryam del Rosario Mestra de Duarte rindió indagatoria el día 12 de diciembre de 1984, ante el Juzgado 14 de Instrucción Criminal.
- f) El mismo Juzgado 14 de Instrucción Criminal, decretó la detención preventiva de la sindicada Mestra de Duarte, mediante providencia fechada el día 23 de febrero de 1985, como autora del delito de estafa, y ordenó la captura de la detenida, a más de ordenar nuevamente la captura del otro inculpado, Pedro Antonio Duarte Altamiranda.

Se escuchó en declaración jurada al inculpado José Carlos Ojeda Martínez, quien respecto de los hechos denunciados afirmó que efectivamente ordenó la captura de los sindicados en el mismo auto cabeza de proceso, porque así lo ordenaba la Ley 2ª de 1984 en su artículo 38, vigente para la época de los hechos; no obstante, previa solicitud del apoderado de la sindicada, el inculpado la oyó en indagatoria y como consecuencia de ello suspendió la orden de aprehensión que había dictado; así mismo dijo que no se excedió en sus facultades al resolver la situación jurídica de la indagada Mestra de Duarte, como quiera que había recibido amplias facultades en las diversas comisiones que le confirió el Juzgado Tercero Penal del Circuito dentro del proceso correspondiente. Finalmente, sostuvo que esta denuncia obedece a la política torcida que en su ejercicio profesional ha venido acostumbrando el apoderado de uno de los sindicados, quien recurre a la formulación de cargos penales contra los jueces que atienden los asun-

tos a él confiados, como mecanismo para tratar de imponer sus propios criterios en torno a la interpretación de la norma jurídica.

Con auto de fecha tres (3) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería se abstuvo de iniciar investigación penal en contra del inculpado, al considerar que la conducta no es constitutiva de delito alguno.

Igualmente, se aportaron copias auténticas de algunas de las piezas procesales allegadas a la actuación que dirigió el acusado, documentos a los cuales se hará referencia en futura ocasión dentro de esta misma providencia.

La sustentación del recurso

La denunciante manifestó su inconformidad con la decisión del Tribunal Superior de Montería, en los siguientes términos:

- "La Sala me da la razón: ... Quiero significar entonces que si el Juez ojeda martínez (sic), al leer la denuncia se empapó de que los hechos denunciados no configuran violación a la ley penal sino al incumplimiento de un contrato de compraventa por parte de la suscrita, como lo reconoció el Tribunal en el auto en que dispuso archivarme el proceso, cometió delito de prevaricato al disponer la apertura de una investigación penal por un hecho que no es delictivo. Así las cosas, la Sala en esta ocasión me da la razón cuando afirma que fue el mismo doctor Ojeda quien abrió la investigación penal y no el Juez Tercero Penal del Circuito de Montería.
- "... Y es que el prevaricato también lo perpetró —posiblemente—al dictar un auto de detención por un hecho eminentemente civil, pues con ese auto de detención se transgredió el artículo 42 de la Ley 2ª de 1984... El auto apelado guardó absoluto silencio sobre este particular limitándose tan solo a refutar la tesis de que los Jueces de Instrucción Criminal, al contrario de lo denunciado, sí tienen competencia para resolver situación jurídica y ordenar capturas, cuando lo esencial en este caso fue la violación de la ley penal por investigar una conducta eminentemente civil. El Tribunal no ha hecho análisis alguno sobre el texto de la denuncia ni lo confrontó con el contenido de las pruebas recaudadas, entre ellas con el texto del auto que decretó la detención preventiva de la suscrita y su contrario que ordenó cesar procedimiento, y en el cual se reconoce que de lo que se trataba era del incumplimiento de un contrato civil de compraventa".

Por lo demás, la misma denunciante realizó una serie de apreciaciones con relación a la intervención que tuviera el inculpado dentro de las diligencias preliminares adelantadas, para sostener que el incriminado Ojeda Martínez tiene animadversión y deseos de "acabar profesionalmente" al abogado que actuó como apoderado del esposo de la quejosa, razón de más para predicar la existencia del delito de prevaricato denunciado. Finalmente, solicitó a la Corte la revocatoria del auto apelado.

Opinión del Ministerio Público

Luego de somero estudio de la actuación procesal, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la providencia recurrida, al considerar que el juez acusado estaba legalmente facultado para resolver la situación jurídica de la denunciante; por lo demás, no le era posible al inculpado determinar, con la simple lectura de la denuncia, si el asunto sometido a su estudio evidentemente correspondía a un simple incumplimiento de contrato, y de todas formas, su decisión fue estudiada y ponderada, lo cual descarta la realización del delito denunciado por el simple hecho de que posteriormente fuera revocada su determinación. En un aparte de su concepto, dijo:

"d) Cierto es que el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, consideró en providencia de mayo 23 de 1985, que el asunto planteado correspondía dirimirlo a la justicia civil y por ello ordenó cesar todo procedimiento en contra de los esposos acusados.

"'Pero si ello es así, no debe olvidarse que el juez querellado, para emitir el criticado decreto de detención cautelar verificó un detenido análisis de la prueba recogida y que si sus planteamientos no fueron compartidos por el honorable Tribunal Superior, esa mera discrepancia conceptual no puede mirarse como la génesis del ilícito de 'prevaricato', pues salta de bulto la ausencia del elemento intencional que debe confluir para su integración.

"En efecto: si el delito de 'prevaricato' sólo puede imputarse a título de dolo, es preciso señalar que en autos no existe el menor dato que permita deducir intención proclive en el funcionario acusado.

"Piensa esta Procuraduría que si todo ciudadano cobijado está con esa presunción de inocencia mientras no se demuestre lo contrario, con mayor fuerza tal presunción debe amparar al funcionario público, dado que su vinculación al servicio del estado ha tenido como fundamento, una irreprochable honestidad.

"Las acusaciones sobre una posible enemistad entre el Juez Ojeda Martínez y el litigante doctor Alvarez Machacón y que hubieran podido explicar las motivaciones ocultas del funcionario jurisdiccional, no encontraron eco ninguno en los autos".

Consideraciones de la Corte

De los tres cargos formulados por la denunciante en contra del juez Ojeda Martínez, dos de ellos dependen exclusivamente de las consideraciones en torno al carácter del hecho denunciado ante el inculpado —asunto eminentemente civil o hecho punible—, en tanto que el tercero hace relación a una posible extralimitación de funciones al haber resuelto la situación jurídica de la señora Mestra de Duarte, sin estar facultado para ello. A éste se referirán las primeras consideraciones.

De las copias aportadas a esta investigación preliminar, se puede establecer sin lugar a dudas que la denuncia formulada por la señora Tomasa María Pérez Urango en contra de los esposos Duarte-Mestra ante el Juzgado de Reparto de Instrucción Criminal, correspondió para su inicial trámite al Juzgado Catorce de Instrucción Criminal, funcionario que con fecha diez (10) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) ordenó

iniciar la respectiva investigación penal, y dentro de las diligencias que se deberían evacuar estableció en su punto tercero:

"3º Librar orden de captura contra Pedro Antonio Duarte Altamiranda y Miryam Mestra de Duarte, una vez capturados incomuníqueseles en la Cárcel Nacional 'Las Mercedes' de la ciudad, recíbaseles declaración de indagatoria y dentro del término legal defínaseles su situación jurídica".

Esta determinación, tomada dentro del propio auto cabeza de proceso, no es incompatible con la función jurisdiccional del acusado, toda vez que su actividad está encaminada a instruir el proceso hasta donde le fuere posible su perfeccionamiento, sin limitación en cuanto a la calidad de las diligencias que puede practicar, fuera de las expresamente designadas en la ley; no puede, es verdad, tomar decisiones de fondo tales como ordenar la cesación del procedimiento, o calificar el mérito del sumario, o dictar la sentencia correspondiente, pero en principio tiene facultades amplias en la etapa de investigación de los hechos. El vencimiento del período determinado en la ley como el correspondiente a la etapa sumarial, no necesariamente anula en forma definitiva su competencia sobre el mismo proceso, ya que ésta la podrá "recobrar" en cuanto sea nuevamente comisionado para la práctica de diligencias dentro de la misma fase de investigación, en cuyo caso su actuación continuará dirigida por el interés en el perfeccionamiento de la investigación y las medidas necesarias dentro de ella, tales como decdir sobre las demandas de parte civil que se presenten, la vinculación procesal de los acusados, el allanamiento y registro de innuebles, la decisión de la situación jurídica de los indagados, la declaratoria de reo ausente de quienes hayan sido renuentes a presentarse al proceso, etc. Todas estas actividades y decisiones tienden a instruir plenamente el proceso, y por ello forman parte de la competencia que la ley le ha dado al funcionario instructor; las decisiones que sobre tales aspectos se tomen en forma mediata, deben comprenderse dentro de una "competencia alternativa", según la cual el funcionario instructor conserva la posibilidad de actuar como tal, sin más limitaciones que las que le pueda imponer la ley, hasta tanto esté completa la investigación y abierta la etapa del sumario, dependiendo, lógicamente, de que en su poder se encuentre el expediente.

No existe en el ordenamiento penal colombiano una norma específica sobre las decisiones y diligencias que se pueden delegar en forma expresa, o aquellas en las cuales es imposible la comisión a otro funcionario; tampoco puede llenarse este vacío con las normas del ordenamiento procesal civil, porque en ellas la relación jurisdiccional es diversa, a más de que no existen jueces especializados en la instrucción de los procesos. Por ello, se debe concluir que el funcionario instructor está facultado por la ley para practicar todas aquellas diligencias y tomar todas aquellas decisiones que el propio juez de conocimiento puede adelantar en tanto actúe en la etapa de investigación, con las únicas limitaciones contempladas en la ley, como sería el caso de que el instructor fuese juez unipersonal y se tratara de una decisión reservada a un juez plural.

A este respecto, la Corte, en auto de 3 de junio de 1980, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez, dijo con relación a las facultades del comisionado:

"La decisión de abrir sumario, o de continuarlo, supone el mandato de practicar los actos procesales necesarios para el 'descubrimiento de los hechos, de sus autores o partícipes, de la personalidad de los mismos, de los motivos determinantes y de la naturaleza y cuantía de los perjuicios' -Art. 319 y 324 del C. de P. P.-, involucrándose en los mismos, obviamente, la recepción de indagatoria y la definición de la situación jurídica de los imputados, sin que sea necesario estar profiriendo un auto para poder realizar cada una de estas actuaciones. La ley de procedimiento, se repite, excepciona esta regla general y de ahí que señala algunos casos en que esto ocurra (224, 272 ibídem). No es válida, entonces la generalizada afirmación que al respecto señala el Tribunal, como tampoco la de entender que un comisionado para el perfeccionamiento o instrucción de un sumario, carece de facultad para recibir indagatoria y tomar las consecuencias inherentes a esta definición. Para ello sería necesario una disposición que así lo dijese y no hay, realmente, una sola que así lo indique. Este comisionamiento tan amplio como lo es el de instruir (formar un sumario), que según lo dispuesto en los artículos 319 y 334 del Código de Procedimiento Penal tiene que ser inicialmente genérico, indeterminado e incierto, 'sólo encuentra las limitaciones que el comitente quiera fijar o que la ley impone'. Esto último ocurre, v. gr. en asuntos como los señalados en la Ley 17 de 1975 ordinal 4º, modificatorio del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, o en la Ley 29 de 1944, artículo 42, 'o cuando se trate de organismos colegiados' (Tribunales y Corte Suprema de Justicia), en los cuales el Magistrado sustanciador, así tenga la condición de instructor debe preparar, para su proferimiento por la Sala, 'los autos interlocutorios' y las sentencias, so pena de afectar el derecho de los procesados con fuero a que sea la Corporación la que emità esta clase de resoluciones. De ahí, entonces, que si a él le está vedado como instructor dictar tales providencias, no puede autorizar a otros para que las pronuncien ni menos quedar incluidas como facultad propia a la comisión para instruir. 'En todos los demás eventos', se repite, la instrucción implica atribuciones totales para resolver, por ejemplo, situaciones jurídicas, decretar excarcelaciones, reconocer la constitución de parte civil, contestar peticiones sobre embargos y secuestros, etc., a no ser que el comitente las exceptúe, expresamente, del rol instructor".

De esta forma, no se puede poner en duda la atribución legal que el acusado tenía de resolver la situación jurídica de la aquí denunciante, porque actuaba como instructor dentro del mismo proceso y su competencia no había sido limitada ni por voluntad del comitente, ni por disposición de la ley. En consecuencia, el hecho que se le imputa es atípico para la ley penal, y bien hizo el Tribunal Superior de Montería al abstenerse de iniciar proceso penal con base en esta acusación.

Por lo que hace relación a los cargos de haber adelantado la actuación penal con base en una relación meramente civil, es preciso recalcar que no toda negociación contenida en un documento que haya surgido por voluntad expresa de las partes se queda en el campo de las relaciones particulares. En efecto, algunos de tales contratos trascienden la órbita de la negociación particular y llegan a afectar los intereses de la sociedad, al constituir delitos típicamente descritos en la normatividad penal. En consecuencia, el hecho de que el acuerdo de voluntades esté vertido a documento y se haya realizado

sobre objeto lícito, no descarta de plano la realización de un hecho delictivo, el cual puede surgir de las circunstancias mismas que hayan rodeado la contratación entre particulares. A este respecto, es conveniente recordar lo que ya la Corte, con ponencia del ilustre Magistrado Alfonso Reyes Echandía, dijo en casación de 24 de agosto de 1984:

"Suele calificarse a la estafa como delito de inteligencia para denotar con ello que aunque jurídicamente cualquier persona puede realizar la conducta descrita como tal en el respectivo tipo penal (es de sujeto activo indeterminado) en realidad su ejecución requiere en el actor especiales condiciones personales de versatilidad, simpatía, poder de convicción, imaginación para idear mecanismos artificiosos capaces de atraer a la víctima, seguridad y confianza en el manejo de la concreta situación creada para consumar el engaño y obtener por tal vía el provecho económico hacia el cual se orienta toda su actuación. Pero estos atributos del estafador no serían suficientes para el logro de su propósito si no existiesen personas susceptibles de ser influenciadas por él, sugestionables, con opaca visión objetiva de la realidad y por sobre todo, predispuestas a hacer pequeñas o grandes concesiones éticas ante la perspectiva de una ventaja patrimonial, social o política que se le ofrece ocasionalmente y en condiciones sobre modo atrayentes.

De entre los proteicos mecanismos utilizados por el estafador, nada infrecuente es el que se presenta con las formales apariencias de un contrato o negociación (mutuo, comodato, compraventa, donación) en el que la ganancia final parece superar con creces la contraprestación económica que debe antecederla; sólo que, obtenida ésta por el estafador, aquélla se esfuma ante los ojos incrédulos de la confiada víctima. Desde luego, no todo contrato incumplido o en el que sufre detrimento económico una de las partes, ha de ser calificado como estafa; no siempre su desarrollo o culminación dejan plenamente satisfechos a los contratantes; el ingenio de los vendedores, por ejemplo, suele colocar la mercancía a los ojos de los potenciales compradores de tal manera que parece ser mucho más hermosa, necesaria o conveniente de lo que realmente es, o se la ofrece en condiciones económicas de pago tan atrayentes que dan la apariencia de un valor menor del que real y finalmente tienen, sin que por ello pueda afirmarse en todo caso que se ha consumado una estafa; necesario es examinar frente a la concreta situación contractual si en verdad hubo desequilibrio patrimonial en detrimento de una de las partes, si tal afectación económica fue fruto de inducción en error mediante engaño, y si las maniobras utilizadas generaron ventaja patrimonial en favor de quien las empleó, con tal propósito. Por lo que hace a los artificios desplegados y a su capacidad de engañar a la víctima, no es posible hacer generalizaciones; debe, al contrario, estudiarse cada situación para determinar si los mecanismos utilizados por el actor lograron engañar a la víctima habida consideración de sus condiciones personales y de las circunstancias que rodearon el hecho; el ardid, que empleado por el estafador engañó a una persona, puede no surtir efecto alguno respecto de otra".

Es claro, pues, que al juez acusado no le era exigible desechar de plano la denuncia presentada por la señora Tomasa María Pérez Urango alegando para ello el carácter civil de la negociación, porque si en ella descubrió la

existencia de engaños, y de consiguiente la existencia de una conducta típica, lo correcto era iniciar la investigación de los hechos para determinar si tal ilícito realmente había tenido ocurrencia, y en qué circunstancias se produjo el mismo. La decisión ulterior del superior (Tribunal Superior de Montería) en el sentido de declarar la inexistencia del delito, no es por sí sola suficiente para predicar conducta delictiva en el juez instructor, quien en contra de la opinión del Tribunal, y con menos elementos de juicio a su disposición, consideró necesario abrir la investigación para aclarar los hechos y permitir, en últimas, la propia decisión de su superior.

Dentro de las pruebas aportadas en copia a esta indagación preliminar, evidentemente se encuentran hechos y situaciones que permiten pensar en la comisión de un ilícito perpetrado a través de la negociación en apariencia meramente civil. En efecto, en el contrato de promesa de venta del inmueble que finalmente perdió la señora Pérez Urango, suscrito el día doce (12) de agosto de mil novecientos ochenta y dos (1982), se estipuló aun en contra de la costumbre que impera en Colombia, que la promitente vendedora se comprometía con los promitentes compradores "a correr la escritura respectiva en forma inmediata y a su vez, recibe los cheques que garantizan el pago de la transacción que se efectúa". En apariencia, esta cláusula resulta intrascendente; empero, sí se revela como una forma de inducir en error a la promitente vendedora quien debe cumplir su obligación en forma inmediata, aun sin saber si el precio acordado con los promitentes compradores le va a ser cubierto, porque en ese momento recibió dos (2) cheques, los cuales no podían hacerse efectivos sino varias semanas después, y para cubrir los cuales no existían fondos suficientes en la cuenta de los giradores, cosa que ellos mismos sabían ya que luego reconocieron, y se acreditó con certificación bancaria, que tenían pendiente el cubrimiento de un sobregiro por valor de trescientos mil pesos (\$ 300.000.00) el cual fue pagado con el valor del crédito otorgado a ellos por la entidad bancaria y solicitado bajo pretexto de cancelar el valor de la finca comprada a Tomasa María Pérez Urango. En esta actuación, se evidencia la presencia de un engaño: los compradores del terreno fingieron tener suficiente capacidad económica para cancelar el precio del predio, a sabiendas de su alto endeudamiento con el banco en el que Miryam del Rosario Mestra de Duarte tenía su cuenta corriente; fingieron igualmente -al menos ello puede pensarse en principio— que pagarían el precio con el producto de un crédito bancario, a sabiendas de que tal mutuo deberían destinarlo a cubrir el sobregiro que en la misma entidad tenía la señora Mestra de Duarte.

A más de la situación ya descrita, que orienta a pensar en la existencia de un delito, se produjeron en el expediente que dirigió el juez acusado algunas pruebas que refuerzan esta misma opinión de que el asunto no es meramente civil. Así, por ejemplo, el Banco Industrial Colombiano, oficina de Montería, en oficio de 4 de octubre de 1984, informó al juzgador instructor que los cheques entregados a la señora Pérez Urango no fueron cancelados por la razón de encontrarse la cuenta embargada. Esta situación, si bien fue posteriormente aclarada, no le resta fuerza de convicción en el momento en que fue recaudada la prueba, la cual inducía a pensar en la real existencia de comportamiento delictivo, como quiera que, además, se contaba con el ya reseñado contrato de promesa de venta, y con los cheques

entregados los cuales habían sido girados con fecha incorrecta, sin poderse determinar en tal momento si tal incorrección obedecía a un error involuntario o a un determinado propósito para imposibilitar o cuando menos entorpecer el cobro de los títulos valores.

La condición que al parecer impusieron los promitentes compradores a la promitente vendedora —manifestada por los indagados— de no ir a mostrar los cheques a la oficina bancaria, se revela así mismo como un indicio de engaño, toda vez que si la transacción era completamente limpia, no podría existir en ellos temor de ninguna naturaleza de que la entidad crediticia se enterara de las condiciones mismas de la negociación, y la posterior excusa que adujeron luego de no haber podido cumplir por culpa de la propia vendedora, no tiene asidero en ninguna de las pruebas recaudadas, y así fue rebatida por los propios funcionarios del banco.

La incuria de los esposos Duarte-Mestra para atender el proceso ejecutivo que contra ellos adelantó el Banco Industrial Colombiano, y en el cual en últimas fue rematado el inmueble por ellos comprado a la señora Pérez Urango, es otra muestra de un proceder en apariencia delictivo, y otro medio de convicción que fue así valorado por el juez acusado.

No puede la Corte, en este momento, pronunciarse en definitiva si el asunto ventilado ante la jurisdicción penal por el acusado realmente constituía o no delito, no solamente por cuanto carece de competencia para ello, sino además porque no tiene en su poder todos los elementos de juicio necesarios; evidente sí resulta el hecho de que en la negociación se presentaron situaciones bastante confusas, indicadoras todas ellas de la posible existencia de un delito en la conducta desplegada por los esposos Duarte-Mestra y, por lo tanto, no se ve que el inculpado Ojeda Martínez haya realizado a su vez conducta delictiva alguna; su actuación se halla conforme a las prescripciones legales y así, acertada resulta la decisión del Tribunal que ahora es sometida a la decisión de esta Sala. Se compulsarán copias para que si es del caso se investigue la conducta de los Magistrados que tomaron la decisión que ahora se critica.

Sea lo anterior suficiente para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, y de acuerdo con él,

RESUELVA:

Confirmar en todas sus partes la providencia materia de consulta, ordenada la compulsación de copias mencionada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez R. Secretario.

APODERADO

Personería.

El profesional del derecho que pretenda intervenir dentro de un proceso o actuar mediante la presentación de escritos, sin acompañar el poder que se le confiere, no puede ser atendido por el juzgador, por cuanto no le es permitido suponer la existencia de éste.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Aprobado: Acta número 062.

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1986.

${ m Vistor}$

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del procesado Luis Bernardo López Lalinde contra el auto de 14 de mayo del corriente año por medio del cual se declaró desierto el de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira de 7 de octubre de 1985, por el delito de homicidio.

Al recurso se le dio el trámite previsto por los artículos 349 y 108 del Código de Procedimiento Civil.

ACTUACIÓN PROCESAL

- 1º Por auto de 10 de febrero del corriente año se declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el procesado Luis Bernardo López Lalinde contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el 7 de octubre de 1985, por el delito de homicidio.
- 2º Con fecha 12 de febrero de 1986 se libró el Despacho comisorio número 040 al señor Juez Tercero Superior de Pereira con el fin de

notificar personalmente al procesado recurrente a la providencia de fecha 10 de febrero último y, el 24 siguiente ante el Asesor Jurídico de la Cárcel del Distrito Judicial de esa ciudad, se le hizo saber que disponía de treinta (30) días hábiles para presentar la demanda respectiva "por medio de abogado titulado".

- 3º Recibido el despacho número 040 debidamente diligenciado, la Secretaría de la Sala corrió traslado el seis (6) de marzo de 1986, y el señor apoderado especial del procesado presentó demanda el 21 de abril.
- 4º El 24 de abril la Secretaría informa al Magistrado sustanciador que la demanda presentada por el apoderado del procesado fue recibida en término, pero, estando el expediente al Despacho, el 29 del mismo mes y año se recibió el poder suscrito por López Lalinde con informe de su presentación fuera del término de traslado.
- 5º Por auto de 14 de mayo de 1986, la Sala declaró desierto el recurso de casación y ordenó la devolución del proceso al Tribunal de origen.
- 6º El señor apoderado del procesado, en escrito de 22 de mayo siguiente, solicita la revocatoria del auto mencionado, en los siguientes términos:
- "... solicito reposición del proveído de esa Sala, fechado el catorce del corriente mes, por el cual declara desierto el recurso dizque por 'no haberse presentado demanda de casación' en en ese negocio".
- "De una parte, tengo la copia certificada de la demanda que oportunamente dejé en la Secretaría de esa Sala, y, de otra, si bien por un olvido involuntario no agregué el documento poder del recurrente, por el cual me confería su personería para tal recurso de casación, respetuosamente pongo en consideración de la Sala que la personería la otorga el mandante. Otra cosa es el examen que haga la Corte o el juez de si el apoderado puede ser o no aceptado, eventualidad positiva o negativa que no depende afirmar o negar porque el documento llegue luego de una actuación, pues, repito, la personería la da el mandante y la revisión de las calidades del apoderado bien pueden ser afirmadas o negadas después de la actuación. Si es negada la personería por falta de calidad del mandatario, su actuación resulta inválida, pero si no hay razón de calidad que excluida, conlleve negar el mandato, no hay fundamento para tomar como no presentada la demanda, y ni siquiera que no se presentó en tiempo, porque una y otra cosa aquí ocurrieron dentro del lapso legal".
- "Supóngase, por ejemplo, que alguien, desde Miami, mande un poder a la Corte, para que alguien represente a quien es parte en un proceso o va a constituirse parte y por demora en el correo llegue a destiempo. ¿Se negará la personería conferida?".
- "Repito que el mandato lo confiere, en este caso, el recurrente y su efectividad no puede ser denegada sino por ausencia de calidades exigibles en el mandante o en el mandatario".
- "Espero que al ser repuesta la providencia recurrida, se enmiende la afirmación de que no fue presentada en tiempo la demanda o de que no se presentó demanda, pues, reitero, tengo la copia que prueba lo contrario".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 8º del Código de Procedimiento Penal enseña que "son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o en leyes especiales, las disposiciones que rijan sobre organización y procedimiento civil".

Por su parte, el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil precisa que "para que se reconozca la personería de un apoderado es necesario que este sea abogado inscrito y que haya aceptado el poder expresamente o por su ejercicio".

En el presente caso, el recurrente en reposición, presentó demanda de casación en término pero sin acreditar su personería.

En efecto. Ha de entenderse que un profesional del Derecho, debidamente inscrito en el registro de abogados titulados, con tarjeta profesional vigente, debe, al principio de su actuación presentar el poder debidamente aceptado. Pero, si este último requisito no aparece en el mandato, con el simple ejercicio de él, o sea, mediante su actuación dentro del proceso, se establece la aceptación tácita y su intervención resulta válida.

En el caso de un abogado que recibe un mandato específico y dentro del término legal interpone un recurso sin haber sido reconocido como apoderado u olvida hacer la manifestación expresa de aceptación del poder conferido, no puede el Juez o Magistrado declararlo desierto por falta de personería o de aceptación del mandato, por cuanto, en la primera hipótesis, con la presentación del poder y del ejercicio sustentatorio, ejerce un mandato debidamente conferido y hace uso de las facultades que la ley le concede para intervenir a nombre de su mandante y, en la segunda, por disposición legal, la omisión de aceptación expresa, se sustituye automáticamente con el ejercicio del poder otorgado. El reconocimiento posterior de la personería es meramente declarativo y no se requiere como presupuesto previo para legitimar una actuación cumplida oportunamente.

Pero, cuando un profesional del derecho pretende intervenir dentro de un proceso o actúa mediante la presentación de escritos, sin acompañar el poder que se le confiere, no puede ser atendido por el juzgador, por cuanto no le es permitido suponer la existencia de éste.

Debe, inexorablemente, acompañarse la prueba de representación, so pena de ser rechazada su intervención, con las consecuencias procesales consiguientes, esto es, el vencimiento de términos o la realización, sin su intervención, de todos los actos procesales que la ley permite, salvo aquellos que impongan la presencia obligada de apoderado.

El recurso de casación, por ser eminentemente técnico y facultativo, exige con mayor razón, su sustentación por medio de abogado titulado. La Corte en repetidas oportunidades, ha dicho que la demanda de casación debe ser presentada por el defensor del procesado, aun el de oficio, o por uno de confianza con poder especial para representarlo en él.

El procesado recurrente en casación fue asistido desde el sumario por un profesional del derecho designado por él, el mismo que intervino en la etapa de la causa y que presentó escrito ante el Tribunal Superior de Pereira en solicitud de nulidad del proceso. Era a este profesional al que correspondía sustentar el recurso extraordinario, como lo hizo ante el Tribunal Superior de instancia frente al recurso de apelación interpuesto por el procesado o, a uno nuevo, con poder especial para ello.

Si bien es cierto que el procesado otorgó poder oportunamente, quien lo recibió no acreditó tal circunstancia dentro del término que la ley concede para presentar la demanda respectiva. Y si ello no ocurrió, el escrito correspondiente no puede ser considerado por la Corte como válido para proseguir el trámite pertinente, pues, se repite, los escritos presentados por quien no es parte en el proceso o no acredita haber recibido poder para actuar, han de tenerse como no presentados.

Un olvido, por involuntario que sea, no puede ser aceptado por el Juez o Magistrado para convalidar una actuación irregular. Mucho menos frente al recurso de casación que por su carácter de extraordinario, exige la intervención calificada de quien representa a un sentenciado, la debida técnica en la demanda y su presentación oportuna.

De ahí que la Corte en providencia de 2 de agosto de 1983, dijo:

- "El Código de Procedimiento Penal no tiene norma expresa que indique cuándo se entiende recibida en término una demanda de casación presntada ante autoridad diferente de la Secretaría de la Corte, como sí lo hace en cambio el Código de Procedimiento Civil, el cual dispone en el inciso segundo de su artículo 373:
- "El recurrente podrá remitir la demanda a la Corte desde el lugar de su residencia, y se tendrá como presentada en tiempo si llega a la Secretaría antes de que venza el término de traslado".
- "Este mismo principio lo reitera en el artículo 84 en tratándose de la demanda incoactiva del proceso. Dice esta norma en su inciso primero:
- "Toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe, ante el secretario de la autoridad judicial a quien se dirija; el signatario que se halle en lugar distinto, podrá remitirla previa autenticación ante juez o notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada a su recibo en el despacho judicial de su destino". (Subrayas fuera de texto).
- "Las disposiciones que se dejan transcritas dispensan a quien se acoja a ellas de la presentación personal de la demanda en el propio Despacho ante el que va a actuar y le brindan, por lo mismo, la comodidad de no tener que desplazarse de su sede habitual de trabajo, evitando de paso gastos adicionales, pero le hacen asumir la contingencia de que no llegue el libelo dentro del tiempo del traslado y le sea, consecuencialmente, declarado desierto el recurso".
- "De otra parte, no consagran ninguna excepción y, por lo mismo, quien las aplica no puede establecerla, pues si se tuviera en cuenta, por vía de ejemplo, la calidad de funcionario del recurrente para aceptarle como presentada en tiempo su demanda remitida, no obstante haber sido recibida

en el Despacho destinatario, vencido ya el término perentorio de traslado de que disponía, se le estaría reconociendo una ampliación del mismo sin haberla solicitado y sin que esa circunstancia constituya causa legal de interrupción o suspensión de términos (artículos 189 y 191 del C. de P. P.), aparte de que se le otorgaría por ese medio un privilegio del que no disfrutarían los recurrentes particulares''.

"Cuando el Fiscal impugna en casación un fallo lo hace en cumplimiento de su deber y pasa a ser tenido como parte para los efectos del recurso, en el mismo plano de igualdad de los demás impugnantes, como se desprende del contenido del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, que preceptúa:

"El Fiscal del Tribunal Superior, que interpusiere el recurso de casación en materia penal, debe tenerse como parte recurrente para los efectos de presentar la respectiva demanda dentro del término señalado por el artículo 577, demanda que podrá ampliar el Procurador General de la Nación". (Subrayas fuera de texto).

"Y el artículo 577 dice:

"El recurso de casación se tramitará así: Repartido el expediente en la Corte, la Sala decidirá dentro de los diez días siguientes si es o no admisible el recurso. Si fuere admitido, se ordenará el traslado al recurrente o recurrentes por treinta días, a cada uno, para que dentro de este término, presenten las demandas de casación. En caso contrario dispondrá que se devuelvan los autos al tribunal de origen".

"A su vez el artículo 578 ibídem, prescribe:

"Presentada en tiempo la demanda de casación, la Sala resolverá si se ajusta a los requisitos exigidos en el artículo 576".

"De suerte que, para la prosperidad de la tramitación de la demanda, es presupuesto ineludible el haber sido entregada en tiempo".

"Y como el Código de Procedimiento Penal no tiene norma expresa que indique, respecto de la demanda presentada ante autoridad distinta, cuándo se entiende que lo fue en término, pero, en cambio, en su artículo 8º permite aplicar por analogía disposiciones del estatuto de procedimiento civil en el campo penal con miras a llenar vacíos legales y siempre que no pugnen con sus propios ordenamientos, es pertinente aplicar en este caso las normas civiles anotadas, pues se dan los presupuestos establecidos por el artículo 8º".

De acuerdo con lo anterior, si la demanda de casación debe ser presentada dentro del término legal en la Secretaría de la Corte, con mayor razón el poder que faculta al profesional del Derecho para sustentar el recurso extraordinario de casación a nombre del procesado, cuando el apoderado es distinto de aquél que viene actuando en las instancias.

El defensor del aquí procesado fue designado directamente por él y actuó en las dos instancias. Al no ser relevado de su cargo en forma oportuna

o por lo menos no haberse acreditado tal circunstancia dentro del término de treinta (30) días hábiles que disponía para presentar la demanda por medio de abogado titulado el procesado, la demanda de casación suscrita por quien no venía actuando, sin ser acompañada del correspondiente poder para actuar ante la Corte, resulta improcedente por falta de personería y, consecuencialmente, debe considerarse como no presentada. Vencido el término de traslado legal, el recurso debía declararse desierto, como en efecto lo declaró la Corte en el auto recurrido.

Finalmente, podrá decirse que si el señor apoderado no tenía personería para presentar la demanda de casación, tampoco podía interponer el recurso de reposición que ahora se desata. Sin embargo, como se dejó dicho anteriormente, la presentación del poder ocurrió una vez vencido el término de traslado al recurrente, pero antes del pronunciamiento de la Sala sobre el rechazo de la demanda suscrita por él. Para el momento en que interpuso el recurso de reposición, ya había acreditado el deseo del procesado de ser representado por apoderado especial y, por esa razón, el trámite dado por la Secretaría de la Sala a su escrito, resulta conforme a las reglas procedimentales que rigen la materia.

En tales condiciones, el recurso de reposición interpuesto por el señor apoderado del procesado Luis Bernardo López Lalinde contra el auto de 14 de mayo del corriente año, habrá de rechazarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, no repone su providencia de 14 de mayo último por medio de la cual declaró desierto el recurso de casación en este asunto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Z.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

AUTO DE PROCEDER

Circunstancias específicas.

Las circunstancias conocidas que especifiquen el hecho imputado al procesado, según el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, son las que la doctrina y la jurisprudencia denominan con el nombre de específicas y no las conocidas como genéricas, en los artículos 64 y 66 del Código Penal. La Corte reitera su tesis del 5 de junio de 1984.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado: Acta número 62.

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1986.

Vistos

Reconstruido en lo posible este proceso, corresponde a la Corte decidir el recurso de casación interpuesto por el procesado Isaac Rincón Higuera contra la sentencia de 12 de abril de 1984, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, confirmando la dictada por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad, lo condenó a la pena principal de diez años de prisión y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio en Julio Demetrio Granados Puerto.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los que dieron origen a la formación del proceso y lo ocurrido en desarrollo del mismo, es reseñado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de la siguiente manera:

"Aparece de autos, que la tarde del 28 de mayo de 1982, en una cantina del corregimiento 'La Trinidad', jurisdicción municipal de Paipa

(Boyacá), Isaac Rincón Higuera y Julio Demetrio Granados se dedicaban a ingerir bebidas embriagantes cuando de improviso surgió entre ellos una discusión en desarrollo de la cual, aquél amenazó a éste con cuchillo en mano, recibiendo un puntapié y cayendo al piso.

"A eso de las siete y media de la noche los contertulios se trasladaron a sus respectivas viviendas uno tras otro y al llegar a un paraje de la vereda "Rincón de Españoles", Rincón Higuera atacó repetidamente con arma cortopunzante a su contrincante ocasionándole múltiples lesiones en el abdómen que determinaron su deceso cinco días después en la Clínica Nueva de la ciudad de Sogamoso.

"Perfeccionada en lo posible la investigación, el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo, previa presentación de las alegaciones de las partes, por auto del seis de diciembre del mismo año (1982), llamó a responder en juicio con intervención de jurado de conciencia al procesado Isaac Rincón Higuera por el delito de homicidio simple, pronunciamiento consentido por la defensa (Fls. 148 y ss. del expediente).

"En el acto de la audiencia pública fue sometido a consideración del jurado el siguiente cuestionario único:

"El acusado Isaac Rincón Higuera, hijo legítimo de Arturo y Concepción, natural de Duitama, vecino y residente en la vereda de Rincón de Españoles, de 49 años de edad para la fecha de su indagatoria, de profesión agricultor, casado con Florinda Cárdenas, con quinto año de escuela primaria como grado de instrucción, titular de la cédula de ciudadanía número 2899027 de Bogotá, Suboficial del Ejército Nacional retirado, sin apodos o sobrenombres conocidos de autos, ¿ es responsable sí o no, de haber dado muerte con intención de matar a Julio Demetrio Granados Puerto, mediante el empleo de arma cortopunzante (cuchillo), según hechos acaecidos a eso de las siete de la noche del día 28 de mayo de 1982, sobre la vía que de la Trinidad conduce a la vereda Rincón de Españoles de Paipa, al haberle ocasionado los destrozos orgánicos señalados en el protocolo de necropsia por el señor médico legista?".

Concluido el debate público, el jurado por unanimidad, afirmó la culpabilidad del acusado en los siguientes términos: Sí es responsable.

"Y el juzgado del conocimiento acogiendo sin reservas el veredicto emitido, en sentencia del 2 de diciembre de 1983, condenó al procesado a la pena principal de diez años de prisión y a las sanciones accesorias correspondientes; fallo apelado por la defensa y el representante de la parte civil y confirmado, sin ninguna modificación, por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, mediante el que es objeto del recurso de casación".

La demanda

Bajo el ámbito de la causal cuarta de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia de segunda instancia por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad de rango constitucional, formulándose cuatro cargos, a saber:

Primero. Nulidad del juicio a partir del auto de proceder por "deficiente motivación del mismo", toda vez que no fueron apreciadas ciertas circunstancias demostradas en el sumario, que de haberlo sido, habrían modificado la responsabilidad del procesado.

Argumenta la impugnadora que en la providencia enjuiciatoria no se tuvo en cuenta el estado de embriaguez en que se encontraba el acusado al momento de cometer el hecho punible, como resulta del dictamen rendido por los peritos que intervinieron en la diligencia de reconstrucción de los hechos con lo que "se habría podido cambiar la responsabilidad del enjuiciado y al confeccionarse los cuestionarios había que tenerse en cuenta esta situación"; no se le dio ninguna significación al hecho de que la víctima hubiera fallecido siete días después de recibidas las heridas "de donde se podría deducir que los resultados dañosos no han tenido como causa única el comportamiento activo del enjuiciado".

Tampoco se despejó la contradicción en que incurren los testigos Helver Nelson Granados y Marco Tulio Avendaño respecto a si el occiso salió de la cantina "atrás del sindicado", circunstancia que de haber sido aclarada habría llegado "hasta a eximir de responsabilidad al encausado, ya que el occiso fue el que lo persiguió siendo valedera la teoría de la legítima defensa".

La incorrecta elaboración del pliego de cargos por desatención de las formalidades procedimentales exigidas para su confección (artículo 483-2 del C. de P. P.), proveniente de la ausencia de análisis de las pruebas demostrativas de la imputación al procesado, quebrantó una de las formas del debido proceso y conculcó el derecho de defensa del procesado.

Segundo. Nulidad de carácter supralegal por inobservancia de las formas del debido proceso y consiguiente desconocimiento del derecho de defensa consistente en que, habiendo fallecido el defensor de Isaac Rincón Higuera, doctor Alvaro Rodríguez Suárez, de lo cual se dio noticia al juez, no fue de inmediato reemplazado, quedando el procesado desprotegido de defensa durante la etapa probatoria del juicio, pues nadie intervino en la práctica de las pruebas decretadas e incompletamente recaudadas por el funcionario comisionado.

La invalidez se reclama a partir de la fecha del fallecimiento del defensor, a fin de que se reponga la viciada actuación.

Tercero. Nulidad de orden constitucional por desconocimiento de una de las garantías procesales consagradas en el artículo 26 de la Carta Política, consistente en no haberse practicado las pruebas solicitadas por la defensa en la etapa probatoria del juicio, concretamente, la diligencia de careo entre los deponentes Helver Nelson Granados y Narciso Granados, encaminada a precisar si el primero de ellos, como aparece aceptado por los juzgadores de instancia, presenció o no el desarrollo de los sucesos que relata.

"La confrontación omitida es trascendental, pues mucho decide sobre la responsabilidad del enjuiciado, debido a que el testigo Elver Nelson Granados no habría estado presente en el momento de los hechos". Cuarto. Nulidad constitucional por falta de adecuada y efectiva defensa del procesado en la etapa del juicio, porque el defensor designado de oficio para sustituir al fallecido se conformó con recibir notificación del auto de proceder y "nada dice sobre la práctica de las pruebas realizadas sin defensor del encausado, se limitó a pedir copias de la actuación y a plantear una legítima defensa en la audiencia".

Este comportamiento omisivo y negligente privó al acusado del derecho que tenía de contar con una defensa formal y técnica que abogara en su favor impugnando las decisiones que le fueran adversas, solicitara la declaración de las nulidades que emergen del proceso y procurara en lo posible la libertad de su cliente.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo. El Ministerio Público, representado en esta ocasión por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se opone a la prosperidad del reparo arguyendo que de la atenta lectura de la providencia enjuiciatoria dictada por el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo, se pone de manifiesto la inconsistencia de los razonamientos aducidos por la demandante, pues en su redacción se cumplieron a plenitud las formalidades y exigencias contenidas en el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal.

"La ebriedad del sindicado —agrega—, el deceso de la víctima después de recibidas las heridas y la circunstancia de no haberse despejado la aparente contradicción en que incurren los deponentes Granados y Avendaño, en cuanto al orden en que abandonaron la cantina los protagonistas de la tragedia, hechos omitidos en la motivación del vocatorio a juicio no tienen el alcance jurídico que se les atribuye en la demanda como generadores de nulidad supralegal por deficiente o irregular motivación del pliego de cargos".

Luego agrega:

"Habiendo desaparecido del nuevo Estatuto Punitivo la figura del homicidio concausal, cualquier deferencia al respecto resulta impertinente y la circunstancia de no haberse aclarado el orden en que abandonaron la cantina víctima y victimario, en nada afecta la validez del auto de proceder, toda vez que fue consentido por la defensa. En el debate público el defensor se empeñó en alegar la legitimidad (sic) del acusado, con fundamento en las explicaciones por él suministradas en la indagatoria, el veredicto de culpabilidad no fue controvertido ni calificado de injusto y que en esta clase de procesos es a todas luces impertinente reabrir un debate probatorio que concluyó en la audiencia pública".

Ciertamente las circunstancias notadas de menos en la motivación del pliego de cargos formulados al procesado no tienen la relevancia júrídica capaz de generar su invalidez por inobservancia de las formas propias del juicio, puesto que ninguna de ellas incide en la calificación del hecho punible, variando el contenido o alcance de la acusación.

El artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, establece como presupuestos para dictar auto de proceder, la plena comprobación del cuerpo del delito y en cuanto a la culpabilidad del sindicado, la existencia de una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio o graves indicios de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga y el artículo 483 ibidem, norma que disciplina su redacción, exige como requisito formal el análisis de las pruebas demostrativas de la materialidad del hecho y de las en que se funda la imputación y la calificación genérica del mismo con indicación de las "circunstancias conocidas que lo especifiquen".

Las circunstancias a que alude la norma citada son las que la doctrina y la jurisprudencia denominan con el nombre de específicas de agravación o atenuación punitiva que son aquellas previstas en la parte especial del Código Penal y tienen la particularidad de modificar la pena señalada en el tipo penal infringido, incrementando o disminuyendo su quantum más allá del máximo o por debajo del mínimo y no las conocidas como genéricas de agravación o atenuación punitiva contempladas en los artículos 64 y 66 del Estatuto Represor, que el anterior Código Penal llamaba de mayor o menor peligrosidad, las que, por imperativo legal (Art. 534 del C. de P. P.), sólo puede examinar el juzgador en la sentencia de condena para los efectos de dosificar la pena imponible, dentro de los límites mínimo y máximo establecidos en la norma sustancial quebrantada.

La Sala, precisando la incidencia de tales circunstancias en la elaboración del enjuiciamiento, ha dicho sobre el particular:

"La presencia de circunstancias no sólo tiene importancia en el ámbito de la punibilidad, tienen, también, alcances procesales, pues algunas de ellas también 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, entre éstas 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 sea de agravación representan un cargo y por ende deben ser precisadas en el enjuiciamiento para garantía del derecho de defensa'' (Cas. de junio 5 de 1984. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo).

La ebriedad accidental o transitoria en que se encontraba el agente al momento de cometer el hecho punible, de lo cual dan fe el propio sindicado y los testigos de los acontecimientos, no le produjo un trastorno mental de tal magnitud que le impidiera comprender la ilicitud de su comportamiento o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por lo que no puede ubicarse en el terreno de la inimputabilidad. Dicho fenómeno puede mirarse como circunstancia genérica de atenuación punitiva

con las consecuencias jurídicas ya mencionadas, sin que su omisión en el auto calificatorio tuviera la virtud de afectar su validez.

Las demás circunstancias inadvertidas en el vocatorio a juicio son apreciaciones puramente subjetivas de la impugnadora, cuya inclusión no resultaba imperativa para el funcionario calificador, y respecto a las cuales giró en gran parte el debate en audiencia pública.

Establecido así que el enjuiciamiento del procesado se ajustó a las prescripciones procedimentales que regulan su prolación (sic), la deficiente motivación y el consecuente desconocimiento del derecho de defensa aparecen infundados.

No prospera la impugnación.

Segundo cargo. El Procurador Delegado, tras aludir a que éste como el anterior cargo, fueron materia de debate y decisión en el fallo impugnado ofrece la siguiente réplica que acoge la Sala para concluir con él que la tacha formulada no está llamada a prosperar.

Afirma en efecto:

"En escrito recibido en la Secretaría del Juzgado Superior el 2 de febrero de 1983 (Fl. 161), el enjuiciado Rincón Higuera aclara el sentido de las pruebas por su defensor en la etapa del juicio, dando cuenta del hecho de su fallecimiento, circunstancia que sólo vino a ser considerada por el juez meses después requiriéndolo formalmente para que designara la persona que debía reemplazarlo, manifestando no tener a quién designar, por lo que se le nombró de oficio al abogado Edgar Barrera Rosas, con quien se prosiguió el juicio hasta su terminación.

"Durante dicho lapso, el Juez Penal Municipal de Paipa, comisionado para la práctica de las diligencias decretadas, realizó un careo entre los testigos Marco Tulio Avendaño y Elver Nelson Granados, acto para el cual no era necesaria la presencia del defensor. Las demás pruebas ordenadas a petición suya y no recepcionadas por el funcionario comisionado, tampoco requerían su participación.

"Significa lo dicho, que el acusado permaneció sin defensor durante el tiempo que el expediente estuvo en comisión en el Juzgado Municipal de Paipa; pero de ahí no puede inferirse, como lo hace la libelista, que se haya desconocido, conculcado o siquiera limitado el derecho de defensa del procesado Isaac Rincón Higuera, toda vez que éste gozó a plenitud de las prerrogativas inherentes a su condición de sindicado contando con profesionales del derecho que abogaron por él en momentos culminantes del juzgamiento, planteando y sustentando con sólidas razones, la justificación del hecho por legítima defensa de su vida.

"No debe perderse de vista, que la nulidad incoada se presenta cuando la indefensión es absoluta o cuando la defensa ha sido confiada a persona incompetente, situación que no se da en el caso examinado.

"Ahora bien, el hecho de que el auto de proceder no haya sido impugnado o de que el enjuiciado temporalmente no contó con defensor que lo representara no son suficientes por sí solos para sostener que estuvo huérfano de defensa, pues del balance general que resulta de la actuación cumplida por los defensores, se colige que el procesado gozó de defensa técnica y formal".

Tercer cargo. Recuerda el Agente del Ministerio Público, que el careo no es un medio probatorio, sino simple diligencia investigativa, cuya única finalidad es la de aclarar las contradicciones o discordancias en que incurren dos deponentes sobre hechos que interesan a la investigación y que en el presente caso, la falta de recaudo de la confrontación ordenada entre los testigos Elver Nelson Granados y Narciso Granados, en nada hubiera modificado la situación jurídica del acusado, quien por lo demás acepta la presencia del primero de los nombrados en el momento culminante de los hechos.

En verdad, no se remite a dudas, que el careo, en el evento de haberse producido, en nada habría variado la situación del procesado, pues la circunstancia de que el menor Elver Nelson Granados aparezca como testigo presencial, está establecida por otros medios (indagatoria del sindicado y careo de éste con el citado deponente) (Fls. 35 a 39 y 118 a 121 del cuaderno de copias aportado por la demandante), sin que su existencia haya sido puesta en entredicho por las partes intervinientes en el debate público. La defensa, en dicho acto, admitió la presencia del testigo en el lugar de los sucesos criticando, eso sí, la sinceridad de sus afirmaciones como estrategia para sustentar ante el jurado de conciencia la justificación del hecho en razón de haber obrado su patrocinado en legítima defensa de su vida.

No se requiere mayor esfuerzo dialéctico para comprender que la ausencia de la diligencia de careo tiene que ver con un hecho debidamente comprobado por otros medios de convicción y en consecuencia, su omisión no justifica la nulidad del proceso al amparo del artículo 26 de la Constitución Nacional por desatención de las formas del debido proceso o desconocimiento del derecho de defensa.

Reiteradamente ha sostenido esta Corporación que "el decreto de careos es facultativo del juez o instructor, quien debe ser cauto en ordenarlos, según las peculiares características del proceso. Por consiguiente, si no es un poder-deber del juez, sino una facultad de discrecional ejercicio, no habrá irregularidad alguna ni siquiera en los casos en que frente a una evidente posición antagónica entre dos testigos sobre puntos trascendentales de la imputación, fuera solicitada por alguna de las partes y el juez negara su práctica. Menos aún cuando la confrontación ha sido oficiosamente decretada en procura de mayores elementos de crítica para avaluar el testimonio y por cualquier circunstancia no es posible su realización" (C. S. J., sentencia junio 5/75).

No prospera el cargo formulado.

Cuarto cargo. Como bien anota el Procurador Delegado, este cargo es complemento de los anteriores y aparece sustentado en apreciaciones puramente personales de la demandante dirigidas a cuestionar la labor defensiva del procurador oficioso del sindicado sin esbozar "un plan defensivo, que de haberse ejecutado, le hubiera significado al procesado

recurrente la demostración de su inocencia o la atenuación de su culpabilidad frente a las pruebas recaudadas y en tales condiciones, la Corte carece de puntos de apoyo para confrontar y ponderar la tarea defensiva desarrollada por el oficioso defensor...".

Efectivamente, la actora se limita a criticar lo que considera ineficaz labor defensiva cumplida por el defensor sustituto del fallecido por no haber reclamado la invalidez del juicio por vicios en la producción de las pruebas ni abogar en favor del procesado, pero no presenta un plan estratégico de defensa, que de haberse seguido, le hubiera significado la demostración de su inocencia o la morigeración de los rigores de la imputación.

Respecto al modo como debe ejercitarse la defensa, la Corte ha optado en sus últimas decisiones "por dejar de mirar el aspecto puramente formal o aparente del ejercicio de una adecuada defensa, que era la tradicional y de reconocer la independencia y soberanía de los abogados, que iba al otro extremo, para enfocar su estudio hacia la correspondencia o relación que debe existir entre la actividad desplegada por los juzgadores, el acervo probatorio recogido y la acuciosidad de los apoderados y defensores; de modo que sólo en consideración a estos presupuestos es posible deducir si frente a una situación procesal concreta, la falta de apoyo defensivo del abogado, su inercia o su pasividad, menoscabaron los derechos legítimos del procesado, su defensa y su juzgamiento" (Cas. de 13 de julio de 1982 y 12 de febrero de 1985).

Consecuente con este nuevo giro jurisprudencial, expresó en reciente oportunidad:

"No se puede afirmar que una asidua y tenaz asistencia del apoderado o defensor, concretada en la interposición de recursos, petición de pruebas, presencia en la recepción de éstas y permanentes controversias en relación con las ordenadas y denegadas, signifique una calificada y material defensa de los intereses del acusado; y que, por el contrario, una actividad opuesta se erija en falta de adecuada defensa material y formal. Genéricamente no puede mencionarse una idea formal de actuar por parte del profesional del derecho y por tanto procede repetir que cada abogado la llevará a cabo de conformidad con su preparación y experiencia, con la naturaleza y circunstancias del hecho punible, y en fin, con su manera de ser y de actuar si ha de aceptarse que cada quien tiene su propio estilo" (Cas. mayo 25 de 1985. Magistrado ponente: dector Fabio Calderón Botero).

Aplicando estos principios al caso juzgado, se tiene que el procesado Isaac Rincón Higuera contó con las prerrogativas legales inherentes a su defensa durante la etapa del juzgamiento, siendo asistido por dos profesionales del derecho, uno de los cuales, solicitó la práctica de pruebas que estimó conducentes, las que fueron decretadas y en parte recepcionadas y el otro, en el corto lapso que le correspondió actuar como defensor de oficio, pidió copias del expediente para preparar la defensa de su representado "esforzándose —como dice el Ministerio Público— por convencer al jurado de conciencia respecto a la justificación del hecho imputado al inculpado, única tesis compatible con las explicaciones por él suministradas a través del proceso".

No cabe la menor duda que dada la naturaleza del juicio adelantado (con intervención del jurado de conciencia) y en atención a las explicaciones suministradas por el sindicado en el sentido de haber obrado en defensa de su vida, la única estrategia defensiva a seguir o la más aconsejable, no podía ser otra que la de plantearle al Tribunal Popular esta alternativa, como en efecto ocurrió, sin que su rechazo por los jueces de hecho signifique que la defensa fue inidónea, deficiente o inadecuada.

Tampoco prospera la impugnación.

Decisión

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

AUTO INHIBITORIO

Mandatario.

En el evento del auto inhibitorio y porque la denuncia puede presentarse por medio de apoderado especial, naturalmente ese mismo mandatario puede interponer los recursos y acciones a que tenga derecho su mandante.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Aprobado: Acta número 060, 19 de junio de 1986.

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1986.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en auto de febrero cuatro (4) del año en curso, se abstiene "de abrir proceso penal contra el actual Juez Tercero Penal de este Circuito, doctor Rubén Darío Correa Sánchez, portador de la cédula de ciudadanía número 2824537, expedida en Tierralta, y cuya calidad de funcionario se halla suficientemente acreditada en esta información, por las razones que se han consignado en la parte motiva de este proveído".

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Estas diligencias preliminares tuvieron origen en la denuncia presentada por Pedro Antonio Duarte Altamiranda contra el doctor Rubén Darío Correa Sánchez, Juez Tercero Penal del Circuito de Montería, por haberle ordenado abrir investigación, igual que a su esposa, tratándose de un delito inexistente y por haberles proferido auto de detención preventiva a sabiendas de que el asunto era de carácter eminentemente civil.

- 2. Ordenadas las diligencias previas, entre otras pruebas, se trajo a los autos la actuación cumplida por el juez acusado. Y, en el auto donde se resuelve la situación jurídica del ahora denunciante, se lee la siguiente motivación:
- "La señora Tomasa María Pérez Urango presentó denuncia penal ante el Juzgado de Instrucción Criminal, directamente contra Pedro Antonio Duarte Altamiranda y Myriam Mestra de Duarte, como responsables del delito de estafa en perjuicio de su patrimonio económico, ya que éstos mediante maniobras fraudulentas o engañosas la indujeron primero a realizar una promesa de compraventa y segundo a otorgarles la escritura pública de su finquita expresándoles que así el Banco Industrial les daría la plata y le cancelaban el valor de la finca, con el resultado que el banco remató la finca para pagarse un préstamo que le había hecho a los señores Duarte Mestra, todo lo cual dio como resultado que Tomasa María quedase sin finca y sin el valor o mejor sin la cancelación del valor de la misma, pues a la denunciante sólo le quedaron unos cheques impagados porque sus giradores tenían la cuenta embargada. El artículo 42 de la Ley 2ª de 1984 establece los requisitos o presupuestos para dictar auto de detención precautelativa, dispone lo siguiente: ... En el caso que nos ocupa el delito investigado se encuentra tipificado y sancionado con pena de prisión por el Capítulo III, Título XIV, Libro II de nuestro Código Penal, su denominación genérica es estafa y se sanciona con prisión de uno (1) a diez (10) años y multa de un mil a quinientos mil pesos, consiste esencialmente en el provecho ilícito que se obtiene, con daño patrimonial ajeno, mediante el empleo de artificios y engaños idóneos para inducir a otro en error... El Juzgado con el respeto que los planteamientos del señor apoderado le merecen tiene para manifestar que no comparte en modo alguno tales criterios, entre otras por las siguientes razones:
- a) El artículo 42 de la Ley 2ª a que nos referimos no exige ni mucho menos, para la detención de un procesado, que el punible del cual se le sindica se encuentre demostrado o comprobado en sus elementos tipificadores, dicha disposición sólo requiere que la infracción por la cual se oyó en descargos al sindicado, tenga señalada pena privativa de la libertad. En el caso de autos observamos, como lo anotábamos anteriormente, que el delito en vía de investigación es de estafa y que la estafa en nuestro Código Penal está sancionada con pena de prisión de uno (1) a diez (10) años que lógicamente es privativa de la libertad. Como corolario de lo anterior se colige que sí cumple el primer requisito que para detener a una persona exige la Ley 2ª de 1984.
- b) No es cierto como lo sostiene el distinguido abogado 'que el delito de estafa sólo puede tener como objeto las cosas o bienes muebles y jamás puede recaer sobre inmuebles'.
- ... De todo lo anterior se desprende que los señores Mestra y Duarte sí adquirieron el bien de propiedad de la señora denunciante y que si bien es cierto dicha adquisición tiene un cariz aparentemente legal, lo cierto es que de las diferentes pruebas que obran en el proceso se evidencia que hubo en los procesados ciertas maniobras que realmente los comprometen como posibles responsables del ilícito investigado. Así vemos por

ejemplo que el día doce (12) de agosto de 1982 realizan un contrato de promesa de venta en el cual se estipula entre otras cosas que si los futuros compradores no cumplen con lo pactado estarían obligados a pagar perjuicios y devolver la finca y sin embargo cuatro días después de haber firmado la promesa de compraventa, el 16 de agosto del mismo año, logran convencer a Tomasa Pérez para que les corra la escritura pública de dicho bien, con el pueril argumento de que así el banco les entregaba la plata para cancelarle el valor de los cheques. Si los cheques girados a favor de la presunta vendedora iban a ser cancelados uno el 20 de septiembre de 1982 y el otro el 28 de febrero de 1983, y la escritura pública fue corrida a favor de los procesados el 16 de agosto de 1983, es apenas lógico suponer que la famosa promesa de compraventa firmada entre el denunciante y sindicados, ya no tenía razón de ser y ella sólo quedaba como testimonio inocuo documento firmado por los contratantes, pero en el fondo jurídico de nada servía la tal promesa de compraventa para impedir el traspaso del bien y hacer cumplir por parte de los presuntos compradores con el pago de los cheques, puesto que ya Tomasa Pérez había sido convencida para correr la escritura pública del bien, como anotamos cuatro días después de hecha la tal promesa de compraventa. Lo que fluye con claridad en las sumarias es que los esposos Duarte Mestra hicieron con Tomasa Pérez 'un lindo negocio' con toda clase de maniobras y artimañas y falsas promesas, lograron convencerla de que para cancelarle los dos cheques por valor de la finca, antes de su vencimiento, nada mejor haría que lograr el préstamo en el banco en el cual salía sin ningún problema hipotecando la finca, pero como es natural para realizar la escritura de hipoteca Tomasa Pérez debía correrle la escritura del bien a ellos puesto que ellos eran los titulares del préstamo; la vieja Tomasa, campesina ignorante y por añadidura de buena fe, creyó con la fe del carbonero, en la sinceridad de la promesa de los sindicados y el resultado de la operación pronto estuvo a la vista: la hipoteca de la finca fue utilizada para pagar la deuda de los señores Antonio Duarte y Myriam Mestra que tenían contraída con el Banco Industrial Colombiano, quien remató el inmueble sin ninguna interferencia por parte de los síndicados, y doña Tomasa se quedó sin préstamo, sin plata y sin el pequeño lote de tierra que había heredado de su señor padre. Sin embargo los procesados con olímpica frescura sostienen que la responsable es doña Tomasa Pérez Urango, porque fue ella quien los sonsacó y los indujo a que hicieran el negocio. De la indagatoria de los sindicados se desprende con meridiana claridad que ellos de todas maneras trataban de engañar desde el comienzo a Tomasa Pérez o al Banco Industrial Colombiano: A éste porque estaban gestionando un préstamo dizque para cultivo de patillas, cuando en realidad según ellos habían convenido con Tomasa Pérez que esa plata era para pagarle la finca; y engañan a Tomasa Pérez diciéndole que el préstamo era para pagarle la finca cuando según ellos era para hacer dicho cultivo. De todas maneras los sindicados debían de perjudicar a alguien económicamente, debían de engañar a alguien, alguien debía resultar estafado, porque ambos, a Tomasa y al Banco no le podían cumplir, y ese alguien lógicamente debía ser como en efecto lo fue doña Tomasa, quien era la persona ideal por su edad, su condición social, su ignorancia y buena fe para caer en el ardid, la trampa y las maquinaciones urdidas por los sindicados; de ninguna manera iba a ser la víctima el banco porque éste sí se encuentra asesorado por profesionales idóneos, y así una vez registrada la escritura de hipoteca ya tenían asegurada la deuda, sobregiros y créditos que los sindicados tenían contraídos con la institución y lógicamente no hablaron más de préstamo sino que procedieron a ejecutar a los Duarte-Mestra y a hacer efectivas sus acreencias, rematando la finca de Tomasa Pérez sin que los sindicados les importase nada, por cuanto nada habían pagado por dicha finca. Los mismos procesados se contradicen en sus indagatorias y así vemos como Duarte Altamiranda dice que le entregaron \$ 80.000.00 como abono de uno de los cheques de Tomasa Pérez (Fl. 50 v.) y ésta le firmó un recibo que lo tiene guardado y puede presentarlo al Juzgado; mientras que la sindicada Myriam Mestra afirma en su injurada que le entregaron a Tomasa no 80 sino ciento cincuenta mil pesos y que ésta no les firmó ningún recibo ya que no se lo exigieron porque confiaban en ella. Así mismo se observa que la procesada Myriam sostiene que el Banco les entregó \$ 200.000.00 por concepto del préstamo hipotecario, mientras que su marido afirma que el banco les entregó primero \$ 150.000.00 y después \$ 150.000.00 más, pero no como préstamo hipotecario sino por concepto de un sobregiro que ascendió a \$ 300.000.00. Vemos pues que los señores sindicados ni siquiera en sus injuradas están de acuerdo en lo que afirman, ya que dichas diligencias están plagadas de contradicciones y afirmaciones inverosímiles, como cuando Pedro Antonio Duarte afirma (Fl. 50 V.) refiriéndose al Gerente del Banco Industrial: él me iba a dar \$ 150.000.00 para completar con el sobregiro que había, la suma de \$ 300.000.00 ya que anteriormente yo me iba preparando para la siembra, había comprado semilla, motobomba y había comprado un buldózer para hacer una pequeña represa en la finca, con eso se había ido un sobregiro de trescientos mil pesos, me comentó que apenas regresara de Medellín me entregaba el resto del dinero... Será creíble que Antonio Duarte hubiese comprado semillas, moto-bomba y un bulddózer con la suma de trescientos mil pesos, cuando sabemos que el solo bulldózer vale varios millones de pesos. Así las cosas y sin entrar en mayores análisis de las diferentes piezas que a la misma conclusión nos llevarían se colige que en el caso de autos sí se cumplen. a cabalidad los presupuestos exigidos por el artículo 42 de la Ley 2ª de 1984...".

3. El auto de detención fue apelado, siendo revocado por el Tribunal, quien dispuso dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, atendiendo petición del Fiscal en tal sentido. De la parte motiva de tal determinación se transcribe lo siguiente:

"Revisando la Sala el expediente contentivo de la providencia recurrida, ha arribado a la inequívoca conclusión de que los hechos que describe el denuncio formulado por Tomasa María Pérez Urango carecen de relevancia jurídica en el campo de nuestro derecho sustantivo penal. La situación que se plantea en el asunto sub-exámine se contrae a lo siguiente: La denunciante celebró con los denunciados un contrato que lleva fecha agosto 12 de 1982 mediante el cual la primera promete vender a los segundos un inmueble situado en la región de San Anterito, corregimiento del mismo nombre, de la jurisdicción municipal de Montería por la cantidad de \$ 478.500.00 que debían cubrirse así: \$ 150.000.00 en cheque del Banco Industrial Colombiano de la cuenta número 2941 con fecha septiembre 20 de 1982 y \$ 328.500.00 en cheque del mismo banco y de la misma

cuenta para ser cancelado en febrero 28 de 1983. En la cláusula sexta de dicha promesa de venta se lee: 'la promitente vendedora se compromete con los promitentes vendedores (sic) a correr la escritura respectiva en forma inmediata, o sea una vez reciba los cheques que garantizan el pago de la transacción que se efectúa. Igualmente se compromete a entregar a los promitentes compradores la finca una vez sea corrida la escritura, entregándola para el efecto a paz y salvo de toda clase de gravámenes y embargos y garantizando el libre acceso a la finca'. Como se advierte con meridiana claridad objetiva, entre la señora Tomasa María Pérez Urango por una parte, y Antonio Duarte Altamiranda y Myriam Mestra de Duarte por la otra se desarrolló o celebró un clásico contrato de compraventa dentro del cual la primera estaba en la perentoria obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida y los segundos a pagar el precio convenido. Este fenómeno lo reglamenta el Libro Segundo en el Título XXIII del Código Civil. Se ha afirmado a través del contexto del presente informativo como se desprende de la medida de custodia preventiva motivo de la impugnación que los sindicados en orden de obtener que la denunciante otorgara la escritura pública del inmueble especificado en el contrato de promesa de venta emplearon medios artificiosos o engañosos para inducirla a error con beneficio propio endilgándoles con esta operación la comisión del punible de estafa. Mas sucede que ese documento público tuvo como fundamento esencial de su existencia la propia promesa de venta cuestionada y si en verdad posteriormente fue materia de hipoteca el bien vendido y luego rematado por el banco, ello obedeció a circunstancias ajenas a la voluntad de los sindicados quienes en todo tiempo y lugar conforme a sus indagatorias estuvieron dispuestos al cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato. ... Este ardid a que se refieren los anteriores principios jurisprudenciales en este caso similar a los artificios o maniobras engañosas debe tener el carácter de determinante en el sujeto que lo emplea para crear en la mentalidad de la víctima el error que vicie su consentimiento y la induzca a actuar en su perjuicio con ilícito provecho del ofensor. Y en este informativo deviene inobjetable la certeza de que la misma denunciante se ofreció para llevar a cabo la negociación originaria de estas instructivas, todas y cada una de las cláusulas que especifica la promesa de venta de fecha agosto 12 de 1982 las aceptó y autorizó en forma conciente y sin presión moral o material alguna hasta el extremo de que el otorgamiento de la escritura pública con posterioridad a la promesa fue consecuencia inmediata de su ejecución. Si esto es así, no se vislumbra que los promitentes compradores hubiesen planeado o concebido e ideado la comisión del ilícito de estafa a la denunciante en menoscabo de su patrimonio económico desde luego que sus actividades se cumplieron dentro de la más absoluta buena fe y dentro del marco de un documento privado que se había constituido en ley para las partes contratantes. Por otro aspecto, es cierto que los sindicados sólo amortizaron parcialmente el precio estipulado por el inmueble en la promesa de venta, pero al momento de ser expedidos los títulos valores, la cuenta corriente existía en cabeza de uno de ellos hasta ser merecedora de un sobregiro de la entidad girada, la cual, después de haberse constituido la hipoteca de fecha octubre 6 de 1982 los demandó y ejecutó por incumplimiento de sus obligaciones y obtuvo que el inmueble tantas veces mencionado fuera rematado. Pero resulta claro que los señores Duarte Mestra,

aun cuando no hubiesen concurrido al juicio, estuvieron en todo tiempo y lugar dispuestos a cancelar la deuda contraída con la señora Pérez Urango y que este acto, el remate, tuvo su ocurrencia con posterioridad a la negociación celebrada, razón por la cual no es dable jurídicamente sostener que utilizaron artificios maliciosos para su consumación. La Sala debe tomar en cuenta que si bien los cheques girados por la señora Myriam Mestra de Duarte se devolvieron por insuficiencia de fondos, ellos tenían la calidad de posdatados y sobre una cuenta en plena actividad, se deduce en forma palmaria pues que el negocio de la hipoteca con el banco no tenía otro propósito que obtener un préstamo que le sirviera no sólo para invertirlo en agricultura, sino para cancelar el saldo del débito adquirido con la denunciante. Carece, entonces, de todo respaldo probatorio el auto de detención dictado contra los sindicados ya que su comportamiento en el caso contemplado está lejos de subsumirse en los moldes del artículo 42 de la Ley 2ª de 1984 que señala los presupuestos básicos para la justificación y tratándose como se trata de una cuestión de carácter civil...''. (Transcripción textual).

CONCEPTO DE LA DELEGADA

"La Procuraduría Delegada ha encontrado que en materia de decisión inhibitoria está integramente regulado lo atinente a la titularidad de los recursos ordinarios y por ende restringida a las personas del denunciante o querellante y del Ministerio Público. No ha previsto la ley, como ocurre para el caso de la presentación de denuncia, que la reposición o alzada puedan presentarse a través de mandatario (Cfr. Arts. 14 y 320 del C. de P. P.). Esa regulación del instituto es, a nuestro modo de ver, congruente con la naturaleza de la fase preliminar del proceso penal, que se caracteriza por la ausencia de partes. Y resulta también congruente con el principio de ejecutoria formal que regla la providencia inhibitoria, por oposición a la ejecutoria material o carácter de cosa juzgada. De ahí que no pudiendo el denunciante o el querellante enterarse oportunamente de la decisión por medio de la cual el Juzgado se abstiene de iniciar sumario, ello no significa que en su contra hayan precluido todas las posibilidades de obtener la apertura de una investigación, toda vez que en cualquier momento —antes de la prescripción o de la caducidad de la querella puede entregar al fallador elementos de juicio o argumentaciones en virtud de los cuales se posibilite la revocatoria de la inhibición y la subsiguiente apertura de investigación.

"Si la ley procesal restringió de modo concreto y categórico a esos tres sujetos que intervienen en el proceso la legitimación para recurrir, mal se podría desconocer el mandato y posibilitar que el denunciante se convierta en parte a través de la constitución de un mandato y por fuera de la oportunidad procesal que está circunscrita a la obtención de su reconocimiento como parte civil, pero sólo en la medida en que se inicie el proceso".

RAZONES DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA Y BREVES CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Ciertamente que la fase preliminar no tolera la constitución de partes, en sentido estricto, las cuales son propias del proceso. Tienen, pues,

las diligencias preliminares, características definidas, entre ellas la ya mencionada y la de que no hace tránsito a cosa juzgada. Sobre este último particular esta Corporación precisó:

"Nuestro estatuto procedimental no contiene una expresa disposición sobre posibilidad de revocatoria del auto inhibitorio, como sí la tiene en tratándose del auto de detención o del que concede o niega la libertad provisional. Pero, al propio tiempo —como ya se vio— no hace tránsito a cosa juzgada. Ello significa que él tiene firmeza, pero sólo hasta tanto se aporten nuevas pruebas que desvirtúen la determinación asumida, o en el evento de recalcarse en un hecho que, por cualquier circunstancia, no fue materia de decisión...". (M. P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Auto julio 16 de 1985).

La Corte también ha sostenido que no es necesario sustentar la apelación del auto inhibitorio (M. P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Auto octubre 9 de 1985). Pero todas estas características no significan en manera alguna que ellas no armonicen con la circunstancia de que el denunciante oforgue poder para la presentación de la denuncia, su ampliación, la notificación y la interposición de las impugnaciones a que haya lugar, como lo da a entender la Delegada. Si la denuncia puede presentarse por medio de apoderado especial (Art. 14 del C. de P. Penal) es porque naturalmente ese mandatario puede interponer los mismos recursos y acciones (revocación, reposición y apelación) a que tenga derecho su mandante, en el evento de un auto inhibitorio. Y ello no significa que se esté en presencia de la constitución de una parte civil, como quiera que su actuación debe limitarse estrictamente a hacer lo que el mismo denunciante, por mandato legal, está autorizado a ejecutar. Y la facultad de realizar esas precisas actuaciones no choca con el principio de que tal auto no hace tránsito a cosa juzgada, ni se opone al hecho de que la apelación contra el auto inhibitorio no es necesario sustentarla. No se ve razón para negarle al denunciante la oportunidad de acudir a todos los remedios a que por ley tiene derecho, mediante un mandatario, cuando por cualquier circunstancia (en el caso sub examine debía ausentarse de la ciudad donde el proceso se adelantaba) se le imposibilite el hacerlo personalmente. De no, equivaldría a admitir el evidente contrasentido de afirmar, por un lado, que la ley otorga a plenitud un derecho, pero por el otro, imposibilita su ejercicio hasta llegar a casos en que lo hace totalmente nugatorio.

- 3. Sobre el cargo de haber el Juez Rubén Darío Correa ordenado abrir investigación por un delito inexistente, quedó suficientemente demostrado que otro funcionario fue quien determinó adelantarla. Y, por el de haber dictado auto de detención, precisa el a quo:
- "Pero es lo cierto que de esa pieza procesal (auto de detención) que posteriormente hubo de revocar esta Sala, no se puede deducir —fundadamente— que el funcionario acusado se halle incurso en el delito de prevaricato por acción que define y sanciona el artículo 149 del estatuto penal sustantivo desde luego que fue el producto de un exhaustivo análisis no sólo de los elementos tipificadores de esa figura delictiva sino del artículo 42 de la Ley 2ª de 1984 que establece los presupuestos mínimos sobre los cuales debe descansar un auto de detención. Allí se aprecia el

caudal probatorio de acuerdo con su estimación legal. Se rebaten las tesis contrarias a la determinación con seriedad y sano juicio en tal forma que es fácil entender que la decisión no es contraria a derecho ni subestima los dictados de la ley''.

"Se dirá que como esta misma Sala, en providencia de fecha mayo 23 de 1985 (Fl. 48) declaró la invalidez del auto detentivo dictado contra los denunciados Duarte-Mestra y dio aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por inexistencia del delito imputado, el juez acusado se equivocó y en consecuencia, es responsable de su consumación. Mas esta fase del asunto planteado fue definida por la honorable Corte Suprema de Justicia, cuando en providencia de octubre de 1969 puntualiza: 'La ignorancia del funcionario, el error suyo en la estimación de los hechos o en la selección de la norma que los gobierna o en la determinación del contenido y alcance de la misma, o cualquiera etra falla imputable a negligencia del agente, así no sea disculpable, esa conducta excluye el prevaricato, pues ese delito no consiste —como dice Soler con apoyo en Carrara— en la discordancia entre el derecho declarado y el

real, sino en la inconformidad entre el derecho declarado y el conocido'. De ahí que no pueda existir un prevaricato moralmente objetivo, inadvertido por el juez. Esa característica —agrega el autor citado— determina que para que se pueda imputar un hecho como prevaricato, no basta demostrar la incorrección jurídica de la sentencia sino que es pre-

Por la cita que hace el Tribunal del pronunciamiento de la Corte, desprende el apelante que se está dando aplicación al artículo 320 del Código de Procedimiento Penal por causales de inculpabilidad, criterio que, según aquél, esta misma Corporación tiene por improcedente. Pero, en verdad que si se hizo tal cita ya antes se había expresado que la determinación del juez acusado "no es contraria a derecho ni subestima los dictados de la ley", con lo que no se estaba diciendo cosa distinta a que la tipicidad no se daba en el caso sub examine.

ciso demostrar la incorrección moral del juez".

La revocatoria de una decisión judicial no comporta fatalmente la existencia de delito de prevaricato. En la operación mental de desentrañar el verdadero alcance penal de unos hechos puede no acertarse, sin que por ello se deduzca inexorablemente un comportamiento delictivo. Allí donde alguien ve delito, otro puede no percibirlo, y, si este último es el superior jerárquico, su determinación ha de acatarse, pero ello no significa que el inferior haya delinquido o que la verdad definitivamente asistía a aquél. Pero el respeto debido a las decisiones ejecutoriadas, no veda su específico análisis y confrontación, a quien debe definir una acusación penal. En este caso, es necesario evaluar una y otra decisión, la del a quo y la del ad quem, así sea de manera rápida, y la Sala habrá de estimar que, a los fines de mantener vigente el proceso penal por "estafa", resultaron más afortunados y certeros los comentarios y deducciones del juez que la apresurada y nada recomendable conclusión del Tribunal.

El pronunciamiento tildado de prevaricato, reiteradamente se ha sostenido, tiene que ser manifiestamente opuesto a la ley y haberlo sido con conocimiento inequívoco de su ilicitud. Eventos en los cuales los he-

chos se prestan a diversas interpretaciones no pueden elevarse a esta categoría delictiva cuando aparece que hubo un plausible y razonado deseo de acertar, previo un examen del material probatorio, así se termine por asumir una resolución que, finalmente, sea revocada. Y, en casos así, es donde no es dado afirmar que ella es manifiestamente contraria a la ley.

HA DICHO LA CORTE

"Cuando se imputa a un juez delito supuestamente cometido al dictar providencias (prevaricato o abuso de autoridad) no es necesario examinar si la interpretación por él dada a las normas legales que le sirvieron de sustento a sus decisiones fue o no correcta, desde el punto de vista de la certeza jurídica; de no ser así, se correría el riesgo de calificar como delictuosa la conducta judicial que desemboca en una solución diversa de la que alguna de las partes considera pertinente y se colocaría a los jueces en la permanente encrucijada de investigaciones penales, en desmedro de su independencia conceptual...". (M. P. Dr. Alfonso Reyes Echandía. Auto de julio 10 de 1980).

4. El apelante, en el escrito con el cual sustenta su recurso, sostiene que el juez acusado le dictó auto de detención a su cliente por ser "su enemigo oficioso... por el único pecado que integra el hecho veraz de que múltiples providencias adversas a los intereses del suscrito y que le apele en diversos procesos de su concimiento fueron revocadas...". La Sala no puede aceptar el alcance de esta argumentación no sólo por la valoración que le ha merecido la providencia dictada por el Juez Correa Sánchez, causa de la denuncia, sino porque las generalizaciones, sobre todo cuando buscan fundamentar una conducta dolosa, aparecen como injustas y excedidas en su contenido lógico. Mal haría la Sala en tomar como indicio de prevención, y no de ignorancia, el número de las revocatorias padecidas por un juez, como también señalar como síntoma de ineficacia en un togado, las decisiones adversas soportadas en su ejercicio profesional. Además, si este punto fue invocado por el memorialista como motivo de recusación y no hubo de prosperar, ni de llevar al Tribunal a ordenar la apertura de un proceso penal o la pertinencia de uno de carácter disciplinario, es porque juzgó correcta la conducta del funcionario. Finalmente, si el impugnador estima que algunas de esas resoluciones contrariaron de modo evidente la ley, está facultado para intentar sobre cada una de ellas la correspondiente acción penal.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, confirma el auto apelado, ya señalado en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Si en el lugar en donde se cometió el delito o en donde se adelanta el juzgamiento peligra la vida del enjuiciado o surgen graves dificultades para la designación del defensor, debe radicarse el proceso en un distrito judicial diferente, en donde se garantice su seguridad y la justicia se desenvuelva en el mejor ambiente para su cabal aplicación.

Corte Suprema de Justicia^{*} Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo.

Aprobado: Acta número 062.

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1986.

Vistos

Para que emita concepto sobre el cambio de radicación solicitado por el doctor Armando Vizcaíno Terreros, respecto del proceso que se adelanta en el Juzgado Primero Superior de Florencia contra el enjuiciado Eliseo Romero Ropero, la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia envió a la Sala Penal de la Corte la documentación correspondiente.

Aparece de las diligencias que por hechos ocurridos el ocho de agosto de mil novecientos setenta y seis (1976) en el Municipio de Puerto Rico (Caquetá) en los cuales aparece como ofendido Cristóbal Hincapié Salazar, Eliseo Romero Ropero fue llamado a juicio por el delito de "homicidio imperfecto".

Afirma el solicitante que el ambiente que rodea el juzgamiento de su defendido en el Departamento del Caquetá y específicamente en la ciudad de Florencia no es el adecuado, como quiera que la víctima de la infracción penal ejerce notoria influencia en la región en detrimento de su derecho de defensa, por las siguientes razones:

a) Por los atentados serios y graves que ha desplegado contra la vida y la integridad del procesado y su familia, que le han obligado a huir del sitio del procesamiento e incluso del Departamento del Valle donde ha persistido la persecución, y

b) Ante la imposibilidad de conseguir un profesional del derecho que atienda los intereses del acusado, pues un número considerable de ellos, por amistad o temor hacia el ofendido, se niegan a representarlo.

Se remitió a la Corte la constancia sobre el estado del proceso, los testimonios de Eliseo, Carlos Julio y Francisco Javier Romero Ropero, Armando Vizcaíno Terreros, Hernán Jiménez Rozo, Julio César García García, Hugo Uribe Montoya, Manuel Agustín Vargas Alvis, Edith Mosquera Quintero, Gregorio Andrade Ortiz, Libardo Antonio Díaz Cifuentes, Luis Eduardo Pisso Enríquez, Mary Díaz Castro, Roosevelth Pérez Rojas, Hugo Saldaña Amézquita, Gerson Suárez Rodríguez y un escrito anónimo donde, según el defensor del encausado, fue amenazado por intervenir en la representación de éste.

Los seis primeros declarantes se refieren a la buena conducta de Eliseo Romero Ropero, a las graves amenazas y atentados que él y su familia han sufrido por parte de Hincapié Salazar desde cuando se le otorgó la libertad provisional, a la actitud de huida que ha tenido que asumir el incriminado y a la imposibilidad de conseguir un profesional del derecho que atienda sus intereses. De los cinco siguientes se desconoce el texto del interrogatorio que no aparece anexado al diligenciamiento y, consecuencialmente no se puede precisar el sentido de sus respuestas. Los últimos a su turno, como abogados que rindieron testimonio ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Florencia (Caquetá) manifestaron bajo la gravedad del juramento, haber rechazado la asistencia del procesado por diversas razones en las que sub-yace fundamentalmente la persona del ofendido; lazos de amistad o sentimientos de temor hacia el mismo o sus allegados o haber conocido con anterioridad de la investigación como jueces. (Fls. 2-6 y ss.).

SE CONSIDERA

Ha sostenido reiteradamente la Corte que el cambio de radicación es medida extraordinaria en virtud de la cual se modifican las reglas que gobiernan la competencia por razón del territorio, que busca garantizar la imparcialidad e independencia de los funcionarios judiciales y, consecuencialmente, el adecuado y pleno ejercicio de los derechos de los demás sujetos procesales.

Que como medida de carácter excepcional sólo debe operar cuando las razones que se aducen y se hallan debidamente acreditadas son de tal naturaleza que constituyen factores de perturbación, que alteran o pueden alterar de manera importante el recto y equilibrado criterio del juzgador, o que impiden o afectan de manera grave el normal ejercicio de los derechos que concede el ordenamiento procesal a las personas que intervienen en el proceso.

En el presente caso, de los elementos de juicio que se dejan relacionados se concluye que, el medio judicial donde actualmente se adelanta el procesamiento de Eliseo Romero Ropero, no es el más propicio, pues aparece com-

probada la existencia de condiciones objetivas relativas a la seguridad y defensa del procesado que hacen aconsejable el traslado del expediente en procura de que no se entrabe el normal desenvolvimiento de la investigación y se garantice, cabalmente los intereses del sujeto pasivo de la acción penal.

Resulta innegable de las versiones que merecen atención por parte de la Sala, que la presencia normal del acusado en el desarrollo de la causa que actualmente se adelanta en su contra en la ciudad de Florencia se ha visto obstaculizada por el ambiente de inseguridad que ha generado el comportamiento de la víctima del hecho punible, colocando en serio peligro su seguridad e integridad personales, en un ambiente social donde la amistad o el temor que le dispensan varios profesionales del derecho les ha impedido a los mismos atender las voces de Eliseo Romero Ropero para que asuman su representación.

En las anteriores condiciones encuentra la Sala motivo suficiente para conceptuar positivamente en relación con el traslado demandado de conformidad con el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal y disposiciones afines, pues conviene anotar una vez más que si en el lugar en donde se cometió el delito o en el lugar en donde se adelanta el juzgamiento peligra la vida del enjuiciado, por la amenaza o ejecución de hechos que atentan contra su integridad personal, o, surgen graves dificultades para la designación del defensor ante las excusas presentadas por un número considerable de profesionales, debe radicarse el proceso en un Distrito Judicial diferente donde se garantice la seguridad del implicado y la justicia se desenvuelva en el mejor ambiente para su cabal aplicación. En efecto, si en un medio geográfico limitado se demuestra que un buen número de profesionales del derecho se ha negado a asumir la defensa del procesado, es evidente que en ese lugar no existen las condiciones objetivas para que en relación con ese proceso, la administración de justicia cumpla sus funciones en forma adecuada e independiente.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, conceptúa favorablemente respecto al cambio de radicación solicitado en relación con el proceso que se adelanta por parte del Juzgado Primero Superior de Florencia contra Eliseo Romero Ropero por el delito de homicidio.

Cópiese y devuélvase la actuación a la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia.

Edgar Saavedra Ramos, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

CONCUSION

Es un delito formal que se agota con el solo acto de la exacción ilegal y que, de conformidad con el sistema real o de defensa, exige que el sujeto activo del delito quede sometido a la jurisdicción y a las leyes colombianas, aun cuando la exigencia del dinero se haga fuera del territorio nacional.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz.

Aprobado: Acta número 062.

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1986.

Vistos

Por apelación debidamente interpuesta por el defensor procede la Corte a examinar el auto de proceder dictado por el Tribunal Superior de Pasto el 10 de febrero del año en curso, contra el doctor Pablo Andrade Solarte en su condición de ex Juez de Aduanas de Ipiales por el delito de concusión.

HECHOS

Se hallan relatados por el a quo así:

"El 5 de septiembre de 1980, el doctor Pablo Andrade Solarte, quien a la sazón desempeñaba las funciones de Juez Superior de Aduanas de Ipiales (Nariño), fue capturado en la ciudad de Tulcán, provincia del Carchi, República del Ecuador, por autoridades de policía de este vecino país.

Tal actuación policiva tuvo su origen en la denuncia formulada, ante la Jefatura de Investigación Criminal del Carchi, por el señor Marco Antonio Páez Manrique. Dice éste en su escrito de acusación que el doctor Pablo Andrade Solarte, en su calidad de Juez Superior de Aduanas, le exigió la suma de \$ 200.000.00 a cambio de la orden de entrega de un vehículo de

su propiedad, que estaba a órdenes del mencionado funcionario, en razón de un proceso por el delito de contrabando que éste adelantaba. Agrega que hasta-el momento de presentar la denuncia ya había entregado al doctor Andrade ciento setenta mil pesos (\$ 170.000.00) y que precisamente ese día, el Juez acusado debía recibir la suma faltante. Por tanto pide a la autoridad que se dé captura al funcionario, en el mismo instante de la recepción ilícita del dinero''. (Fl. 174, cuaderno Tribunal).

Sobra decir que los hechos corresponden a la realidad fáctica según las diligencias allegadas al proceso.

RESULTANDOS

1º Enterado el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia de la detención del Juez Superior de Aduanas de Ipiales en la ciudad de Tulcán (Ecuador), puso en conocimiento del acontecimiento al Procurador General de la Nación, quien ordenó la averiguación del caso. Investigación que dio como resultado la destitución inmediata del cargo de Andrade Solarte por parte del Tribunal Superior de Aduanas y, en cuanto a los hechos incriminados, se estableció la entrega de \$ 29.000.00 colombianos de manos del ciudadano ecuatoriano Marco Tulio Páez Manrique. Acontecer que se cumplía en un café de esa localidad el 5 de septiembre de 1980.

Con este acopio de diligencias y algunas otras decretadas previamente por el Tribunal Superior se inició la investigación a fin de esclarecer la conducta del citado funcionario judicial. Cuya condición de Juez Superior de Aduanas, desde ya debe advertirse, está debidamente probada mediante el respectivo nombramiento del Tribunal de Aduanas por Acuerdo número 037 de 6 de octubre de 1978, constancia de posesión expedida por la Secretaría de la entidad y el ejercicio del cargo hasta el día de los hechos según declaraciones del propio Andrade Solarte.

- 2º De las diligencias sumarias deben destacarse:
- a) Copia de la denuncia presentada por Marco Tulio Páez Manrique al Jefe de Investigación Criminal del Carchi (Ecuador). En la que manifiesta que el Juez Andrade Solarte en Tulcán le pidió la suma de doscientos mil pesos (\$ 200.000.00) a cambio de hacerle entrega del automotor de su propiedad decomisado dentro del delito de contrabando que conocía. Aclarando que alcanzó a entregarle el valor de \$ \$170.000.00 y el resto se cancelaría precisamente el día de la denuncia.
- b) Informe del Secretario de la Intendencia General de la Policía del Carchi haciendo saber que el doctor Pablo Andrade Solarte y Jesús Hernán Portilla Ruales, permanecieron detenidos en Tulcán desde el día 5 de septiembre de 1980 hasta el 9 del mismo mes y año, fecha esta última que fueron dejados en libertad "por pedido expreso de la parte denunciante".
- c) Copia del memorial del señor Páez Manrique en el que afirma que por cuanto el doctor Andrade Solarte se ha comprometido a arreglarle el problema no intentará ningún reclamo. Cosa que coincide con el informe detallado anteriormente.

- d) Declaración del Agente de Policía del Ecuador, señor Víctor Hugo García Cárdenas, rendida ante el Cónsul de Colombia en Tulcán, según la cual el Juez Andrade trataba de estafar a un ciudadano ecuatoriano en la suma de \$ 200.000.00 porque "le habían quitado el carro en Ipiales con unas hojas triples (sic) y él le había dicho que se lo hacía volver si le pagaban los doscientos mil pesos". Que previamente se trazó un operativo para sorprender al Juez recibiendo la última parte del dinero acordado. Y en efecto en un café el denunciante Marco Tulio Páez Manrique "entregó la plata al Juez y él a su vez se la pasó a un muchacho que decían que es su sobrino". Una vez sucedido lo anterior fue detenido Andrade y el sobrino y conducidos a la Oficina de Investigación. Dinero que fue recuperado en ese lugar por cuanto el muchacho lo había escondido en el baño.
- e) Jesús Hernán Portilla Ruales declaró más de una vez. Primero lo hizo ante autoridad ecuatoriana y posteriormente en los Juzgados Instructores de Colombia. Con ligeras discrepancias en aspectos esenciales de los hechos. Así reconoce que viajó a Tulcán con su tío Pablo Andrade, en donde se encontró con unos señores con quienes entraron a un restaurante a tomar tinto. Que en momento dado uno de los contertulios le pasó "un paquete" que recibió sin saber qué era y en minutos después otras personas que se identificaron como policías los detuvieron. Que por insinuación de su tío escondió el paquete en un baño de Comandancia el que más tarde fue encontrado por los agentes.
- f) En injurada rendida el 27 de mayo de 1983 el doctor Andrade Solarte refiere que fue objeto de una "celada" urdida por las personas a quienes por ese tiempo acababa de sancionar por el delito de contrabando. Que precisamente por la actitud severa que demostró se canjeó la enemistad de Páez Manrique cuyo camión fue secuestrado por transportar un cargamento de "triplex". Que en repetidas ocasiones se le ofreció dinero por la devolución del vehículo cosa que rechazó airadamente.

En el mes de septiembre —dice— lo visitó su sobrino de nombre Jesús Portilla Ruales y en su compañía fueron de paseo a Tulcán donde en un café con Páez Manrique y otro se tomaron un tinto. Que en el momento que se paró a pagar el consumo "... le habían dado un paquete pequeño a mi sobrino y de un rincón del café cuando este muchacho había recibido que no sé qué sería, se levantaron dos ciudadanos que se identificaron eran del DAS de civiles y le echaron mano al muchacho y a mí...".

Agrega más adelante que en la dependencia de policía algunas personas le manifestaron que si quería obtener la libertad tendría que dar plata. Que estando detenido fue visitado por el señor Célimo Lucero y el canónigo Bernardo Arévalo quienes a la postre le prestaron dinero y así fue como finalmente consiguió la libertad. Insiste en que todo obedeció a "una maniobra mal intencionada y simplemente por perjudicarme. En cuanto al delito no existe ninguna clase de delito porque de mi parte no ha habido engaño contra este sujeto, ni tampoco provecho personal mío por cuanto yo no he visto, no he recibido ni he tomado ningún objeto, menos dinero...".

g) A propósito de la sentencia que el doctor Andrade Solarte manifiesta haber dictado dentro del proceso por contrabando, es necesario anotar lo siguiente: entre las determinaciones dispuso devolver a Páez Manrique el vehículo marca Scania, de placas 000202 del Ecuador, por cuanto no es de contrabando, decisión revocada por el Tribunal de Aduanas.

- h) Célimo Lucero Acosta declara que recibió en Ipiales una llamada de Tulcán informándole que un pariente suyo estaba detenido, pero que en verdad con quien se encontró fue con el doctor Andrade Solarte al que personas "le urgían o recriminaban al doctor Solarte algo que atañía a la detención de un camión que yo jamás conocí. Como el acedió (sic) era tan grande contra el doctor Solarte por parte de un abogado de apellido Hurresta, hora por parte de los presuntos propietarios del camión y ante la depresión moral que tenía el doctor Solarte después de varias instancias hechas por unos y otros inclusive del señor abogado le presté un dinero que realmente fue entregado a los dueños del camión y al abogado, como préstamo que yo le hacía al doctor Solarte...". Ante una pregunta del Instructor asegura que la cantidad entregada fue de \$ 200.000.00.
- i) Por su parte Monseñor Bernardo Arévalo Bolaños informa que concurrió a Tulcán al conocer la noticia de la detención del doctor Andrade Solarte que es su amigo. Que éste le manifestó que Célimo Lucero le iba a facilitar un dinero para cancelar a un cliente que le estaba exigiendo el pago, como efectivamente sucedió, pues "entregamos el dinero y é! (Andrade) quedó libre".
- 3º El defensor del procesado y apelante del enjuiciatorio sustenta el recurso aduciendo que el expediente no arroja el respaldo probatorio del delito imputado, porque la verdad es que se trata "del clásico chantaje". Que la simple circunstancia que el "informante" no haya sostenido los cargos bajo la gravedad del juramento, está indicando que lo que se pretendía era conseguir provecho ilícito que afecta la conducta y personalidad de un ciudadano.

Estima que faltan muchas pruebas por practicarse de donde el llamamiento a juicio no es pertinente. Además anota que "en cuanto a la jurisdicción del funcionario que deba conocer del caso, tampoco estoy de acuerdo, porque conforme a nuestras leyes colombianas, estimo que el competente es el funcionario que primeramente aprendió (sic) el conocimiento y este fue el Juez del Crimen de Tulcán (Ecuador) y este mismo funcionario fue quien le otorgó el beneficio de libertad a mi representado y de todo lo cual existe prueba suficiente".

Recalca que Andrade Solarte es inocente, por lo tanto se debe revocar el llamamiento a juicio "para concluir al final de cuentas que el caso que nos ocupa es de aquellos a los que se refiere el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal". Finalmente piensa que dado el transcurso del tiempo es posible que el delito de concusión esté prescrito.

4º El Procurador Primero Delegado tras de hacer detenido estudio de la situación procesal del enjuiciado, solicita a la Corte que el auto impugnado sea confirmado.

De especial importancia resulta la apreciación del Ministerio Público respecto a que la sentencia del Juez Andrade Solarte antes que perjudicial para los encartados fue demasiado benigna tanto que hubo de ser sustancialmente modificada por el Tribunal de Aduanas. Circunstancia que única-

mente sentimientos de gratitud podría abrigar Páez Manrique y, por lo mismo, ilógica aquella afirmación de la enemistad en razón del fallo cuestionado.

"Resulta sí evidente que el Juez Andrade Solarte abrigaba personal y especialísimo interés en que el automotor fuese desvinculado de la investigación por contrabando y entregado a su dueño, don Luis Alberto Páez Manrique.

No obstante haber sido definido este punto, en auto de agosto 30 de 1979 del Tribunal Superior de Aduanas, en Sala Plena, el Juez Andrade asumiendo los riesgos de su proceder, en la sentencia que puso fin a la instancia, desconoció este mandato del Superior y obrando francamente contra él, dispuso nuevamente la desvinculación del automotor de la investigación de contrabando".

Al terminar la opinión el Procurador Delegado expresa: "Finalmente, demostrado se encuentra que el doctor Andrade Solarte, valiéndose de los buenos oficios de Monseñor Bernardo Arévalo Bolaños y don José Célimo Lucero Acosta, entró en componendas con los señores Rodríguez Obando y Páez Manrique, a quienes entregó exactamente la suma de \$ 200.000.00 a cambio de un memorial de desistimiento de la acción penal invocada por los últimamente nombrados ante la jurisdicción penal del Ecuador.

Quizá sea éste el argumento de más valía para predicar la responsabilidad penal del ex Juez encartado, porque un funcionario honesto, cuando se le acusa injustamente, con firmeza y decisión afronta a sus detractores, pero nunca jamás, intentará comprar ni el silencio, ni la benignidad de sus denunciantes".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1º En primer término debe la Sala considerar la falta de competencia del Tribunal Superior de Pasto para conocer del asunto y de la prescripción de la acción penal, escuetamente alegadas por el recurrente. Ya que de resultar viable cualesquiera de estas situaciones tendría que así declararse y, por lo tanto, innecesario entrar a examinar la inocencia del procesado o la inexistencia del delito imputado, también argumentados.

Separadamente se pasan a estudiar las dos cuestiones:

a) La pretendida "jurisdicción" del Juez del Crimen del Carchi (Ecuador) para conocer del proceso y no la justicia colombiana por las razones expuestas en el memorial sustentatorio de apelación, no tiene fundamento a la luz de la legislación penal colombiana. Puesto que tanto el Código anterior —en cuya vigencia ocurrieron los hechos— como el actual prevé la situación del colombiano que comete delito en el extranjero. Al respecto vale la pena recordar que el sistema conocido como real o de defensa, preconizado por la doctrina y aceptado por la jurisprudencia colombiana tiene aplicación en el ordenamiento penal nacional.

En consecuencia, siguiendo los lineamientos generales del sistema acogido, el sujeto activo del delito queda sometido a la jurisdicción y a las leyes colombianas para efectos de juzgarlo y sancionarlo si llegare el caso. Principio que radica en la necesidad de proteger los intereses jurídicos pertenecientes al Estado, sin tener en cuenta el lugar donde tuvo ocurrencia el hecho punible.

De manera que si, como en el presente caso, la exigencia del dinero se hizo en Tulcán el conocimiento del delito corresponde a la ley colombiana. Pues el ilícito se consuma en el momento mismo del constreñimiento o de la inducción, ya que se trata de un delito formal que se agota con el solo acto de la exacción ilegal.

b) En cuanto a la prescripción de la acción penal puede afirmarse, como en el evento anterior, que el planteamiento es equivocado. Efectivamente todo indica que bajo ninguna de las dos legislaciones, es decir la de 1936 y la de 1980, se da el fenómeno prescriptivo. Y menos aún en presencia del último estatuto punitivo en el cual el término prescriptivo señalado en el artículo 80 "se aumentará en la mitad, sin exceder el límite máximo allí fijado", cuando el delito sucede en el exterior según el artículo 81.

Se repite, todo conduce a pensar que la acción penal no está extinguida, puesto que los antecedentes procesales así lo indican sin lugar a dudas. Baste reparar en la declaración de Marco Tulio Páez Manrique quien manifiesta que a los dos años de haberle decomisado el camión (noviembre 23 de 1978) el doctor Andrade Solarte le pidió doscientos mil pesos para devolvérselo. Significa lo anterior entonces que tal acontecer debió ocurrir a fines del mes de agosto ó a principios de septiembre de 1980. Al finalizar agosto porque por esa época tuvo que llegar la sentencia del Tribunal de Aduanas dictada el 19 de agosto del citado año. Providencia que revocaba la devolución del vehículo ordenada en la sentencia del Juez Superior de Ipiales. O a principios de septiembre puesto que es el día cinco cuando Andrade Solarte viaja a Tulcán a recibir el "último contado". Es fácil suponer que éste estaba enterado del resultado de la consulta y por ello su desplazamiento a la ciudad fronteriza.

De ahí también que Jesús Hernán Portillo Ruales declare que su tío aseguraba a Páez Manrique que tan pronto lleguen los documentos de Bogotá le entregaría el automotor. Pero parece que el ecuatoriano cerciorado de la decisión del Tribunal formuló la denuncia y la subsiguiente captura del Juez al momento de recibir el dinero.

Si nada distinto a estos elementos de juicio acredita el expediente entonces no hay razón para inferir que la conducta concusionaria aconteció en fecha diferente y por consiguiente la posible prescripción de la acción. Empero aún haciendo abstracción de tales reflexiones la extinción no es factible si se tiene en cuenta que lo único evidenciado es la entrega de los \$ 29.000.00 colombianos el cinco de septiembre de 1980, en cuyo caso el fenómeno de la prescripción todavía no se ha operado.

2º Antes se reseñaron las distintas pruebas agregadas al sumario y de este conjunto uniforme sin olvidar el afán apenas natural del procesado de aparecer como víctima de una "celada", se llega al convencimiento que dada la condición de Juez de Aduanas el doctor Andrade Solarte y precisamente por conocer el delito de contrabando en el que estaba comprometido el dueño del vehículo en el cual transportaba el cargamento ilegal, exigió

dinero a cambio de entregarle el susodicho camión. Conducta punible prevista en el artículo 156 del Código Penal de 1936 al tiempo de ocurrir los hechos.

La entrega del automotor al conductor ordenada en la providencia, el encuentro o cita en Tulcán —nunca casual como trata de insinuarlo Andrade Solarte— y el epílogo de la entrega del dinero, llevan a la conclusión de la exacción ilegal sin mayor esfuerzo. Cierto es que para hacer entrega del último "contado" Páez Manrique, con ayuda de la policía, se sirvió de tal dispositivo un tanto informal, pero ello en nada incide sobre la verdad de lo acontecido. Y más bien ratifica la presencia del Juez en Tulcán como acto final del proceso delictuoso ideado.

Todo lo cual se halla reafirmado, en primer término, por las versiones de Hernán Portillo Ruales y el agente de policía Víctor Hugo García. Especial atención merece la declaración del primero, sobrino del procesado, quien en sus primeras declaraciones asegura que en el restaurante de Tulcán su tío y otras personas charlaban de "un camión que ya se lo va a sacar, que esto venía desde Bogotá, que esto se lo habían comunicado a él, esto decía mi tío a los señores...". Sucedido lo anterior, agrega, le hacen la entrega de un "paquete" que él recibe por cuanto "mi tío me dijo recíbelo".

Mediante interrogatorio formulado por el procesado consiguió que Portillo Ruales se retractara de su primigenia posición que, como ya se vio, fue clara y enfática en sus apreciaciones. Retractación que no demerita las testificaciones anteriores y lo único que consigue demostrar es el anhelo lógico y humano de defenderse, instinto natural de todo ser humano del cual no puede estar exento Andrade Solarte.

Víctor Hugo García, por su parte, cuenta la manera como fue sorprendido el incriminado en el momento en que pedía al sobrino que recibiera el dinero. Afirmación que sumada a la anterior, a la de los señores Célimo Lucero y Monseñor Arévalo Bolaños y al resto de pruebas acreditadas establecen la conducta del ex Juez de Aduanas que el Tribunal de Pasto adecua a la prevención del artículo 156 del Código anterior.

- 3º Delito que tanto en el Código de 1936 como en el vigente se consuma "cn el momento en que el agente realmente constriña o induzca a alguien a dar o a prometer dinero o cualquiera otra utilidad al propio funcionario o a un tercero, independientemente de que el dinero o la utilidad hayan penetrado o no en la esfera de disponibilidad del actor; tal conclusión se desprende no sólo del alcance y significación de los verbos rectores empleados por el legislador —constreñir e inducir, y además, solicitar en el nuevo Código—sino de que el interés jurídicamente tutelado, que es el de rectitud y probidad de la administración pública, queda vulnerado en el acto mismo del constreñimiento, de la inducción, o de la solicitud indebidos..." tal como lo dijo la Corte en sentencia de 22 de marzo de 1982.
- 4º Tampoco resulta atinada la razón que aún faltan pruebas por diligenciar como la declaración de Liborio Enrique Giraldo; quien en mensaje suscrito desde Ipiales a la Presidencia del Tribunal de Aduanas hace conocer la detención del Juez Andrade Solarte y su indigno proceder. Fuera de que en nada va a contribuir este "testimonio" en el esclarecimiento de los hechos, no hay duda de que se trata de un anónimo. Por lo menos así lo

pregona la constancia que en Ipiales nadie conoce a dicha persona y por lo tanto jamás pudo ser oído en su versión.

5º En consecuencia las exigencias sustanciales para llamar a juicio al tenor de lo dispuesto en el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal se hallan satisfechas, de ahí que el auto dictado por el Tribunal Superior—Sala de Decisión Penal—, resulte ajustado a derecho y a la impugnación propuesta inatendible consecuencialmente.

Por lo expuesto la Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, confirma la providencia materia de alzada y proferida por el Tribunal Superior de Pasto el 10 de febrero del presente año.

Cópiese, notifiquese y devuélvase al Tribunal de Origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

La omisión en notificar una resolución de orden disciplinario, atenta contra el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda.

Aprobado: Acta número 62.

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1986.

VISTOS

Por auto del 25 de noviembre de 1985, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó llamó a responder en juicio al ex Juez Promiscuo Municipal de Bahía Solano, doctor Hernando Palacios Asprilla, por los delitos de detención arbitraria y concusión. Lo sobreseyó definitivamente por otro cargo por concusión y temporalmente por dos acusaciones más, también por concusión. La providencia fue recurrida en apelación por el defensor del procesado en lo concerniente al llamamiento a juicio y consultada en cuanto al sobreseimiento definitivo. La Sala habrá de pronunciarse al tenor de lo dispuesto en el artículo 197 bis del Código de Procedimiento Penal.

· HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. De la detención arbitraria. El 13 de octubre de 1984 el ciudadano Oscar Olmedo Rentería —denunciante— se hallaba en la casa de Bernardo Mosquera, situada en Bahía Solano, departiendo con unos amigos, cuando vio cruzar por la calle al Juez Promiscuo Municipal del lugar, doctor Hernando Palacios Asprilla, comentó en voz alta que en la localidad "...se estaba dando pauta para que uno matara a una persona porque no había justicia, puesto que además callejeramente se comenta que el señor Juez... se tranza (sic)". Estas expresiones dieron motivo a que el aludido funcionario librara inmediatamente boleta de captura contra quien las pronunció y orden de retención del mismo para ante el Comando

de Policía local, con el resultado que desde las 12:30 p. m. del día mencionado y por el término de 24 horas fue privado de la libertad.

- 2. De la concusión que motivó el enjuiciamiento. Oscar Olmedo Rentería comentaba que el Juez Palacios Asprilla recibió \$ 20.000 por dejar en libertad a Francisco de Paula López, quien había inferido heridas de gravedad a Rentería la noche del 15 al 16 de septiembre de 1984, y denunciado ante el citado funcionario por orden de éste permaneció escasos días en la cárcel, pues fue liberado como consecuencia de la entrega de esa suma de dinero.
- 3. De la concusión materia de sobreseimiento definitivo. Según declaración del Personero Municipal de Bahía Solano, Manuel Gregorio Vidal, Jairo Mosquera acusado de lesiones personales y que investigaba el Juez Palacios Asprilla fue encarcelado, y recuperó la libertad mediante el pago de una suma de dinero a Angel Guerrero, amigo del funcionario y frecuente apoderado de oficio en procesos que aquél adelantaba.
- 4. De las concusiones por las cuales se sobreseyó temporalmente por primera vez. Los hechos constitutivos de las mismas refieren a supuestas exigencias de dinero por el funcionario para el otorgamiento de la libertad a Mario Oliveros, acusado de hurto y encarcelado por orden suya, y a Jairo Montoya Valois, contra quien adelantaba otro proceso también por un delito contra el patrimonio económico.

El Tribunal de instancia abrió investigación el 7 de noviembre de 1984, para establecer los hechos que afectaron al denunciante Oscar Olmedo Rentería (Fls. 3v-4 Cdno. Ppal.), y que estimaron como detención arbitraria y concusión. Se produjo el llamamiento a juicio por este ilícito y la corporación optó por concluir en la providencia apelada el de concusión por la supuesta exigencia de dinero a Jairo Mosquera —calificado con sobreseimiento definitivo— (Fls. 114 a 151), y dos conductas más de igual naturaleza respecto de los procesados Mario Oliveros y Mario Montoya Valois —resueltos con sobreseimiento temporal por primera vez— (Fls. 164 a 179).

Advierte la Sala, de una vez, que por ninguno de los delitos de concusión aludidos fue interrogado en la indagatoria el doctor Palacios Asprilla, ya que en la diligencia del instructor circunscribió sus preguntas a la detención arbitraria (Fls. 99 a 102).

Al descorrer el traslado correspondiente a la instancia, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, estima que el numeral 1º de la parte resolutiva del auto recurrido debe mantenerse, pero aclara que la concusión referida a Francisco de Paula López no tuvo comprobación suficiente en el proceso. A renglón seguido, tras advertir la falta de conexidad del primero de los mencionados delitos con los de concusión, demanda la revocatoria de todos los sobreseimientos y la expedición de copias para el adelantamiento de investigaciones separadas (Fls. 164 y ss., 170 a 173, 178 Cdno. Ppal. y 3 y ss., 12, 13 del Cdno. de la Corte).

Consideraciones

Ciertamente, como lo apunta el Ministerio Público, los supuestos delitos de concusión atribuidos al ex Juez Palacios Asprilla deben ser investigados separadamente, porque no guardan conexidad alguna entre sí ni con el de detención arbitraria, a más de que, como ya se observó, en la diligencia de indagatoria no se preguntó al funcionario por esos ilícitos, desconociendo así ostensiblemente el derecho de defensa; el acusado ni siquiera conoció en la indagatoria los hechos calificados como concusión.

Sobre esta base la Sala habrá de confirmar el auto de proceder por el delito de detención arbitraria que, como se verá seguidamente, cometió el Juez acusado; y ordenará la separación de las investigaciones por los cargos de concusión que se formularon al doctor Palacios.

Oscar Olmedo Rentería injurió al Juez Promiscuo Municipal de Bahía Solano, doctor Hernando Palacios Asprilla el 13 de octubre de 1984, cuando éste transitaba frente de la casa de Bernardo Mosquera, lugar en el que departía Rentería con unos amigos. Este reclamó al Juez haber dejado en libertad a Francisco de Paula López, quien el 16 de septiembre del mismo año le había causado lesiones que determinaron una incapacidad de 12 días, lo que Rentería entendió como resultado de entrega de dinero al funcionario, de este episodio fueron testigos presenciales Nicomedes Murillo y Omar Mosquera, y fue la causa de la resolución que de manera inmediata profirió el Juez para sancionar correccionalmente a Rentería ordenando su "retención" en el Cuartel de la Policía local por el término de 24 horas. La resolución no se ordenó notificar y para su ejecución el Juez prestó su concurso señalando a Rentería a un agente de la Policía, de manera que la reclusión se cumplió a partir de las 12 m. del sábado 13 de octubre del año mencionado.

De las circunstancias en que se desarrollaron los acontecimientos son pruebas tanto la denuncia de Rentería como los testimonios de Nicomedes Murillo, Omar Mosquera y Manuel Saavedra —citados en la resolución—, y los de Gregorio Vidal —Personero del Municipio— y Arisleyda Sanjur, Secretaria del Juzgado a cargo del doctor Palacios Asprilla.

En su declaración indagatoria el Juez Palacios admitió conocer los preceptos contenidos en el Código de Régimen Político y Municipal y en el de Procedimiento Civil sobre sus facultades disciplinarias y dijo haberle dado aplicación al artículo 39, numeral 2º, de éste para sancionar a Rentería. Agregó que de esta manera salvaguardó su persona de las agresiones de un sujeto de alta peligrosidad y velaba por "la reputación de la institución" que él representaba. Aclaró que desconocía la calidad de empleado público de Rentería y que la privación de la libertad a que lo sometió, no fue por virtud de un auto de detención sino de la sanción disciplinaria que le autorizaba el artículo 39 citado.

En el caso que se estudia el Juez Palacios Asprilla omitió, no obstante admitir que lo conocía, el procedimiento para sancionar al ciudadano que lo irrespetó, pues no ordenó la notificación de la resolución sancionatoria, y al ejecutarla en forma inmediata, cercenó los derechos del afectado, quien no tuvo la oportunidad de enterarse oportunamente de la medida, explicar su conducta y proponer el recurso de reposición. Tales derechos aparecen claramente expuestos en los artículos 39-2 del Código de Procedimiento Civil y 309 y 310 del Código de Régimen Político y Municipal. Sólo ante el hecho cumplido de su aprehensión y encarcelación, Rentería

se enteró de la providencia dictada por el funcionario acusado en este proceso; el Juez Palacios ha debido ordenar la notificación de la resolución a Rentería y esperar su ejecutoria para proceder a darle cumplimiento. Como procedió consciente y voluntariamente a la ejecución de la medida, sin la observancia del procedimiento legal, incurrió en el delito de detención arbitraria por privación ilegal de libertad del denunciante Rentería.

En su comportamiento no concurrieron causales de justificación ni de exclusión de la culpabilidad. Se trata de normas de fácil comprensión y respecto de las cuales existe abundante jurisprudencia de esta Sala. Por lo demás, es bien sabido que la Constitución Nacional consagra en el artículo 26 el derecho a la defensa, que en este caso se traduce en ofrecer al acusado de una falta de tipo disciplinario o correccional la oportunidad de explicar su comportamiento y proponer el recurso de reposición.

En estas condiciones, resulta procedente el llamamiento a juicio en los términos en que lo decidió la Corporación de primera instancia, sin que tenga cabida el peregrino argumento de que la falta de notificación no está prevista como delito en la ley penal colombiana, expuesto en el escrito de sustentación del recurso de alzada, en virtud del cual conoce la Corte del proveído que se menciona.

Acertadamente el a quo profirió auto de detención contra el procesado, mas como lo consideró, en caso de ser condenado, merecedor de la condena de ejecución condicional, le otorgó la libertad provisional previa la prestación de una caución que en definitiva, ante el reclamo del afectado, se redujo a \$ 5.000.00. La Sala no formula objeción a tal determinación por consultar tanto la evidencia procesal como los presupuestos de ese subrogado penal.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y en acuerdo con él,

RESUELVE:

Primero. Confirmar el llamamiento a juicio contra el ex Juez Promiscuo Municipal de Bahía Solano, doctor Hernando Palacios Asprilla, por el delito de detención arbitraria contemplado en el Capítulo Segundo, del Título X del Libro Segundo del Código Penal.

Segundo. Revocar el llamamiento a juicio en cuanto se refiere al delito de concusión por la supuesta exigencia de dinero a Francisco de Paula López y los sobreseimientos definitivo y temporal por la misma infracción, para que se investigue por separado cada uno de estos ilícitos. Se expedirán las copias correspondientes por el juzgador de primer grado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

MINISTERIO PUBLICO

Funciones.

Ha sido materia de debate doctrinario la posición del Fiscal respecto del delito de prevaricato por acción, ante la opción que le da la ley procesal para "...procurar la sanción de los infractores... la defensa de las personas acusadas sin justa causa...".

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda.

Aprobado: Acta número 62.

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1986.

Vistos

Agotada la indagación preliminar, decide la Sala si es o no procedente iniciar investigación penal contra la doctora Inés Velásquez de Velásquez, quien en su calidad de Fiscal Quinto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fue acusada de un delito contra la administración pública.

HECHOS Y ACTUACIÓN PRELIMINAR

El Juzgado Setenta y Uno de Instrucción Criminal Especializado de Bogotá, adelantaba por el mes de agosto de 1985 un proceso por hechos que los denunciantes ante ese Despacho, Virgilio Federico y Carmen Alicia Piñeros consideraban constitutivos de un delito de extorsión en perjuicio suyo. El apoderado del sindicado Emilio Sotomayor Romero solicitó la aplicación a favor de éste del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, la que le fue denegada por el juzgado en auto que al ser recurrido en apelación, recibió la confirmación del Tribunal Superior de este Dis-

trito Judicial. Como previamente la Fiscal Quinta de la Corporación, doctora Inés Velásquez de Velásquez había emitido concepto favorable a la petición, por inexistencia del hecho punible atribuido al procesado Sotomayor, el señor Piñeros —denunciante—, consideró que la funcionaria incurrió en violación de la Ley Penal y formuló denuncia que es materia de estudio.

Con miras a establecer la conducta de la Agente del Ministerio Público, conviene traer la reseña de los hechos investigados por el Juzgado Setenta y Uno de Instrucción Criminal Especializado:

"El día veintiséis (26) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985), a la altura de la calle 85 con la Autopista del Norte fue interceptado el campero marca Nissan..., de propiedad del doctor Federico Piñeros Fernández, cuando era conducido por él y venían como pasajeros Mario Francisco Calvache y su hija Carmen Alicia Piñeros Ortiz; aparentemente por una patrulla perteneciente a la Policía Nacional (F-2), de la que descendieron unos sujetos, al igual que el sindicado Emilio Sotomavor Romero, con el ánimo de capturar a Mario Francisco Calvache y Federico Piñeros Fernández por tener problemas con la justicia. Posteriormente la ofendida Carmen Alicia Piñeros Ortiz, al igual que los imputados Mario Francisco Calvache v Federico Piñeros Fernández, suscribieron unos documentos en los cuales se comprometen a pagar determinada cantidad de dinero a Emilio Sotomayor Romero, por problemas que este último tenía con los primeros, al igual que la denunciante fue constreñida a girar unos cheques de su cuenta personal para evitar que los agentes de la Policía se fueran a llevar a su padre y al señor Mario Calvache, a favor del señor Sotomayor Romero y a entregar la camioneta Fiat Panorama... al mismo encartado" (Fls. 39 y 40, Cdno. Ppal.).

Uno de los testigos de lo ocurrido entre los señores Piñeros, Calvache y Sotomayor, citado por los juzgadores de instancia y la Fiscal acusada fue el abogado Santiago Salah Argüello, de cuyo dicho el Tribunal en el auto que revocó el de detención proferido por el juez instructor y acogió el concepto de la colaboradora fiscal, hizo el siguiente resumen:

"Observando el campo de la contraparte, el abogado doctor Salah Argüello... hay coincidencia efectiva en el sentido de que al margen del motivo mismo de la captura, lo cierto era que al conversar con Calvache y con Piñeros, como asesor de éste, comprendió aquella misma noche del caso, que había entre ellos y Sotomayor un distanciamiento respecto de negocios que tenían celebrados, de manera que los desacuerdos que le pareció estaban tratados en forma 'bochornosa', los procuró de manera amigable, instando inclusive a Sotomayor a que así procediera, y constándole que efectivamente se habían suscrito documentos en esa misma oportunidad. Existía pues, a su juicio, causa que ameritaba un acuerdo de voluntades, y una transacción, mediando simplemente para que esa sucediera como entre personas civilizadas''.

"...Luego carece de seriedad la incriminación en la forma propuesta

"...Luego carece de seriedad la incriminación en la forma propuesta y mucho menos permiten estas versiones claramente contradictorias y os-

tensiblemente interesadas, el admitir un presupuesto como el de este constreñimiento..." (Fls. 39 y ss., 47 ibid.).

El 23 de agosto de 1985 el Juzgado Setenta y Uno de Instrucción Criminal Especializado denegó la cesación del procedimiento solicitada por Sotomayor, en providencia de la cual conoció por apelación el Tribunal, previo el traslado de rigor a la Fiscal, que lo era la doctora Inés Velásquez de Velásquez. Esta en su concepto del 20 de noviembre de 1985, consecuente con el que había emitido en pro de la revocatoria del auto detentivo contra el mismo procesado, se remitió a tal vista recordando que para entonces el análisis de lo sucedido y de la prueba testimonial allegada por los denunciantes y en particular la vertida por la denunciante, señorita Piñeros Ortiz y por el abogado Santiago Salah, no permitía afirmar que se hubiera cometido por Sotomayor el delito de extorsión, ni ninguno otro, pues los hechos que se le atribuían carecían de relevancia penal (Fls. 71 a 73 ibid.).

La Corporación se apartó de la opinión fiscal por no existir "certeza para descontar que hubo ofensa a intereses penalmente tutelados". El Tribunal agregó que no se daba la figura de la extorsión, pero insinuó que podría constituir más bien abuso de Sotomayor en el ejercicio de legítimos derechos, u otra descripción penal. Estimó necesario abundar en la prueba a fin de establecer, p. e., si la Policía conocía el levantamiento de las órdenes de captura contra Calvache exhibidas por los detectives que acompañaban a Sotomayor la noche de los hechos (Fls. 23 y ss., 33 y ss., ibid.).

Consideraciones de la Sala

Aunque el denunciante no precisa en qué hace consistir el delito de prevaricato atribuido a la Fiscal Quinta del Tribunal Superior de Bogotá, puede inferirse que el motivo de su inconformidad radica en el desacuerdo entre el concepto de la funcionaria sobre la naturaleza jurídico-penal del comportamiento del sindicado Emilio Sotomayor y la providencia de la Corporación en la que, por deficiencia probatoria respecto de otros posibles delitos distintos al de extorsión, confirmó la denegación del cese de procedimiento al cual, obviamente, se oponían los apoderados de la parte civil.

Para una mejor comprensión de los conceptos de la Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, doctora Inés Velásquez de Velásquez, se recuerda:

El Juzgado Setenta y Uno de Instrucción Criminal Especializado, que asumió la investigación contra Emilio Sotomayor por la denuncia que por el delito de extorsión le formularon Mario Francisco Calvache, Virgilio F. Piñeros e hija Carmen Alicia Piñeros, dictó auto de detención contra el acusado el 9 de mayo de 1985. Su apoderado apeló de esta determinación y el Tribunal Superior de Bogotá la revocó el 8 de julio del mismo año en extenso proveído, en el cual, en síntesis, estimó que no existía mérito para calificar los hechos como extorsión, pues entre los protagonistas de los acontecimientos atrás relatados, existían serias diferencias por negocios celebrados entre ellos, con mutuas recriminaciones,

juicios civiles y denuncias de carácter penal, en cambio insinuó el denominado ejercicio arbitrario de las propias razones, artículo 183 del Código Penal, que por no estar sancionado con pena privativa de la libertad impedía la detención del inculpado (Fls. 39 y ss.). La Fiscal denunciada en su concepto, previo a esa decisión, consideró que tampoco existía fundamento para mantener la medida preventiva a que se ha hecho referencia (Fls. 75 y ss.).

En el desarrollo de la investigación el apoderado de Sotomayor solicitó la cesación de todo procedimiento contra su cliente, y el juzgado de primer grado lo negó en proveído del 23 de agosto de 1985, pese al concepto favorable de la representante del Ministerio Público. Se apeló y la doctora Inés Velásquez de Velásquez, en concepto del 20 de noviembre se refirió a su escrito anterior —el de revocatoria del auto de detención—, y agregó que si no encontró mérito para mantener la detención preventiva con mayor razón concluía que debía darse aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Se fundamentó principalmente en el dicho del abogado que asistía a la familia Piñeros y que estuvo enterado de lo ocurrido. Le negó credibilidad a los testimonios de Carmen Alicia Piñeros y de su padre (Fls. 71 y ss.).

El Tribunal Superior de Bogotá en auto del 5 de febrero de 1986 confirmó la negativa a declarar la cesación de procedimiento contra el acusado Sotomayor, y no accedió a dictar contra éste auto de detención, como lo pedía la parte civil. La Corporación consideró que no existía absoluta certeza de que Sotomayor no hubiese cometido un delito, que bien podría ser el contemplado en el artículo 183 del estatuto penal, pero que debían practicarse pruebas para esclarecer totalmente los hechos; en concreto: cuál el monto de los derechos que Sotomayor reclamaba, vigencia de la orden de captura contra Calvache, acciones judiciales de aquél para hacer efectivos los cheques que recibió el 26 de abril del año pasado, etc. Por estas deficiencias probatorias no se accedió a la petición del apoderado del acusado Emilio Sotomayor (Fls. 23 y ss.).

Es preciso recordar que en desarrollo del mandato constitucional conforme al cual "Corresponde a los Agentes del Ministerio Público... perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social", el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal impone a dichos funcionarios "el deber" de procurar la sanción de los infractores de la ley penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción. Para el cumplimiento de estas atribuciones la misma norma faculta al representante del Ministerio Público para pedir pruebas, la detención del acusado o su libertad, "...y en general, intervendrá en todas las diligencias y actuaciones del proceso penal".

Es así que el Fiscal interviene, emitiendo concepto en las principales actuaciones del proceso. Fácil es recordar que la exigencia se predica en la cesación de procedimiento, la calificación del sumario, la audiencia pública, la apelación de los recursos extraordinarios de casación y de revisión, etc. Su opinión, como es bien sabido, no obliga al juez. En cuanto a la calificación del mérito del sumario, los artículos 478 y 479 del Código

de Procedimiento Penal enseñan cómo debe ser el concepto del Agente del Ministerio Público cuando solicita el llamamiento a juicio o el sobreseimiento definitivo o temporal. Las pautas que tales disposiciones señalan son aplicadas por los fiscales cuando se trata de opinar sobre la cesación de todo procedimiento en contra del acusado.

Es conocido el debate doctrinario sobre la posición del Fiscal respecto del delito de prevaricato por acción —profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley—. Se pregunta si dicho funcionario puede cometer tal ilícito, siendo así que la ley procesal le da la opción de "procurar la sanción de los infractores de la ley penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa..." Más claro: El Fiscal en nuestro ordenamiento jurídico no está obligado a acusar en todo caso. Se le permite que de acuerdo con la prueba y su recto criterio jurídico, libremente, opte por acusar o defender. Importa que tal actitud la adopte razonablemente, con fundamentos de hecho y de derecho, que si bien en determinado asunto no se comparten, de todas maneras revelan el criterio del funcionario expresado sin torcidas interpretaciones de los medios de convicción o de las normas legales.

En el presente caso el Fiscal Quinto del Tribunal Superior de Bogotá, doctora Inés Velásquez de Velásquez, pidió a la Corporación revocar el auto de detención que por extorsión se había dictado contra Emilio Sotomayor, por estimar que dicho ilícito no se había cometido; el juzgador aceptó su opinión y procedió en ese sentido. Meses después se propuso apelación contra la providencia que negó la cesación de procedimiento contra el nombrado acusado, y la representante del Ministerio Público, de acuerdo con su pensamiento inicial, insistió en que no existía extorsión y que debía darse aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Como cuestión importante afirmó, que si no existía mérito para la privación de la libertad de Sotomayor por ese ilícito, aquel pronunciamiento era su consecuencia lógica. El Tribunal no estuvo de acuerdo con la Fiscal, porque persistió en su tesis de que los hechos parecían configurar no la extorsión sino otro delito como echó de menos algunas pruebas, negó la solicitud formulada por la defensa.

El examen de los conceptos que emitió la doctora Inés Velásquez de Velásquez, revelan que examinó el material probatorio, no tan profundamente como lo hizo la Sala de Decisión, en particular la declaración del abogado que asistió a la familia Piñeros, y manifestó que no existía mérito para obtener (sic) preventivamente al acusado Sotomayor por el delito de extorsión y con este razonamiento concluyó que debía darse aplicación al artículo 163 del Estatuto Procesal Penal, por inexistencia de tal delito.

No se advierte, por tanto, fundamento para promover investigación penal contra la funcionaria del Ministerio Público por prevaricato. Sus conceptos se apoyaron en razonamientos que el denunciante bien puede no compartir pero que no configuran, por sí mismos, ese delito. La Sala habrá de dar aplicación al artículo 320 del Código de Procedimiento Penal por inexistencia del ilícito denunciado.

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

RESUELVE:

Abstenerse de iniciar proceso penal contra la doctora Inés Velásquez de Velásquez, Fiscal Quinto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por los hechos a que se contrae este informativo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

PREVARICATO

Alcance.

El delito de prevaricato exige que la resolución proferida tenga la calidad de manifiesta contrariedad con la ley, porque violente de manera inequívoca su texto y su sentido.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda.

Aprobado: Acta número 62.

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1986.

Vistos

Reconstruido el proceso, entra la Sala a resolver la apelación del auto del 4 de febrero de 1985, emanado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante el cual se deniega la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal impetrada por el apoderado de la procesada, doctora María Inés Beltrán, acusada de cometer el delito de prevaricato en su calidad de Juez Tercero Civil y Municipal de esta ciudad.

HECHOS

1. El 31 de octubre de 1983 por medio de apoderado, Edilberto Cruz solicitó al Juzgado Civil Municipal de Bogotá en reparto el embargo preventivo de bienes de propiedad de William Ernesto Suárez, entre éstos, un vehículo destinado a taxi, marca Dodge Alpine, modelo 1979, de placas SD-4093, y en la misma fecha presentó la correspondiente demanda ejecutiva por cuantía de \$ 40.000. El 10 de noviembre prestó la caución de ley, en virtud de lo cual el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, del que era titular la doctora María Inés Beltrán, decretó la medida cautelar solicitada y mandamiento de pago contra el señor Suárez (Fls. 11, 12, 13, 14 y 1-2 Cdno. Ppal.).

Como para el 25 de febrero de 1984 el mandamiento no se había notificado al demandado, ni se habían hecho las publicaciones tendientes a su emplazamiento, su apoderado solicitó el levantamiento del embargo con fundamento en el inciso 7º del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, ordenamiento éste que sugirió a la Juez aplicar de manera oficiosa, y que ella rehusó atender en proveído del 27 de febrero del mismo año con el argumento de que procedía, pero exclusivamente por iniciativa del funcionario. De este auto recurrió en reposición y apelación subsidiaria el citado apoderado, pero la Juez lo mantuvo en nuevo pronunciamiento del 20 de marzo, por la misma razón expresada; agregó que de conformidad con doctrina de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, los tres meses para el levantamiento oficioso de las medidas cautelares:

- "...Deben contarse a partir de la fecha de consumación de las medidas previas y no desde cuando se libre la correspondiente orden de pago, en razón de que la finalidad del citado precepto, no es otra que sancionar al demandante negligente que causa perjuicios con ocasión de tales medidas" (Fls. 6v., 17, 18, 19, 20, 22 a 23 ibidem).
- 2. El Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, a cargo de la doctora Fabiola Orozco de Niño, inadmitió el recurso de apelación, porque estimó que el auto que negaba la aplicación del ordinal 7º del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, carecía de ese recurso. Este proveído fue también impugnado en reposición y en esta ocasión el juzgado reiteró su criterio no accediendo a reponer aquél, luego de exponer las razones en las cuales fundó su decisión y hacer una especie de equiparación entre los textos del numeral 4º del artículo 690 y el inciso 7º del artículo 513, ambos del Código de Procedimiento Civil. Se expresó así:
- "Bien es sabido, y así lo ha dispuesto el Tribunal, él levantamiento de embargos y secuestros de que trata el inciso 7º del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil es una sanción al demandante negligente que no hace notificar el auto ejecutivo dentro del término, pero se ha sentado el precedente, de que dicho término debe contarse a partir de la diligencia de secuestro. Así lo dijo el honorable Tribunal en autos del 31 de Obre (sic) de 1978, con ponencia del honorable Magistrado Eduardo García Sarmiento" (Fls. 98v., 99, 100 a 101 ibid.).
- 3. Ante la negativa de la juez de primera instancia a levantar la orden de embargo del vehículo —no cumplida—, el demandado presentó denuncia en su contra por el presunto delito de prevaricato, en diligencia en la que afirmó que el automotor había sido secuestrado "del 22 al 25 de febrero" por "una Inspección de Policía", por comisión del Juzgado Tercero Civil Municipal, esto es, aquel del cual era titular la doctora Beltrán (Fl. 28).

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

1. Pese a la afirmación de William Suárez en su denuncia, para el 1º de noviembre de 1984, según informe basado en el expediente de medidas cautelares, el vehículo de su propiedad sobre el cual recayó el decreto de embargo del 10 de noviembre de 1983, aún no había sido aprehendido, ni secuestrado, ni puesto a disposición del juzgado. Y es de

anotar, de acuerdo con la inspección judicial practicada en el ejecutivo, para el 5 de junio del citado año la medida aún no se había llevado a cabo, pues para tal fecha el apoderado del demandante, doctor Alvaro Garzón solicitó comisionar al inspector de Policía para el secuestro del bien, a lo cual no accedió el juzgado porque el automotor no se había puesto a su disposición (Fls. 150, 82, 83). A la misma situación se refirió suficientemente la funcionaria en su injurada y en el mismo auto que motivó la denuncia en contra suya.

- · 2. En la misma diligencia explicó la juez que su proveído del 20 de marzo de 1984, en el cual denegó el levantamiento de la orden de embargo. tuvo como fundamento la interpretación jurisprudencial al inciso 7º del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, asumida por la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Bogotá. Según ella, en los procesos en que se han decretado medidas cautelares en la misma fecha del mandamiento de pago, los tres meses para el levantamiento oficioso de aquéllas deben contarse no a partir del auto ejecutivo, sino del día en el que se practiquen dichas medidas. Puede suceder que el actor no obrara con negligencia -solicitó el embargo- y la notificación no se haya logrado, caso en el cual, de atenerse al tenor literal de la norma, las medidas quedarían sin efecto, y entonces "no tendría sentido alguno la ejecución con medidas previas". Advirtió que por tales razones de orden práctico y jurídico el juzgado a su cargo acogió la tesis jurisprudencial aludida la cual, según sus palabras, es de diaria aplicación no sólo en su despacho sino que ha hecho carrera en otros tribunales del país. Aseveró que en la interpretación de la norma procesal en referencia la guiaron, como en todos los casos a su cuidado, su autonomía de juez y el criterio resultante del caso concreto. Dijo que el juicio contra Suárez no encontró negligencia del actor, quien pagó el valor de "las notificaciones". Agregó que como el objeto de las medidas cautelares es el de que se efectúen antes de la notificación del auto ejecutivo, carecía de sentido ordenar el levantamiento de un embargo que jamás se llevó a la práctica.
- 3. No pocas discusiones para su aplicación ha suscitado el inciso 7º del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, que en cuanto a las medidas ejecutivas de embargo y secuestro previos prescribe:

"Cuando dentro de los tres meses siguientes a la fecha del mandamiento ejecutivo, no se hubiere efectuado su notificación a todos los demandados, ni hecho las publicaciones para su emplazamiento, se levantará (sie) de oficio los embargos y secuestros decretados —se subraya—hasta ese momento, mediante auto apelable en el efecto diferido".

Se trata de una disposición concebida para evitar abusos por parte de demandantes y secuestres, especialmente en cuanto a bienes muebles—respecto de los cuales el embargo sólo se perfecciona si no están sujetos a registro— con el secuestro, en el caso en estudio no llegó a realizarse, por lo menos durante el tiempo en que la juez acusada conoció del trámite cautelar, esto es, antes de declararse impedida.

En punto a este tema, el Tribunal Superior de Bogotá, en pronunciamiento invocado por las jueces de primera y segunda instancia que conocieron del trámite en el cual se originó la denuncia contra la doctora Beltrán, se pronunció en auto del 31 de octubre de 1978, así:

"Levantamiento de medidas cautelares. Artículo 513, cuando el mandamiento de pago y las medidas cautelares se han proferido en la misma fecha, el término de tres meses para surtir la notificación del demandado no se cuenta sino una vez consumadas las medidas; el segundo inciso del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil dice que los embargos y secuestros preventivos se practicarán antes de notificar al deudor el mandamiento de pago. Establece que se consumarán antes de tal notificación para dar cumplimiento al fin que con ella se persigue, hay que armonizar el inciso precisamente con el séptimo, como quiera que éste otorga tres meses para procurar la notificación personal del auto ejecutivo o las diligencias para su emplazamiento, pero el término no puede contarse necesariamente desde la fecha de la orden de pago, puesto que así se puede hacer inocua la medida cautelar, luego si el decreto de medidas de cautela y el auto ejecutivo, se profirieron en un mismo tiempo, el demandante tendrá que hacer practicar medidas diligentemente, fecha que será el punto de partida para calificar su diligencia en hacer notificar al deudor o procurar su emplazamiento. De otra manera significaría que el acreedor podría no adelantar la consumación total de los embargos y secuestros previos, aunque haciendo practicar algunos y, entretanto no se le obligaría a procurar la notificación o el emplazamiento del deudor. Para evitar perjuicios al demandado o a terceros es por lo que se le señala un plazo y es como lo dice el demandante, una sanción a su negligencia. El inciso 7º del citado artículo 513 ordena levantar los embargos y secuestros, pero si no se han consumado no se entiende cómo podrían levantarse y no puede obligarse al acreedor a que haga notificar antes de consumarlos. De donde se sigue que la interpretación de la unidad del artículo conduce a que el plazo de tres meses tiene que contarse a partir de cuando el acreedor está obligado a hacer notificar al deudor o a procurar su emplazamiento, obligación que no tiene antes de consumar la medida previa y mientras no haya embargos o secuestros consumados, no puede decirse que se causan perjuicios...''.

4. Por inexistencia del hecho punible denunciado el apoderado de la Juez sindicada impetra la casación del procedimiento ya que, en su sentir, hay absoluta falta de dolo en el comportamiento de su patrocinada. La Corporación de origen, sin ofrecer razones jurídicas se limita a sostener que "surgen de autos factores probatorios que contradicen la petición a estudio", y deniega la solicitud en el auto que es materia de revisión.

La Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal pide confirmar el proveído recurrido en apelación.

5. La Sala ha precisado con insistencia el alcance del delito de prevaricato y ha dicho que no es suficiente, para darlo por cometido, la discrepancia conceptual entre el funcionario que decide un asunto y alguna de las partes "sobre aspecto fáctico o jurídico, o interpretación normativa diversa de la predominante...", pues es lo cierto que algunos factores, tales como normas susceptibles de diversas interpretaciones, "... pueden dar lugar a decisiones variadas y en veces contrapuestas respecto de situaciones fácticas similares" (C. S. J. Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: doctor Alfonso Reyes Echandía, auto de julio 31 de 1984).

Si el delito de prevaricato exige que la resolución proferida sea manifiestamente contraria a la ley, significa que la misma ha de ser ostensiblemente ilegal, es decir, violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma. Cuando aparece claro que la decisión se ha fundado en concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso, no puede pregonarse la comisión de ese hecho punible por falencia de uno de sus elementos estructurales descriptivos: la calidad de manifiesta contrariedad con la ley.

En efecto: la interpretación que de la norma en cuestión consignó en sus providencias la Juez Beltrán Franco, la comparten el mismo Tribunal Superior de Bogotá, a cuyas luces jurisprudenciales acudió, y la Juez Trece Civil del Circuito que conoció el recurso de apelación. Esto enseña que la disposición no es completamente clara y es preciso entenderla teniendo en cuenta, de una parte, lo que se persigue con las medidas precautelativas —el embargo inmediato de los bienes de propiedad del demandado— y de la otra la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo (Arts. 488 y ss. del C. de P. C.). En resumen: Si aquellas no se han ejecutado por evidente negligencia de la parte demandante, no es el caso de cancelarlas porque las medidas preventivas para que tengan éxito deben aplicarse antes de la notificación del mandamiento ejecutivo a la parte demandada. Si, por el contrario, el embargo y secuestro se han cumplido y no se procura la notificación del mandamiento ejecutivo, la ley establece esa sanción para el demandante negligente.

En estas condiciones, como el comportamiento de la funcionaria acusada no configuró el delito de prevaricato, huelga ahondar en el allegamiento de pruebas que ni el Ministerio Público en las instancias ni el a quo precisan, y se hace imperativo declarar la inexistencia del hecho punible atribuido a la Juez Beltrán Franco y ordenar la cesación del procedimiento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto de la Procuraduría Delegada y en desacuerdo con él,

RESUELVE:

REVOCAR el auto apelado y en su lugar DECLARAR la cesación de todo procedimiento en contra de la Juez Tercera Civil Municipal de Bogotá, doctora María Inés Beltrán Franco, por los hechos de que da cuenta este sumario.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

> José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

PREVARICATO

Culpabilidad.

Las decisiones judiciales que se fundamentan en un error, o en la ignorancia, descartan de manera total la existencia del prevaricato, precisamente por ausencia del elemento intencional, que consiste en el propósito personal perfectamente definido de obtener provecho, imprescindible para poder predicar su consumación. La Corte reitera su tesis de 3 de noviembre de 1979; 22 de mayo de 1981; 16 de junio de 1981 y 5 de junio de 1985.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas.

Aprobado: Acta número 062.

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1986.

Vistos

Por auto del 25 de abril de 1985, el Tribunal Superior de Bogotá dictó auto de proceder contra la doctora Fabiola Rosero de López, en su calidad de Juez Quince Penal Municipal de la capital de la República, por el delito de prevaricato.

Apelada y sustentada oportunamente la mencionada providencia se le dio cabal tramitación a la segunda instancia, escuchándose el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien solicitó la revocatoria del auto revisado para que en su lugar se sobreseyera definitivamente a la sindicada, solicitud que fue reiterada por el defensor.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve lo pertinente luego de haberse reconstruido el proceso en lo posible, luego de su destrucción en los trágicos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El proceso se inició como consecuencia de la denuncia que instauró Fernando Hoyos Navarro, contra la doctora Fabiola Rosero de López, al considerar que tanto ella como su antecesor el doctor Héctor Arévalo Marín, éste por haber dictado en su contra auto de detención por el delito de daño en cosa ajena, y aquélla por haberse negado a revocar el mencionado auto, puesto que los daños fueron ocasionados culposamente en un accidente automovilístico y el mencionado delito no admite esta modalidad.

Separados los diversos hechos denunciados, las diligencias correspondientes al doctor Arévalo Marín motivaron auto por medio del cual el Tribunal de Bogotá se abstuvo de abrir la correspondiente investigación.

Dictado el auto cabeza de proceso, en las diligencias correspondientes a la doctora Rosero de López, fue sometida a indagatoria en la que justifica la decisión tomada al considerar que la actuación del sindicado Hoyos Navarro fue dolosa, puesto que cuando ocasionó los daños marchaba en contravía y que al así hacerlo, sabía a ciencia cierta que ocasionaría un daño.

Dice igualmente que la decisión privando de la libertad al sindicado había sido tomada por su antecesor y que accedió a la petición subsidiariamente interpuesta por el apoderado del procesado, quien le planteó en su memorial que si consideraba se trataba de delincuencia culposa, debía de conceder la excarcelación de acuerdo con lo previsto en el numeral 4º del artículo 7º de la Ley 17 de 1975. Destaca igualmente que cuando se notificó el auto de detención dictado por quien la reemplazó en sus vacaciones, el personero no interpuso ningún recurso y que en tales condiciones este funcionario también había prevaricado. Resalta al mismo tiempo que cuando se corrió el traslado al personero para la eventual aplicación del cese de procedimiento solicitado, éste se abstuvo de hacerlo y por el contrario le solicitó que practicara un avalúo de los perjuicios.

En el auto que negó la revocatoria del auto de detención, pero en el que concedió la libertad provisional, la sindicada sostuvo que el delito de daño en bien ajeno podía ser sancionado a título de dolo o de culpa. A renglón seguido afirma que por el solo hecho de haberse cometido con vehículo automotor apriorísticamente puede concluirse que se trate de delincuencia culposa. Y finalmente concluye para efectos de conceder la libertad provisional sostiene que es lógico que "deba presumirse culposa la acción del agente".

Por auto mayoritario la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 29 de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985), dictó auto de proceder contra la sindicada.

El concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicitó la revocatoria de la providencia protestada y que en su lugar se sobreseyera definitivamente a la sindicada, respaldando su petición en las siguientes argumentaciones:

"Conforme a los presupuestos analizados colige este Despacho que indubitablemente hubo por parte de la doctora Fabiola Rosero de López una decisión contraria a derecho que al encontrarla el honorable Tribunal manifiestamente violatoria de los derechos del sindicado y del orden social sirvió de base para que ordenara la apertura de causa criminal en su contra.

"No obstante lo anterior considera esta Procuraduría Delegada que no basta que se haya establecido la responsabilidad objetiva de la afectada, sino que es preciso examinar con detenimiento a través de los elementos de juicio aportados a los autos la intención criminosa que se le endilga en la providencia impugnada al calificar su conducta de arbitrariamente ilegal por haber dejado vigente en unos hechos que no constituían delito la medida cautelar de privación de libertad al sindicado Fernando Hoyos Navarro. Con tales fundamentos rechaza los argumentos de la procesada donde destaca su actitud culposa, aduciendo que la supuesta equivocación pudo haberla superado con mediana diligencia.

"En efecto, analizado el comportamiento de la doctora Rosero de López, vemos que careció de eficacia y diligencia, factores de obligada observancia en la delicada tarea de administrar justicia para que las funciones resulten ajustadas a los parámetros legales, como la requería si no había logrado penetrar el alcance y espíritu de la norma. Pero no se considera que su conducta sea reveladora del ánimo torcido o doloso que le imputa el honorable Tribunal en concepto de este Despacho, pues es apreciación que no corresponde a la realidad procesal. La ineficacia y negligencia que se advierte en la inculpada al omitir la ilustración de aspectos de derechos penal (sic) sobre los cuales se basaron los pedimentos del señor apoderado del sindicado y del señor personero en lo penal para enderezar la decisión del juez encargado a quien de paso, el Tribunal se abstuvo de abrir la investigación, no determina la incorrección moral que le señala a la juez, puesto que aun cuando sus conceptos fueron errados en relación a la apreciación de los elementos subjetivos del delito de daño en cosa ajena, como se ha dicho primó la falta de conocimientos sobre estos tópicos penales que no logra superar con un cuidadoso estudio de las normas respectivas, pero no la intención de transgredir los derechos del sindicado, máxime que le concedió la excarcelación caucionada, lo cual la excluye, quedando poco después sin vigencia el auto de detención al revocarse en la segunda instancia tal medida.

"Por manera que, compartiendo los argumentos del Magistrado, doctor Marino Alberto Rodríguez en su salvamento de voto y del señor defensor, son suficientes los razonamientos anteriores para estimar que la doctora Fabiola Rosero de López no sobrepasó los límites de una conducta culposa y no previsto este tipo subjetivo en el delito de prevaricato debemos inferir que no incurrió en la comisión de un hecho punible, presupuestos suficientes para solicitar se le exonere de responsabilidad penal mediante un sobreseimiento definitivo (Art. 491 C. de P. P.).

"Por lo dicho, solicita esta Procuraduría Delegada a la honorable Corte se revoque el auto de llamamiento a juicio proferido en contra de la procesada y en su lugar se le sobresea definitivamente".

Los argumentos de la defensa

Solicitó el recurrente un sobreseimiento definitivo para su defendida al considerar que:

- "El error o la equivocación no alcanza dimensión delictiva cuando carece del 'contenido de inmoralidad', que es propio de todo hecho punible. El dolo debe ser demostrado porque la presunción de su existencia contradice abiertamente la de inocencia —derecho humano irrenunciable—. La 'clara conciencia de ilegalidad' en la decisión —según la definición que la Corte ha dado—, se opone al concepto de error o al de equivocación, porque en el primero se da un ingrediente de malicia, ausente totalmente en el segundo.
- "El error es producto de fallas en la formación del concepto, mientras que el dolo es elemento integrado en el hecho central de la violación de la ley. Este último está ausente en el pensamiento rector de la conducta en el sujeto que yerra. Esta opinión está tomada de Gómez Méndez, quien sostiene que 'aún en la hipótesis de que el acto objetivamente considerado sea manifiestamente contrario a la ley, puede plantearse un error sobre el tipo. Se trataría de una causal de inculpabilidad edificada sobre una equivocación respecto de la interpretación de un elemento normativo del tipo (numeral 4º del artículo 40 del Código Penal)'.
- "Se requiere, en resumen, 'la conciencia por parte del empleado de que está actuando contra la ley' como ha dicho la Corte en cita del mismo autor. Estos elementos cognocitivos y volitivos del tipo, son insoslayables (sic).
- "Nuestra legislación contempla multitud de eventos en los cuales el funcionario viola la ley sin que tal hecho, por sí solo sea constitutivo de prevaricato.
 - "Veamos algunos ejemplos:
 - "Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo:
- "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.

""...

- "' 'Artículo 152 del Código Contencioso Administrativo:
- "'El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los efectos de un acto, mediante las siguientes reglas:
- "Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma superior que se pueda percibir a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas...".

- "Artículo 197 del Código Contencioso Administrativo:
- " 'Podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva".
- "También hay, obviamente, infracción directa de la ley, como causal de casación penal (Art. 580-1) o violación de una norma de derecho sustancial por aplicación indebida, como causal de casación civil (Art. 368 del C. de P. C.).
- "Los términos usados por el legislador en lo administrativo, en lo civil y en lo penal, son esencialmente idénticos al texto que define el delito de prevaricato. Sin embargo, nadie sería osado a sostener que toda revocatoria directa, toda suspensión provisional, toda anulación o toda casación, deberán seguirse de apertura automática de proceso penal contra los autores de los autos suspendidos, revocados o anulados.
- "Dejemos, honorables Magistrados, en este punto el estudio del *animus*. Han sido tantos los pronunciamientos sobre la materia, que insistir puede saber a redundancia.
- "Pero como el auto toca el tema del conocimiento de la ley en forma que su presunción la hace aparecer como circunstancia demostrativa de culpabilidad, conviene intentar una (sic) examen de la situación que con él se plantea.
- "Esa utilísima ficción, sin la cual no podría demandarse el cumplimiento de la ley, no puede ser extremada hasta el punto tal que destruya la posibilidad de error.
- "Existen fundadas razones para suponer que nadie conoce la totalidad de la ley. Ese parcial desconocimiento se amplía en algunos sectores de la sociedad hasta llegar a la casi totalidad como en el caso de los grupos sociales aislados (indígenas), para los cuales se ha establecido una presunción contraria.
- "Existe, pues, una contradicción entre la realidad (ignorancia) y presunción legal (conocimiento de la ley), la cual debe ser atemperada en el campo del Derecho Penal para los fines de la justicia.
- "En este campo el acto humano no puede encasillarse en normas de absoluta rigidez que hagan caso omiso de los fenómenos relacionados con la conciencia, la voluntad, la intención, etc.
- "Es así como el juez penal necesita comprender que la ignorancia de la ley, o de sus aspectos existe y existirá siempre. Que nadie conoce la totalidad de la ley. Que en su aplicación se puede incurrir en error derivado de esa ignorancia. Que no es válida la presunción para imputar un delito, cuando con ella se pretenda que el ser humano debe despojarse de sus condiciones limitantes, de sus flaquezas, de sus imperfecciones.
- "El criterio del Tribunal parece ser el contrario. En el caso del juez cuya capacidad profesional está certificada por títulos académicos, puede creer que en él se da la exigencia del conocimiento total.
- "La misma ley contradice ese criterio de la primera instancia. La presunción no es valedera dentro del caso especial y en los extremos inconcebibles a que llega su interpretación.

- "En cuatro casos diferentes dentro de los procesos civiles y penales se establecen recursos para obtener la rectificación de los errores por interpretación y aun por 'infracción directa de la ley': reposición, apelación, casación y revisión.
- "En lo administrativo se extrema el punto, porque nuevos recursos se agregan a los tradicionales: revocación directa, suspensión provisional, anulación.

Estas normas, comunes a todas las legislaciones civilizadas nos están diciendo que el legislador cree ante todo en la *infalibilidad* del juez; afirman que éste se equivoca y se equivoca frecuentemente. No está seguro (ni puede estarlo) del conocimiento absoluto o profundo de los administradores de justicia, porque sabiendo de la vastedad del tema y de la complejidad de los problemas que afronta, comprende la imposibilidad del acierto permanente y total.

"Se justifica así esa gama casi infinita de recursos que defendiendo al ciudadano, abren el camino a la posibilidad de rectificación y reparación.

"No es sana política exigir la suma perfección por parte de quien, como todos, está dispuesto a caer en el error".

Consideraciones de la Corte

Se demostró la calidad de funcionario judicial de la sindicada de la misma manera que se encuentra probado que actuó en el ejercicio de sus funciones cuando realizó el comportamiento que motivó la denuncia que dio origen a este proceso y que por lo menos desde el punto de vista objetivo la decisión que motivó la protesta ciudadana es manifiestamente contraria a la ley; pero los hechos anteriormente destacados y probados procesalmente no deben llevar necesariamente a la conclusión de la existencia del delito de prevaricato, porque debe recordarse que el delito es una unidad doblemente conformada por aspectos objetivos y subjetivos y que por tanto para predicar la existencia jurídica del hecho delictual es preciso que se integren indefectiblemente unidos los hemisferios que lo conforman.

Para determinar la existencia del elemento subjetivo del presunto delito de prevaricato que se imputa a la acusada es necesario analizar detenidamente los descargos que presenta en su injurada, en la cual sostiene que el presunto delito cometido por quien ahora la denuncia fue doloso, puesto que al marchar en contravía, sabía a ciencia cierta que ocasionaría un daño.

Pero deben analizarse las argumentaciones dadas por la sindicada en la decisión que motivó la apertura de este proceso, en las que sostiene sucesivamente:

- 1. Que el daño en bien ajeno podía ser sancionado a título de dolo o culpa.
- 2. Que no por el hecho de haberse cometido en accidente automovilístico se podía concluir que se tratara de delincuencia culposa y,

3. Que debía de presumirse la actividad culposa y en concordancia con la final argumentación concede la libertad provisional.

Son dos las posiciones sostenidas por la sindicada y que deben ser objeto de reflexión por la Corte; la primera y es la más importante, el criterio expuesto en el auto que motivó la denuncia que dio origen a este proceso y la segunda, la propuesta en la diligencia de indagatoria.

Si se analiza la primera se ha de concluir en la existencia de la más absoluta ignorancia y una total incoherencia de su pensamiento, porque en la mínima extensión de tres párrafos sostiene tres posiciones contradictorias y excluyentes entre sí, además de que revela un desconocimiento de la ley penal, inimaginable en un juez penal, porque inicialmente afirma que el delito de daño en bien ajeno puede cometerse a título de dolo o de culpa y con tal afirmación desconoce elemental técnica legislativa aceptada por el legislador colombiano tanto en el Código de 1936 como en el de 1980, en los cuales se definen las diversas modalidades de la culpabilidad en la parte general, para en la parte especial incluirse con precisión cuáles pueden ser cometidos preterintencional o culposamente, debiéndose concluir que aquellos en los que no se señale de manera específica que pueden ser cometidos por estas modalidades, de manera necesaria se deberá concluir que se trata de delitos dolosos.

En el párrafo siguiente, en el orden que le interesa a la Sala analizar hace una afirmación que contradice lo que sostiene en el tercero, puesto que afirma que no por el hecho de haberse producido los acontecimientos en un accidente automovilístico, se ha de concluir apriorísticamente que se trata de delincuencia culposa, mientras que en el tercero presume la actividad culposa a efectos de conceder la libertad provisional.

En la indagatoria asume una posición diversa, pues sin mencionarlo, alude a un dolo eventual desde su perspectiva jurídica, pero si los planteamientos anteriormente considerados son fruto de la ignorancia; lo expuesto últimamente es consecuencia del error, porque para que esta especialísima modalidad del dolo, tan cercana a la culpa consciente, se concrete es indispensable, en su reconocimiento judicial que se encuentre demostrada la previsibilidad del resultado dañoso, y la aceptación por lo menos hipotética por parte del sujeto activo del efecto dañoso.

Tampoco será aceptable la versión dada en la indagatoria, porque como ya se dijo, en ella proyecta su ignorancia, para tratar de defenderse de la imputación penal, pero incurriendo evidentemente en una posición errónea, porque es claro que el dolo eventual como concepto teórico para que pueda ser admitido procesalmente debe haberse probado la aceptación por parte del sujeto activo del resultado dañoso que fue previsto. No se trata simplemente de adecuar a la realidad procesal, teorías jurídicas, si no tienen la debida fundamentación probatoria que demuestre su existencia.

Pero la realidad, no importa ahora la posición asumida por la sindicada en el momento de su indagatoria, donde evidentemente asume una posición defensiva, sino lo que intelectualmente la guió en el momento de la decisión que ahora se cuestiona, porque demostrada la contrariedad

de su determinación con la ley, debe establecerse si tuvo la intención de conculcar el bien jurídico tutelado por la ley y si existiendo tal propósito ocasionó daño a los derechos del ciudadano que sufría las consecuencias directas de su conducta.

Considera la Sala que la culpabilidad se demuestra cuando se prueba no sólo el comportamiento contrario a la ley, sino el propósito personal perfectamente definido de sacar provecho con la decisión, porque no puede pensarse en un comportamiento delictivo que tenga como propósito único el de violar la ley, o mejor el bien jurídicamente tutelado que, como el que es motivo de juzgamiento, su sola violación no ocasiona ningún beneficio por su desconocimiento; el provecho particular se obtiene es por el individual interés que guía al agente, que en el momento de su conducta posiblemente en lo único que no piensa es en el bien jurídico tutelado y sí en la satisfacción personal que le produce actuar contra derecho.

En el prevaricato entonces se hace evidente la necesaria demostración de la decisión contraria al derecho y la manifiesta intención de hacerlo así en la búsqueda personal de un fin individual, que no necesariamente debe estar probado, pero que sí debe presentirse, presumirse, o colegirse, como ya se dijo, nadie infringe la ley por el sólo placer de su violación.

En el caso que se revisa, la Sala analizará como ya se dijo antecedentemente, la posición asumida por la sindicada en el momento de dictar la decisión cuestionada, porque el planteamiento hecho en su indagatoria es de carácter defensivo y ahora lo que se trata de dilucidar es el instante intencional que la acompañó en el momento de dictar el auto por el que ahora se encuentra procesada.

La versión de la indagatoria es fruto de la reflexión, posiblemente del consejo jurídico que le plantea una forma de defensa y en caso como el actual, lo que importa en realidad es lo que pensó en el momento de producir la providencia cuestionada, porque lo que se juzga es lo que reflexionó y quiso en ese momento y no lo que pudo pensar o querer cuando se vio involucrada en un proceso penal.

Planteadas así las cosas, debe resaltarse, que antecedente y coetáneamente a su decisión se presentaron una serie de circunstancias apropiadas para crear en el pensamiento de la juez, una tendencia sicológica para aceptar como un hecho real, lo que su propia ignorancia determinaba su decisión. Primero que todo, se encuentra al regreso a su juzgado un hecho creado, puesto que quien la reemplazó había dictado auto de detención por daño en bien ajeno y esta circunstancia muy bien ha podido llevar a muchas personas a considerar que la decisión tomada y no protestada, correspondía a criterio jurídico válido. La segunda situación que prepará su inteligencia para aceptar como cierto el hecho con el que se encontró con el memorial de apoderado del sindicado, quien por solicitud subsidiaria —excarcelación en caso de considerar que se tratara de delincuencia dolosa—, la proyecta a tal situación, porque evidentemente esta petición le daba fundamentos para pensar que era factible esta modalidad culposa. Por las circunstancias anteriormente analizadas, considera la Sala que no existió por parte de la juez procesada la intención de tomar una decisión manifiestamente contraria a la ley, y menos en su ánimo, el deseo de

ocasionar daño determinado a la justicia o al sindicado y esto último se evidencia, puesto que en la misma providencia que niega la revocatoria del auto de detención, concede la excarcelación del procesado.

Si el propósito hubiera sido no el de ocasionar daño a la administración pública, porque como ya se aceptó, ello difícilmente se puede dar, sino el de producir un daño concreto al sindicado o a su apoderado, o a los parientes del uno o del otro, porque necesariamente el prevaricador actúa con propósitos particulares, la mayoría de ellos encauzados por la amistad o la enemistad, su decisión de no revocatoria del auto de detención se hubiera visto colofonada con la negativa a la excarcelación; pero es que ello es precisamente lo que demuestra su estado de ignorancia y su falta de intención delictiva, porque si esta última hubiera existido habría negado de manera obvia la excarcelación.

En las condiciones en que actuó la sindicada se encuentra la Corte ante una decisión manifiestamente contraria a la ley, que en sus efectos negativos es allí misma contrarrestada, puesto que en esa providencia concede la libertad provisional. En tal tipo de comportamiento es imposible pensar que la sindicada hubiera actuado con propósito criminal; por el contrario, es allí donde se revela su absoluto desconocimiento de lo jurídico, esto es su inculpabilidad, por absoluta ignorancia de lo que todo juez en condiciones normales debe conocer.

Es del propio significado etimológico que surge la idea del contenido comportamental del prevaricato, puesto que por sus raíces latinas el vocablo significa "el que anda con los pies torcidos", indicando que lo decidido debe ser torcido, contrariando el querer de la ley, pero tal contrariedad no debe ser solamente de carácter objetivo, sino que a ello debe agregarse la contradicción entre lo decidido y lo conocido, esto es, supone la existencia de un comportamiento de mala fe, se debe tratar de una actuación infiel, de allí que con toda razón se haya sostenido que el prevaricato es una falsedad, con contenido subjetivo muy determinado. Supone el prevaricato la existencia de una relación lógica y causal entre la contradicción de la ley, con la decisión tomada y el ánimo perverso y torcido del juez, porque el desacuerdo con la ley debe ser consciente, es decir, que al resolverse una determinada situación jurídica dentro del proceso, quien así actúa sepa que con la misma se está contrariando de manera expresa a la ley que dispone o señala caminos diversos de solución. Es entonces la voluntad predeterminada del juzgador de torcer el espíritu de la ley por el impulso caprichoso del mismo, sin que en la actualidad tengan importancia o relevancia, los motivos personales que puedan impulsar al juez a tomar la decisión fraudulenta.

Sobre los presupuestos anteriores se ha de reiterar entonces que las decisiones judiciales que se fundamentan en un error, o en la ignorancia, descartan de manera total la existencia del prevaricato, precisamente por ausencia del elemento intencional, imprescindible para poder predicar su consumación; por ello es que las diferencias de criterio interpretativo no pueden llevar a pensar en decisiones prevaricadoras, ni tampoco el hecho de que las decisiones del inferior sean reformadas o revocadas por el superior, porque en la inmensa mayoría de ocasiones ello supone simplemente

una diferencia de criterios o la corrección de decisiones equivocadas surgidas del error o de la ignorancia.

Es cierto que en principio es difícil pensar que un juez pueda desconocer la ley, puesto que se supone un conocimiento especializado por
razón de su oficio, pero lo cierto es, como lo sostiene el recurrente, que no
es dable para nadie suponer el desconocimiento de todo el derecho, ni
siquiera de una rama especializada del mismo, porque es evidente que
existe una contradicción entre la realidad y la presunción legal, pues de
acuerdo con esta última, se presume de hecho que el ciudadano conoce el
derecho, pero esta presunción como se remarcaba con anterioridad, riñe
con la realidad.

No por lo que ahora se afirma se debe concluir que en todos los casos bastaría que se alegara la ignorancia o el error para que el prevaricato fuera descartado, sino que por el contrario, debe estar claramente demostrado que unido a la ignorancia o al error, no existió el propósito de actuar torcidamente. Es lo que sucede en el caso sub judice, donde la ignorancia se evidencia en la conducta desarrollada por la juez procesada, porque si bien es cierto que toma una decisión contraria a la ley, en la misma providencia, excarcela al sindicado, eliminando con esta decisión los efectos dañinos de su equivocado fallo.

Cada día el hombre y el juez se equivocan, guiados por erróneas apreciaciones o por ignorancia de hechos o circunstancias que se suponían conocidos. Eso es lo cotidiano y al juez no se lo puede proyectar como un conocedor de todo lo jurídico, porque además de no ser cierto, se incurre en grave yerro que atenta contra la justicia.

La Corte con anterioridad ha reconocido casos de ignorancia justificada en que incurrieron jueces al tomar determinadas decisiones con desconocimiento de una ley existente. Una de ellas es precisamente la providencia del tres (3) de noviembre de mil novecientos setenta y nueve (1979) con ponencia del Magistrado Luis Carlos Pérez.

El antecedente jurisprudencial citado es diferente fácticamente al que ahora es motivo de juzgamiento, pero deben resaltarse las circunstancias antecedentes y concomitantes que ya fueron destacadas en esta providencia que colocaron a la funcionaria procesada en situación psicológica propicia para incurrir en la decisión equivocada que motivó el inicio de esta investigación. Teniendo en cuenta tales circunstancias, para la Sala es evidente que la decisión cuestionada fue fruto de la ignorancia, necesariamente de carácter culposo, criticable desde todo punto de vista, pero no desde la perspectiva de la justicia penal, que en este caso concreto exige la presencia de un desvío moral del funcionario, situación que no se evidencia en la conducta que es motivo de juzgamiento, debiéndose recordar una vez más, que la ausencia de intencionalidad o propósito torcido, surge de la propia decisión cuestionada, puesto que si bien es cierto que no revoca, de manera equivocada el auto de detención también lo es, que excarcela al sindicado.

La Corte en el inmediato pasado ha mantenido criterio similar y deben por lo menos destacarse algunas de esas decisiones, en las que reiteradamente recalca el elemento intencional en el prevaricato requisito intencional para que se entienda consumado.

Dijo la Corte en providencia del veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y uno (1981), con ponencia del doctor Velásquez Gaviria, que resaltó el elemento subjetivo del delito al sostenerse que: "No procedió, entonces, con pleno conocimiento de la ilegalidad e injusticia de la decisión que iba a proferir, presupuesto subjetivo del delito de prevaricato. Esa conciencia de la ilicitud la resaltaba el anterior código con la expresión 'a sabiendas', y el nuevo estatuto con la exigencia de que el acto sea 'manifiestamente' contrario a la ley'.

De la anterior providencia salvó voto el doctor Alfonso Reyes Echandía, no porque discrepara de la decisión de la Corte en cuanto al expreso reconocimiento del elemento subjetivo del prevaricato, sino por la interpretación que la Corte daba al cambio legislativo con relación a las expresiones 'a sabiendas' y 'manifiestamente', respecto de las cuales el Magistrado disidente expresó:

"Discrepo de tal interpretación. Considero que la expresión 'a sabiendas' enfatiza —innecesariamente— el aspecto cognoscitivo del dolo y apunta, por lo mismo, al conocimiento que se le exige al agente sobre la típica antijuridicidad de su comportamiento; mientras que la palabra 'manifiestamente' se predica de la contrariedad de la conducta del actor (resolución o dictamen) con la ley y cualifica, entonces, un ingrediente normativo del tipo; no existe, pues equivalencia alguna entre tales expresiones; el nuevo código eliminó; o simplemente —y con razón— la reiteración del conocimiento de la ilicitud propia del prevaricato y cualificó la ilegalidad de la resolución o del dictamen emitidos por el funcionario (actor) con un adverbio modal que apunta a un mayor grado de contrariedad de aquélla con la ley, a la que debe acomodarse toda decisión judicial o administrativa'.

De ese mismo año, pero del 16 de junio es la providencia de la que fue ponente el doctor Romero Soto, en la que se insiste que:

"Ni siquiera se exige al denunciante el elemento 'a sabiendas' de tan variada interpretación".

"Pero sí es fundamental que las resoluciones y dictámenes sean injustos en el sentido de que se aparten ostensiblemente del derecho, sin que importen los motivos que el empleado oficial tenga para ello".

Parece indicar la jurisprudencia transcrita que la eliminación del elemento 'a sabiendas' tuviera una especial connotación en la estructura típica y que por lo tanto su supresión tuviera algo que ver con los también suprimidos elementos subjetivos de la simpatía o la animadversión.

Más reciente es la decisión de la Corte de la que fue ponente el doctor Fabio Calderón Botero, en la que enfatiza que la providencia por más contraria al derecho que pudiera ser, no constituye prevaricato, pero si la interpretación de las normas se hace sin tener conciencia de un actuar ilícito. En auto de 5 de junio de 1985, la Corte dijo:

"Esa exigencia perentoria de que la resolución o dictamen sean manifiestamente contrarios a la ley, objetiva y subjetivamente se convierte para el juez en una valoración que, por exceso o por defecto, puede conducir al error. Para obviar estos extremos, hay que buscar un punto equidistante, un criterio rector en donde esa contradicción, por su magnitud, subsuma cualquier abuso de autoridad para concluir que obrar bajo la comprensión de la ilicitud de la conducta constituye prevaricato. Es pues, ese especial sentido de equidad, así conformado, el verdadero resguardo y guía del acto judicial en el juicio de aplicabilidad de esta infraçción.

Esto se traduce, nada más ni nada menos, en que si la interpretación indebida de las normas o de las pruebas se efectúa sin tener conciencia de un actuar ilícito, por más que resulte opuesta al derecho, no existe delito de prevaricato por acción ya que, desde el punto de vista subjetivo, no es posible considerar que el actor entendió como manifiestamente contrario a la ley su comportamiento'' (junio 1985).

El caso analizado en la jurisprudencia antes transcrita es precisamente la situación analizada en el caso estudiado, porque la realidad probatoria del proceso demuestra que la juez imputada, actuó de buena fe, convencida en su intimidad intelectual que los daños ocasionados en el accidente de tránsito constituían un delito de daño en bien ajeno, que según su equivocado criterio admitía las modalidades dolosa y culposa.

En principio, se repite una vez más, es inconcebible tal grado de ignorancia en un juez; pero en el caso se analiza el actuar sin propósitos malévolos, se evidencia con la decisión de excarcelación que toma simultáneamente y se demuestre igualmente que en el caso presente la ignorancia proviene de la culpa y por tanto es imposible pensar en la existencia del prevaricato.

Lo analizado con anterioridad descarta la culpabilidad del prevaricato, y bien se sabe que este es un delito eminentemente doloso y en tales circunstancias es preciso revocar la providencia recurrida, para que en su lugar se sobresea a la acusada de manera definitiva, tal como lo solicita el Procurador Delegado.

Consecuente con las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

REVOCAR el auto de proceder dictado por la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, contra la doctora Fabiola Rosero de López, por el delito de prevaricato y en su lugar se la sobresee de manera definitiva por el mismo cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

PROCEDIMIENTO CIVIL

Poder de coerción.

El poder de coerción, mediante el cual el Juez se procura los elementos indispensables para el proceso, no es discrecional en el procedimiento civil: la ley señala la manera como se puede usar y las condiciones en que el Juez puede hacerlo.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz.

Aprobado: Acta número 062.

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1986.

Vistos

Por vía de apelación revisa la Corte la providencia de cinco de febrero último, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales se abstuvo de abrir investigación respecto del doctor Uriel Zuluaga Zuluaga, Juez Quinto Civil Municipal de dicha ciudad.

ANTECEDENTES

1. La señora Stella Morales de Zuluaga solicitó al Juez Quinto Civil Municipal de Manizales, doctor Uriel Zuluaga Zuluaga que citara al señor Alfonso Jaramillo Aristizábal para que absolviera un interrogatorio de parte, con el fin de preconstituir prueba para un proceso de lanzamiento. El presunto demandado fue citado varias veces y no compareció. De oficio, y con fecha 29 de octubre de 1985, el juez ordenó que fuera conducido por la policía, sin tener en cuenta que el Código de Procedimiento Civil no autorizaba para este evento tal medida de coerción, la cual se hizo efectiva el 8 de noviembre.

El señor Jaramillo Aristizábal consideró que había sido privado de la libertad de manera ilegal, y formuló contra el funcionario la denuncia penal que ha dado origen a este asunto.

2. Al sustentar la impugnación el denunciante dice que "ante todo, no se debe olvidar que, el hecho de no poder libremente disponer de mi persona y del resto de mis libertades ciudadanas en el momento de haber sido retenido por los agentes del F-2 por orden de la autoridad requirente, nos indica no otra cosa, que en dicho interregno me fueron cercenadas las libertades de locomoción y disponibilidad conforme a mi libre albedrío, entre otras, libertades sabiamente consagradas en nuestra Carta Suprema".

Añade que, en contra de lo sostenido por el Tribunal, en este caso no se podía aplicar, por analogía, la medida de fuerza consagrada por la ley para el testigo desobediente, pues él era "parte o presunta parte", para cuya notificación el Código de Procedimiento Civil trae normas expresas y completas, dentro de las cuales no figura la conducción por la fuerza pública.

3. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal comparte en su integridad los razonamientos de la primera instancia, y pide, consecuentemente la confirmación del auto recurrido.

SE CONSIDERA

Debe la Sala recordar, en primer término, que el poder de coerción, mediante el cual el juez se procura los elementos indispensables para el proceso, no es discrecional en el procedimiento civil: la ley señala la manera como se puede usar y las condiciones en que el juez puede hacerlo.

El funcionario denunciado motivó así su censurada providencia:

"La señora Stella Morales de Zuluaga, en su propio nombre, solicitó al Juzgado llamar a absolver interrogatorio de parte al señor Alfonso Jaramillo Aristizábal. Como quiera que tal solicitud es procedente, mediante auto del día siete de junio del año en curso el Juzgado ordenó la práctica de esa prueba y la comparecencia al Despacho del absolvente, quien no ha podido ser notificado no obstante las reiteradas órdenes de citación libradas para el efecto y la presencia de uno de los empleados del Juzgado en su residencia para notificarle personalmente el auto que decretó el interrogatorio.

"Por lo tanto, en consideración a la rebeldía del señor Jaramillo Aristizábal a comparecer al Juzgado, de conformidad con el artículo 255 del Código de Procedimiento Civil, norma aplicable por analogía, ordenará que por intermedio de la Policía sea conducido el absolvente Alfonso Jaramillo Aristizábal a este Despacho, en horas hábiles, con el fin de proceder a notificarle el auto que dispuso el interrogatorio de parte". (Fl. 29, se subraya).

E hizo efectiva esa orden por medio del oficio número 892 del mismo 29 de octubre último (Fl. 28).

La analogía la consagra así el Código de Procedimiento Civil:

"Artículo 5º Vacíos y deficiencias del Código. Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales o los generales del derecho procesal".

Para la citación de parte o presunta parte, la nombrada codificación trae las siguientes disposiciones:

"Artículo 294. Interrogatorio de parte. Cuando una persona pretenda demandar a otra o tema que se la demande, podrá pedir por una sola vez, que su presunta contraparte conteste el interrogatorio que le formule sobre los hechos que han de ser materia del proceso. En la solicitud se indicará sucintamente lo que se pretenda probar".

Artículo 301. Procedimiento para las pruebas y la exhibición anticipada. Las pruebas y la exhibición anticipadas de que trata este capítulo se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso. La oposición se tramitará como incidente".

Y "en el curso del proceso" la citación de la parte se hace conforme a lo dispuesto en el artículo 205, o sea notificando personalmente a la parte el auto que decrete su interrogatorio; pero si no se la encuentra en el lugar respectivo, la citación se hace por aviso. No se consagra aquí ninguna otra forma de realizar este acto procesal.

Ahora bien: es cierto que dicha norma no contempla expresamente el evento de que el citado "se encuentre" pero se niegue a notificarse, que fue lo que ocurrió aquí —además en forma reiterada y grosera— con el señor Jaramillo Aristizábal, mas también lo es que en esta hipótesis, en la cual ya se cuenta con un manifiesto y personal rechazo a la notificación, procede con mayor razón la notificación por aviso.

De suerte que en el caso presente el procedimiento analógico resulta equivocado, máxime que se acudió al artículo 225 del Código que se viene citando, el cual prevé la rebeldía del testigo, y el señor Jaramillo Aristizábal era predemandado, calidad ésta de parte que lo dispensaba de la obligación legal de testimoniar, motivo por el cual no podía ser conducido por la fuerza.

Sin embargo, considera la Sala que si el Juez estimó que para la rebeldía de "la parte" no podía aplicar el artículo 205, que no la contempla, y por analogía dio aplicación al precepto que prevé la del testigo que se halle en idéntica situación, su decisión no fue fruto de la arbitrariedad ni de la injusticia, sino de no haber interpretado el artículo 205, y haberse limitado a "leerlo", procedimiento superficial que lo condujo, inexorablemente a encontrar en dicha disposición un vacío que sólo es aparente.

Esa lectura no crítica de la norma, esa falta de hermenéutica (que, de suyo, no puede estructurar tipo penal alguno), quizás pudo obedecer al apremio en que se vio el señor juez sindicado ante el múltiple repudio del predemandado y, de otro lado, el permanente acoso de la demandante.

Así, pues, con la motivación que acaba de hacer la Sala, opuesta a la que contiene el auto apelado, éste habrá de ser aprobado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo en parte con él, confirma la providencia recurrida con las aclaraciones hechas en la parte motiva.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Inis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

VIOLACION DIRECTA

Hay violación directa por error de selección de la norma, cuando la condena en perjuicios podía concretarse y el juzgador acude a la atribución del artículo 107 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas.

Aprobado: Acta número 062.

Bogotá, D. E., 24 de junio de 1986.

VISTOS

Reconstruido en lo posible este proceso, corresponde decidir el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Buga, contra la sentencia de primero de octubre de 1984 por medio de la cual esa Corporación confirmó la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tuluá que condenó a la procesada Martha Isabel González Agudelo como responsable de hurto calificado a la pena principal de dos años de prisión y a las accesorias correspondientes, otorgándole el beneficio de la condena de ejecución condicional. La adicionó además, en el sentido de imponer la obligación de pagar por concepto de perjuicios materiales y morales el equivalente, en moneda nacional, a cuarenta y diez gramos oro, respectivamente.

HECHOS

La noche del 19 de agosto de 1983, Teodomiro Rojas Sarria departía con unos amigos en el café "5 y 6" de la población Bugalagrande (Valle), siendo atendido por la empleada de dicho establecimiento conocida como "Sandra", con quien se fue a dormir al motel "La Casona" donde amanecieron. Al despertarse al día siguiente, advirtió que su compañera había desaparecido del lugar llevándose consigo la suma de \$ 34.200.00

que guardaba en efectivo en uno de los bolsillos del pantalón, dinero proveniente de un préstamo hecho por la Cooperativa de Empleados de Comunicaciones de Tuluá, por lo que el mismo día formuló la correspondiente denuncia, colaborando con las autoridades de policía para la captura de la responsable, la que se produjo siete días después en la ciudad de Sevilla. Sometida a indagatoria dijo responder al nombre de Martha Isabel González Agudelo.

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bugalagrande, despacho que luego de oír en indagatoria a la sindicada y practicar otras diligencias, le definió la situación jurídica dictando auto de detención en su contra.

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Tuluá por auto de 31 de enero de 1984 calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio de la procesada por el delito de hurto simple, de que trata el artículo 349 del Código Penal concediéndole el beneficio de libertad provisional mediante caución juratoria (Fls. 75 a 82 del C. de copias), pronunciamiento apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Buga mediante el suyo de tres de abril del mismo año, modificándolo en el sentido de comprometerla en juicio por el delito de hurto calificado que describe y sanciona el artículo 350 ibidem, en consideración a que la acusada se había aprovechado "de la indefensión e inferioridad en que se hallaba el ofendido al estar dormido". (Fls. 91 a 93 ibidem).

Adelantado el juicio y celebrada la audiencia pública, el Juzgado del conocimiento en sentencia del 6 de julio de 1984 condenó a Martha Isabel González Agudelo a la pena principal de dos años de prisión y a las accesorias de rigor, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional, fallo consultado con el Tribunal Superior.

El Fiscal Primero de dicha Corporación, estimó que se daban los presupuestos procesales para proferir sentencia condenatoria pero discrepó en cuanto al agravante deducido en el auto de proceder, denominando el hecho como hurto calificado, pues "El sueño del ofendido no siempre es motivo para significar la presencia del contenido del numeral 2º del artículo 350 del Código Penal. Esta causal —agrega—, parece referirse a los niños, enfermos, inválidos y otros casos en los cuales la defensa se hace difícil". Sugirió además, que "en cuanto a la condena de perjuicios debe condenarse (sic) por los demostrados \$ 34.200.00". (Fls. 113 a 114 biodem).

El Tribunal Superior de Buga, acogiendo parcialmente los planteamientos del Ministerio Público, confirmó la sentencia consultada, adicionándola en el sentido de condenar a la responsable al pago de los perjuicios materiales y morales causados con el delito en suma equivalente, en moneda nacional, a cuarenta y diez gramos oro, respectivamente, mediante fallo que es objeto del recurso de casación en el que se dijo en lo pertinente: "Se considera, sí valedera la objeción del señor Fiscal en cuanto

a la falta de condena al pago de perjuicios, aunque no podrá ser por un monto igual a la suma sustraída por la procesada puesto que a más de ella el perdidoso debió invertir más para el logro de la captura de aquélla. Así se estiman los perjuicios materiales en suma equivalente a cuarenta gramos oro, y los morales en diez gramos''. (Fl. 116 del C. de copias).

La demanda

Con fundamento en la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial y se formulan dos cargos a saber:

Primero. Así enunciado:

"Violación directa del artículo 350, ordinal 2º del Código Penal, al aplicarlo a un caso que está en desacuerdo con su contenido jurídico. Significó el ad quem que el aprovechamiento del sueño natural para cometer el hurto es motivo intensificador de la pena, cuestión que evidentemente resiente el sentido y cabalidad de la norma atrás citada".

En desarrollo de la censura, expresa el Fiscal recurrente que el sueño natural que objetivamente encierra indefensión física en el sujeto que lo soporta o se encuentra en dicho estado, no puede proyectarse jurídicamente como circunstancia intensificadora de la pena, tratándose de un delito de hurto pues la mayoría de tales ilícitos lleva ínsita la indefensión de la víctima; que el sueño generador de la circunstancia calificadora del hurto es el provocado o inducido por el sujeto activo del delito y que el legislador al establecer esta causal de agravación, quiso referirse a los niños, ancianos, inválidos, ciegos y en general a aquellas personas cuya limitación física para defenderse, es evidente.

Agrega que la norma citada no recoge el motivo por el que ad quem intensificó el cargo a la procesada, razón por la que dicha disposición legal fue aplicada indebidamente, dejándose de aplicar el artículo 349 del Código Penal, que era el pertinente al caso juzgado.

Segundo. "Violación directa del artículo 107 del Código Penal por cuanto el ad quem, pese a estimar y dar por probado el cuantum del detrimento económico sufrido por el ofendido, resolvió hacer la condena por ese rubro, atemperándose a la norma citada", reparo sustentado por el libelista en las siguientes consideraciones:

"El ad quem violó directamente el artículo 107 del Código Penal por cuanto, a despecho de la prueba concreta que reconoce y da por cierta, dio aplicación a aquella norma que simplemente fija guías o parámetros generales para valorar los perjuicios materiales".

"La sentencia impugnada fija el equivalente, en moneda nacional, de 40 gramos oro por perjuicios materiales cuando en las piezas del expediente están perfectamente definidos estos en la cantidad de \$ 34.200. Y lo más interesante, esta suma fue la que sirvió para fijar la competencia del juez que conociera del negocio. Y algo mucho más importante: los juzgadores de primer y segundo grado la han dado como demostrada, es decir, no hay debate sobre este punto".

"Por este motivo, el Tribunal sustituyó la precisión —fin primordial y último de toda sentencia— que le suministraban los autos, por cierta vaguedad afincada en meras normaciones generales que apenas sí trazan la manera de valorar los perjuicios".

"Por lo demás, el artículo 107 del Código Penal sugiere que sólo cuando el detrimento económico no es valorable pecuniariamente, es posible acudir a su contenido. Ocurre, entonces, que en los delitos que lesionan el patrimonio de las personas, es especial el hurto, es prerrequisito sine qua non de la iniciación y prosecución de la acción penal la fijación del quantum del perjuicio...".

Luego agrega:

"Ahora que en el delito juzgado hubo o ha habido perjuicios subsiguientes, es natural. Mas para eso está el incremento de la condena con los intereses, los cuales deben liquidarse, no a la tasa írrita de los legales sino a la corriente. El artículo 2318, inciso 2º del Código Civil obliga al pago de los intereses corrientes cuando se ha recibido de mala fe. En el hurto existe algo peor que la mala fe: arrebatamiento, apoderamiento. De suerte que si en lo primero hay intereses corrientes, a fortiori los debe haber en lo segundo. Es regla que entra en armonía con el artículo 8º de la Ley 153 de 1887".

Concluye solicitando casar la sentencia recurrida para dictar la que deba sustituirla conforme a lo previsto en el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se opone a la prosperidad del primer cargo formulado por el Fiscal del Tribunal Superior en consideración a que la procesada se apoderó del dinero del denunciante aprovechando el estado de sueño en que se encontraba por efecto de las bebidas alcohólicas ingeridas "por lo cual tiene cabida la norma y agravante indicado (Art. 350-2 del C. P.), sin que pueda referirse a otras normas que contemplan la agravación en relación con personas débiles, menores de edad o que no puedan, por otras circunstancias oponer resistencia".

Y en cuanto al segundo, sin hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, estima que resulta fundado por cuanto la cuantía de la suma sustraída estaba comprobada y los perjuicios correspondientes eran determinables, sin señalamiento de intereses, situación probatoria que en su opinión hacía improcedente la la aplicación del artículo 107.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo. En el delito de hurto las circunstancias de indefensión o inferioridad que lo califican incrementando la pena se caracterizan por la incapacidad de la víctima para repeler con algún éxito la agresión con-

tra su patrimonio económico ya sea porque el agente la haya colocado en dichas condiciones o se haya aprovechado de ellas. Es la ventaja de que se vale el sujeto activo del delito para perpetrar sin mayores riesgos el hecho punible.

En el primer evento, el agente mediante el empleo de violencia sobre las personas o la utilización de cualesquiera otro medio coloca a la víctima en la imposibilidad de defender su haber patrimonial por carencia de elementos idóneos para ello (maniatándola o suministrándole sustancia soporífica); y en el segundo, se aprovecha del estado de indefensión o inferioridad en que se encuentra el ofendido por causas extrañas a su actividad, como el sueño natural o alcohólico, la menor edad, la enfermedad, la inferioridad psíquica, la invidencia, etc.

Como antecedente histórico de esta circunstancia modificadora del hurto cabe recordar que la Comisión Redactora del Código Penal de 1974, con ponencia del comisionado doctor Julio Salgado Vásquez propuso la fórmula "Aprovechando la imposibilidad de la víctima para resistir", la que fue cambiada por la subcomisión designada para revisar dicha ponencia, por ésta: "Poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o abusando de tales condiciones", porque en ella quedaban comprendidos los estados de indefensión o inferioridad, sea que el agente los haya creado, o sencillamente los haya aprovechado. (Acta No. 121 de octubre 10 de 1973. Pág. 749 del Anteproyecto de Código Penal Colombiano. Edición publicada por el Ministerio de Justicia).

La Comisión Asesora del año de 1979, tenida como antecedente inmediato del Nuevo Código Penal, aceptó dicha fórmula redactándola como aparece descrita en el ordinal 2º, del artículo 350: "Colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechándose de tales condiciones". Así aparece de la relación explicativa rendida por su Presidente (Págs. 80 y 81 del Nuevo Código Penal. Edición oficial de 1980).

Con ello quiere significarse que en la mente de los comisionados estuvo latente el propósito de consagrar tal agravante con las connotaciones jurídicas ya indicadas.

Siguiendo estas orientaciones resulta que en el presente caso, la circunstancia calificadora del hurto fue correctamente deducida por el setenciador pues no se remite a dudas que la acusada aprovechándose del estado de indefensión en que se encontraba el denunciante en razón del sueño alcohólico producido por la ingestión de bebidas embriagantes, se apoderó del dinero en efectivo que guardaba en un bolsillo del pantalón. La norma aplicada (Art. 350-2 del C. P.) era la llamada a solucionar el caso probado, y no otra.

No prospera el cargo formulado.

Segundo cargo. El juez debe condenar en concreto al pago de los perjuicios materiales originados con el hecho punible cuando practicadas todas las diligencias necesarias para comprobar su naturaleza y cuantía (Art. 380 del C. de P. P.), entre las cuales, como es obvio, su tasación pericial mediante dictamen por él acogido, encuentra suficientes elementos de juicio que le permiten fijarlos en suma determinada.

Cuando se sabe de manera cierta, que se ocasionaron perjuicios como consecuencia del hecho punible y existan bases en el proceso para determinar su cuantía, pero ésta no se determina, porque por descuido del juez, por inercia del agraviado o del agente del Ministerio Público no se designó el perito o peritos encargados de avaluarlos y no se fijó de manera cierta su cuantía, la condena debe proferirse en abstracto o in genere, para que dentro del incidente respectivo se concrete el monto de la indemnización (Art. 26 del C. P.).

Como solución sucedánea a los anteriores extremos, y cuando hay imposibilidad de concretar los perjuicios en suma determinada, porque a pesar de haberse practicado las diligencias conducentes a su comprobación no pueden ser avaluados pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlos por medio de perito, el artículo 107 del Código Penal, otorga poder discrecional al juez para señalar prudencialmente el monto de los perjuicios materiales dentro del límite del patrón oro allí establecido.

Dicha tasación se hará teniendo en cuenta los factores indicados en el inciso segundo de la norma citada, que aluden a las dos manifestaciones del perjuicio material: daño emergente y lucro cesante.

En las tres hipótesis contempladas, son requisitos insustituibles que el hecho punible haya ocasionado daño y que la acción indemnizatoria no se haya extinguido por cualquier medio.

La Corte, interpretando el sentido y alcance de la disposición legal en comento, expresó:

- "Entendiendo a derechas, el artículo 107 del Código Penal, se tiene:
- "a) El juez y el Ministerio Público no deben desentenderse, por el hecho de contar con la disposición comentada, de la obligación de procurar la comprobación concreta de los daños, en tal forma que los peritos puedan determinar en el dictamen su cuantía y razón de ser. Este continúa siendo su primordial compromiso y el cometido general ineludible;
- "b) Cuando la actividad del juez o del Ministerio Público no consigan este señalado logro, debe acudirse, como solución extrema, a la atribución discrecional que consagra el artículo 107 del Código Penal;
- "c) Lo dicho no equivale a que, en todo delito así éste no se refleje en daño a una persona o cosa, tenga que acudirse al artículo 107. Hoy, como ocurría en el Código Penal de 1936, se dan infracciones que carecen de esta repercusión patrimonial y que no toleran, por inexistencia de daño, la constitución de parte civil. En infracciones tales, no tiene efecto alguno la citada norma;
- "d) Las circunstancias que el juez debe atender para ejercer la atribución del artículo 107 y que, aparecen en su inciso segundo, deben consultarse en lo pertinente, según la naturaleza del delito y la clase de daño producido. Debe destacarse, sobre las mismas, que no es necesario su total concurrencia y que la mención no tiene carácter taxativo sino meramente indicativo o de enunciación, y
- "e) Existiendo una constitución de parte civil en el proceso, por lo mismo que ésta ha tenido que empezar por demostrar la posibilidad de

los perjuicios y su monto y contando con los medios para hacerlo, no es dable hacer uso del citado artículo 107, máxime cuando la parte civil puede lograr su concreción conforme a lo establecido en el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal''. (Cas. de 20 de septiembre de 1982. M. P. doctor Gustavo Gómez Velásquez).

En el caso sub examine, es evidente que la conducta de la acusada produjo lesión en el patrimonio económico del denunciante en suma determinada (\$ 34.200.00), pero también lo es, como emerge de las copias del proceso, que el perjudicado no se constituyó en parte civil y que tanto el juez como el Ministerio Público desatendieron la obligación de concretar el monto de los perjuicios materiales causados con el delito y relacionados con los aspectos de daño emergente y lucro cesante (Art. 1614 del Código Civil) por lo que era improcedente para el Tribunal sentenciador acudir en su fijación a la solución extrema que ofrece el artículo 107 del Código Penal. Debió, en tales condiciones, hacer una condenación en abstracto porque carecía de bases suficientes para precisar la naturaleza y cuantía de los intereses debidos y los gastos ocasionados con la captura de la sindicada, de los que se habla en la sentencia, dejando expedita la vía de su regulación mediante el trámite incidental previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Establecido entonces, que el fallador de segunda instancia por un error de selección de la norma atinente al caso probado dio aplicación a la que resultaba impertinente, ésto es, el artículo 107 del Código Penal, el cargo formulado está llamado a prosperar, pero no en la forma reclamada por el Fiscal recurrente, sino en el sentido de condenar a la procesada Martha Isabel González Agudelo en abstracto al pago de los perjuicios materiales causados con su actuar delictuoso, quedando incólumes las demás determinaciones contenidas en la sentencia impugnada.

Prospera el reproche.

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, oído el concepto del Procurador Delegado,

RESULLVE:

Casar parcialmente la sentencia recurrida, de fecha y origen indicados en la parte motiva, en cuanto condenó a Martha Isabel González Agudelo al pago de perjuicios materiales en la forma prevista en el artículo 107 del C. P. y en su lugar, hacer dicha condenación en abstracto.

Cópiese, notifiquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Luis Enrique Aldana Rozo, Hernando Baquero Borda, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga.

José Heriberto Velásquez Ramos Secretario.

INDICE

PRIMER SEMESTRE DE 1986

•	$P\'ags.$
IMPEDIMENTO. La causal de impedimento contemplada en el numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, es transitoria y desaparece cuando se ha agotado el recurso. Auto. Impedimento. 18 de febrero de 1986. Declara infundada la recusación presentada contra los doctores Alvaro Peñuela y Héctor G. Córdoba, Magistrados del Tribunal Superior de Villavicencio. Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas	5
IMPEDIMENTO. Enemistad grave manifestada por el funcionario. El principio general de la reciprocidad en los sentimientos de amistad y enemistad en las causales de recusación, ha admitido jurisprudencialmente como excepción, el caso en que es el propio funcionario quien manifiesta profesar enemistad grave con las partes o sus representantes. Auto. Impedimento. 18 de febrero de 1986. Declara fundado el impedimento manifestado por el doctor Carlos Campo Donado, Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla. Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga	
PECULADO POR USO INDEBIDO. Considera la Corte la existencia de planteamientos doctrinarios encontrados en torno a la posibilidad de aceptar o no el peculado por uso indebido cuando el objeto material es el dinero. Auto. Segunda instancia. 25 de febrero de 1986. Confirma en cuanto es materia de consulta, la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual sobreseyó definitivamente a la doctora Elvia Ruth Restrepo de Figueroa, Juez Segundo Penal Municipal de Caucasia, denunciada por los delitos de peculado, cohecho, abuso de autoridad y abuso de funciones públicas. Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga	
IMPEDIMIENTO. En el impedimento no se exige que el Juez pruebe la causal expuesta, pero sí una explicación clara de los motivos, que permitan una valoración racional. Auto. Impedimento. 4 de marzo de 1986. Declara infundado el impedimento manifestado por el doctor Eduardo Enrique Quiñonez Vargas, Magistrado del Tribunal Superior de Valledupar. Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz	. 17
IMPEDIMENTO. El Instituto de los impedimentos y recusaciones, no está sujeto al capricho de las personas que tienen facultad para intervenir en la relación jurídico-procesal. Auto. Impedimento. 4 de marzo de 1986. Declara infun-	

	Págs
dada la recusación contra los doctores Alfonso Montoya Cadavid, Julián Muñoz Sánchez y Eucario Palacio Palacio, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo	
PREVARICATO. El delito de prevaricato se estructura cuando se demuestra la arbitrariedad e injusticia de una decisión, pero no cuando sólo hay discrepancia entre el funcionario acusado y una de las partes. Auto. Segunda instancia. 4 de marzo de 1986. Confirma el auto del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual se inhibe de abrir investigación contra el doctor Alvaro León Gómez Valderrama, Juez Cuarto Civil del Circuito de Cali. Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas	
CONFESION. Naturaleza. Hay confesión cuando existe aceptación de la propia responsabilidad penal, así sea en sentido parcial y limitado. La Corte reitera su doctrina. Sentencia. Casación 7 de marzo de 1986. No casa el fallo del Tribunal Superior de Pereira, por medio del cual condenó a Salomón Sánchez Vargas, Luis Alfonso Oliveros y Carlos Alfonso Díaz Vargas, por el delito de secuestro extorsivo. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.	
AUTO DE PROCEDER. Relación con la sentencia. La relación entre la norma penal que da origen al cargo y la que sirve de base a la sentencia no puede ser meramente nominal, porque entre los dos preceptos debe existir identidad sustancial aun cuando difiera en sus elementos circunstanciales. Sentencia. Casación. 11 de marzo de 1986. Casa la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, por medio de la cual se había condenado a Blanca D'Achiardi de López y Enrique William Chavarriaga Ochoa, por el delito de contrabando. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo	
ESTAFA. La estafa colectiva conforma una concurrencia de delitos conexos. Auto. Colisión. 11 de marzo de 1986. Dirime el conflicto de competencias entre los Juzgados Cuarto Penal del Circuito de Ibagué y Segundo Penal del Circuito de Villavicencio. Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas	
COMPETENCIA. A prevención. En los delitos pluriofensivos, realizados en diferentes lugares, la competencia se fija a prevención. Auto. Colisión. 11 de marzo de 1986. Dirime el conflicto de competencias entre los Juzgados Cuarto Penal del Circuito de Ibagué y Segundo Penal del Circuito de Villavicencio. Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas	
RESPONSABILIDAD OBJETIVA. El fallo que traduce sólo un criterio de responsabilidad objetiva, necesariamente exige un análisis probatorio del proceso o de la sentencia y la causal de casación que debe invocarse corresponde, técnicamente, con la de la sección segunda del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Sentencia. Casación. 11 de marzo de 1986. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Ana Belsu Martínez Osorio, por violación al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez	

	Pags.
IMPEDIMENTO. Amistad. Las relaciones entre un profesional del derecho y su asistido, pueden generar entre ellos sentimientos de amistad, pero de una amistad que no siempre reviste las calidades de profunda e intima, ya que se puede quedar en los límites de un trato simplemente deferente. Auto. Impedimento. 12 de marzo de 1986. Considera infundado el impedimento manifestado por el doctor Raúl Trujillo Cortés, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas	55
COLISION DE COMPETENCIAS. En los tipos penales de conducta compuesta alternativa, la colisión de competencia territorial, se resuelve frente al principio del conocimiento a prevención. Auto. Colisión. 18 de marzo de 1986. Dirime la colisión de competencias suscitada entre los Juzgados Penales de Circuito de Cali (Valle) y Caloto (Cauca), respectivamente. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo	59 °
PARTE CIVIL. Personería sustantiva. Las dificultades que pueda afrontar un profesional del derecho en los casos a él encomendados, son consecuentes con la dedicación absoluta que les debe dispensar, sin que se pueda sostener que le causaron perjuicios. Por lo tanto, carcee de personería sustantiva para constituirse en parte civil. Auto. Segunda instancia. 18 de marzo de 1986. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual rechazó la demanda de constitución de parte civil presentada en su propio nombre por la doctora María Teresa Gómez de Castellanos, en un proceso contra la Juez 46 de Instrucción Criminal de Bogotá. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez	
CAMBIO DE RADICACION. Diferencia con recusación. Las dos figuras buscan la absoluta imparcialidad del juzgador. Si la causa es extraña a éste corresponde la posibilidad del cambio de radicación, pero, si el motivo no logra trascender su esfera personal, es la recusación, la institución que pudiera operar. Concepto. Cam. Radicación. 8 de abril de 1986. Desfavorable al cambio de radicación solicitado en el proceso que cursa en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Sincelejo, contra Arnulfo Burgos Peña, por invasión. Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz	70
COMPETENCIA A PREVENCION. Cuando la infracción se ha cometido en varios lugares, es aplicable la norma subsidiaria de competencia a prevención. Auto. Colisión. 8 de abril de 1986. Dirime la colisión de competencia suscitada entre los Juzgados Segundo Superior de Palmira y Tercero Superior de Popayán, Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga	73
EXTORSION, Tentativa. La extorsión no es un delito de mera conducta que exija el resultado especificado y, por lo tanto, permite la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa. Sentencia. Casación. 8 de abril de 1986. Casa parcialmente el fallo condenatorio proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Helí Ramírez, por el delito de extorsión. Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga	. 79
Salvamento de voto: doctores Luis Enrique Aldana Rozo, Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Carreño Luengas	93

Págs. FUNCIONARIO PUBLICO. Detención preventiva. La petición de suspensión en el ejercicio del cargo para el cumplimiento del auto de detención preventiva, sólo procede cuando el servidor público se halla efectivamente desempeñando la correspondiente actividad funcional y no es necesario, en consecuencia cuando se tiene la calidad, pero no la función. Sentencia. Segunda instancia. 8 de abril de 1986. Revoca el fallo del Tribunal Superior de Quibdó, por medio del cual condenó a Victoriano Cuesta Rentería, Juez Promiscuo del Circuito de Riosucio (Chocó) por el delito de detención arbitraria y, en su lugar, lo absuelve. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 98 INCOMPETENCIA, Declaración, No le es permitido al Juez que se reconoce incompetente para conocer de determinado proceso, hacer declaraciones de nulidad, esta decisión es del exclusivo resorte del funcionario competente. Auto. Colisión. 8 de abril de 1986. Dirime el conflicto entre el Juzgado Segundo Superior de Cali y Primero Superior de Santander (Cauca). Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez 103 INDULTO. Procedimiento. La Ley 49 de 1985 que establece la cesación de procedimiento en el artículo 3º, se remite a la institución que tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano lleva ese nombre y aparece regulada en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Auto, Segunda instancia. 8 de abril de 1986. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Buga, por medio de la cual se abstuvo de conocer una solicitud de cesación de procedimiento por indulto de Carmen Tulia Castillo de Gómez. Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda 108 NULIDAD. La nulidad ha sido instituida como un remedio extremo, de manera que cuando los vicios pueden ser enmendados por el juzgador de segunda instancia, no es ni procedente ni necesario acudir a ese medio. Auto. Segunda instancia. 8 de abril de 1986. Confirma la providencia del Tribunal Superior Militar, por la cual dictó auto de proceder contra el abogado Manuel Vicente Dandedino Moreno, ex Juez Veintiocho de Instrucción Penal Militar por el delito de falsedad. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo. 113 PREVARICATO. Por omisión. El prevaricato por omisión, demanda para su existencia la comprobación no sólo de la materialidad, sino además, la presencia del elemento psicológico del dolo, que se traduce en el propósito de obrar en forma arbitaria o injusta. Auto. Unica instancia. 8 de abril de 1986. Sobresee definitivamente al doctor Efraín Casadiego Martínez, Magistrado del Tribunal Suprior de Bogotá de los cargos por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas 120 RECUSACION. Las causales de recusación están debidamente delimitadas, tanto en el procedimiento civil como en el procedimiento penal, al funcionario no le es dable pronunciarse sobre motivos diferentes a los taxativamente contemplados por la ley e invocados por quien promueve el incidente. Auto. Recusación. 8 de abril de 1986. Declara infundada la recusación propuesta contra el

Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel, en el proceso que se adelanta sobre negociaciones de acciones entre

	· · · · · · · · · · · · · · · · · · ·	
	el Grupo Grancolombiano y Graninversión. Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga	Págs. 123
•	IA. Cómputo. Euando dos procesos se adelantan simultáneamente, sin que haya sido posible la acumulación de causas, y el procesado se encuentra detenido físicamente y vinculado válidamente en ambos, al dictarse sentencia absolutoria en uno de ellos, el tiempo en reclusión debe ser computado para los efectos de la sentencia de condena recaída en el otro. Auto. Casación. 9 de abril de 1986. Concede el beneficio de excarcelación a Jesús María Esteban Esteban, condenado por el Tribunal Superior de Bogotá por un delito contra el patrimonio económico. Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz	131
	VACION ILEGAL DE LA LIBERTAD. Si el Juez se siente víctima de un delito, sólo puede formular la denuncia, dejando en manos del funcionario competente el desarrollo de la investigación y, obviamente, lo relacionado con la captura del denunciado. Auto. Segunda instancia. 9 de abril de 1986. Confirma el auto de proceder proferido por el Tribunal Superior de Quibdó, contra el doctor Milvio Jacob Lozano Mayo, ex Juez Promiscuo del Circuito de Itsmina. Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz	134
	CION DISCIPLINARIA. El procedimiento disciplinario es de tipo "acusatorio" de acuerdo a la regulación pertinente y las sanciones son de multa, suspensión del cargo y destitución. La amonestación no tiene carácter de pena. Auto. Segunda intsancia. 16 de abril de 1986. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Santa Marta, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación contra la doctora Margarita Inés Yepes de Cuello, Juez Primero Superior de Aduanas de esa ciudad. Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda	140
	SEDAD. Cheque. Aún, en el hipotético caso de que el cheque girado por un funcionario público, deba considerarse como documento público, la falsedad del endoso de un beneficiario constituye falsedad material en documento privado, porque es un acto posterior al de su creación y giro. Auto. Segunda instancia. 16 de abril de 1986. Revoca el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Montería a nombre de la doctora Carmen Helena Rosales Mendoza, Juez Promiscuo Municipal de Momil (Córdoba). Magistrado poneute: doctor Lisandro Martínez Zúñiga	146
	ORABILIDAD DE LA LEY. La irretroactividad de la ley en materia penal constituye la regla general y la retroactividad como excepción, está reconocido por el principio constitucional y legal de la favorabilidad. Sentencia. Casación. 16 de abril de 1986. No casa el fallo del Tribunal Superior de Pereira, por medio del cual condenó a Efrén Darío Villate Rojas, por el delito de abuso de confianza. Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz	157
	BERNADOR. Funciones. La declaración de inexequibilidad de los Acuerdos de los Concejos, es función exclusiva del Gobernador, por manera que las enmendaduras en los proyectos elaborados por el Secretario de Gobierno antes de ser firmados por aquél, carecen de efecto capaz de configurar el delito de	

	$P\'ags.$
falsedad. Auto. Unica instancia. 16 de abril de 1986. Ordena la cesación de procedimiento seguido al doctor Jacobo Márquez Iguarán, ex Gobernador de la Guajira, por el delito de falsedad. Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga	164
IMPEDIMENTO. Cuando el juzgador tiene la calidad de sindicado, enfrentado a la actividad del abogado acusador, el debate no es exclusivamente profesional, porque la discusión probatoria y jurídica toma algunos elementos de compromiso personal y existe, así, una circunstancia posiblemente perturbadora del ánimo del juzgador, que conforma una causal de impedimento. Auto. Impedimento. 16 de abril de 1986. Acepta el impedimento manifestado por el doctor José Plinio Moreno Rodríguez, Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas	169
IMPEDIMENTO. Dependencia funcional. La simple dependencia funcional que se haya conservado en alguna oportunidad entre el juzgador y el acusado no puede constituir causal suficiente de impedimento, porque el numeral correspondiente exige la existencia de sentimientos de amistad úntima o enemistad grave entre las mismas partes. Auto. Impedimento. 16 de abril de 1986. Declara infundado el impedimento manifestado por el doctor Edgar Escobar López, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas	
CESACION DE PROCEDIMIENTO. Indulto. El trámtic de la petición para que cese el procedimiento, en relación con los delitos de sedición, rebelión o asonada, requiere el traslado al Agente del Ministerio Público. Auto. Segunda instancia. 22 de abril de 1986. Declara la nulidad de la actuación en relación con las solicitudes de indulto para Oscar Echeverry Mazo, Jairo de Jesús Obando Ossa, María Inés Bedoya Rodríguez y Augusto Echeverry Mazo, negada por el Tribunal Superior de Pereira. Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz	
TITULO VALOR. Efectos legales. Para que el título valor —el cheque es uno de ellos— produzca efectos legales, se requiere que salga de la posesión del suscriptor y entre en circulación, mediante la entrega que hace y sin intención de hacerlo negociable. Sentencia. Casación. 22 de abril de 1986. No casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, por medio de la cual condenó a Fernando Torres Estrada, por los delitos de falsedad y peculado. Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas	· ·
JUEZ. Funciones. No es función de los Jueces de la República aceptar o rechazar memoriales. Auto. Segunda instancia. 28 de abril de 1986. Revoca la providencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Pereira, llamó a responder en juicio criminal a la doctora Stella Mejía de Murillo, Juez Segundo Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal, por el delito de detención arbitraria y en su lugar, la sobresee en forma definitiva. Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga	!
ESTAFA Y EXTORSION. Diferencias. Los tipos penales tienen en común el	ı

propósito de obtener un ilícito provecho económico, más en cuanto a los medios

•	Págs.
no puede existir posibilidad de confusión, la estafa suele calificarse como delito de inteligencia para lograr el engaño, mientras que la extorsión menoscaba la libre determinación de la víctima por acciones predominantemente violentas. Auto. Colisión. 29 de abril de 1986. Dirime la colisión de competencias suscitada entre los Juzgados Segundo Penal del Circuito de Vélez (Santander) y Penal del Circuito de Puerto Boyacá (Boyacá). Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz	197
EXTRADICION. Tratado con Estados Unidos. No procede cuando se está en vía de juzgamiento por la incierta perspectiva de la pena (naturaleza y mínimo), debiéndose definir su pedimento para cuando exista condena en concreto y se sepa si se desestimó la pena de multa o fue necesario determinar una privación de libertad superior a un año. Concepto. Extradición. 29 de abril de 1986. Desfavorable a la extradición de Pierre de Vautravers, solicitado por el Gobierno de los Estados Unidos. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez	202
INDULTO Delitos conexos. De acuerdo con la Ley 49 de 1985 el idulto que concede el Presidente de la República, la cesación de procedimiento y el auto inhibitorio se refieren a los delitos de rebelión, sedición y asonada —típicamente políticos— y a los "conexos" con estos, que hayan sido cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos y ocultarlos. Auto. Segunda instancia. 29 de abril de 1986. Revoca la providencia del Tribunal Superior Militar que negó la cesación de procedimiento a Víctor Julio Tuberquía, Neftalí Torrado O. y Beatriz Elena Múnera T. y, en su lugar declara la cesación de procedimiento seguido contra ellos por el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares. Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda	209
MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. Cuando se ha dictado sentencia condenatoria de primera, segunda o única instancia, no es posible revocar un auto de detención, so pretexto de que una nueva disposición lo climine para determinados comportamientos y, en su lugar, señale una medida de aseguramiento diferente. Auto. Casación. 29 de abril de 1986. No repone la providencia de 10 de abril de 1986, a través de la cual negó el beneficio de libertad provisional a Jorge Luis o José Luis Rivas Palacio, condenado por el delito de falsedad, por el Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz	217
VEREDICTO. Respuestas múltiples. No puede predicarse antagonismo o contradicción cuando las respuestas dadas por el jurado de conciencia, hacen afirmación categórica de la culpabilidad del procesado en el homicidio para ocultar el hurto, asegurar su producto o la impunidad y niegan el elemento violencia sobre las personas o las cosas, como circunstancia calificadora del hurto. Sentencia. Casación. 29 de abril de 1986. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Jesús Abelardo Mantilla Arenas, por los delitos de homicidio y hurto. Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz	226
CASACION. Técnica. Cuando se alega la causal cuarta de casación, no puede	

rechazarse el cargo sólo porque se aluda a violación de determinadas normas,

	Págs.
como sería las relacionadas con las facultades de la parte civil y su interés jurídico, bajo el pretexto de que pudiera entenderse como invocación de la causal primera. Sentencia. Casación. 6 de mayo de 1986. No casa el fallo del Tribunal Superior de Tunja, por medio del cual condenó a José Custodio Ramírez Buitrago por los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz	234
INDULTO IMPROPIO. Se conoce por la doctrina como indulto impropio cuando su otorgamiento ha sido deferido a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, para casos o situaciones específicamente contemplados en la ley. Auto. Segunda instancia. 6 de mayo de 1986. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en cuanto negó la cesación de procedimiento seguido a Edgar Giovanny Vega Salcedo, Fabio Andrés Riveros Rojas, Luis Alejandro Pacheco Camargo y Fernando Trujillo Pérez, y en su lugar, la dispone. Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas	•
PREVARICATO. Las decisiones en abierta contradicción con claras disposiciones de la ley, desconocidas así por el fallador, no pueden ser consideradas como una simple equivocación de éste o como discordancia en su interpretación con alguna de las partes. Auto. Segunda instancia. 7 de mayo de 1986. Revoca la providencia del Tirbunal Superior de Buga, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación contra las doctoras Blanca Eugenia Herrera Sanclemente y Gloria Sánchez Gutiérrez, Jueces Segundo Civil Municipal de Buga y Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad. Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas	
REVISION. Naturaleza. La Corte ha sostenido que los errores de derecho sólo pueden ser subsanados en casación y no mediante el recurso de revisión y que éste no puede convertirse en una tercera instancia. Auto. Revisión. 14 de mayo de 1986. Desecha la demanda de revisión presentada a nombre de Juan Raúl Polanía Olaya, condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot por el delito de hurto. Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga	•
HURTO Y ABUSO DE CONFIANZA. Si hay similitud entre el delito de hurto agravado por la confianza y el delito de abuso de confianza, también se presentan notorias diferencias; se emplea un verbo rector distinto, en el hurto el autor carece de poder jurídico sobre las cosas, mientras que en el abuso de confianza la detenta a título no traslaticio de dominio en el primero hay una relación de confianza de carácter personal con el propietario mientras que en el segundo es indispensable entre ellos un nexo jurídico que los relacione con el bien. Sentencia. Casación. 20 de mayo de 1986. No casa el fallo del Tribunal Superior de San Gil, por medio del cual condenó a Benjamín Arriaga Arcos, por los delitos de falsedad, falsas imputaciones y hurto. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo	
NOTIFICACION. Auto de proceder. De acuerdo con el artículo 19 del Decreto	,

1858 de 1985 y en relación con el régimen de notificación del auto de proceder, se hicieron dos modificaciones esenciales, se abolió el emplazamiento en casos:

	$P\'ags.$
de ausencia del enjuiciado y se terminó con la doble notificación personal. Auto. Segunda instancia. 20 de mayo de 1986. Se abstiene de conocer del recurso de apelación contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual llamó a responder en juicio criminal al doctor Alvaro Pardo Barrera, ex Juez Treinta y Siete de Instrucción Criminal, por abuso de autoridad y lo sobreseyó temporalmente por el de cohecho. Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz	268
NULIDAD CONSTITUCIONAL. Dentro de los presupuestos jurídicos que informan la estructura de esta clase de nulidades, creadas por la jurisprudencia con base en casos concretos, no puede llegarse a los extremos criticables de rechazarla apriorísticamente o de sostener que cualquier simple irregularidad, omisión o error, permitan necesariamente calificarse en ese sentido. Sentencia. Casación. 20 de mayo de 1986. No casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual condenó a José Luis Hoyos Montoya por el delito de peculado. Magistrado ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga.	271
POLICIA JUDICIAL. Funciones. La Seccional respectiva del Instituto de Medicina Legal puede practicar algunos reconocimientos sin necesidad de requerimiento judicial y, si además, se le ha atribuido competencia de Policía Judicial, puede realizar todas las funciones que contempla el artículo 289 del Código de Procedimiento Penal. Sentencia. Casación. 20 de mayo de 1986. No casa el fallo del Tribunal Superior de Tunja, por medio del cual condenó a Gerardo Omar Nasparín Cruz, por los delitos de acceso carnal abusivo y lesiones personales. Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz	282
COMPETENCIA. Delitos contra el patrimonio económico. Es irrebatible que la atribución de competencia a la Policía en eventos delictivos, desapareció a raíz de la declaratoria de la Corte Suprema de Justicia, como parcialmente inexequibles los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 2ª de 1984, sin que en ellos tuviera que ver el Decreto 1450 de 1984, surgido con posterioridad, para asignar competencia a los Jueces Penales y Promiscuos Municipales. Sentencia. Casación 21 de mayo de 1986. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Carlos Eduardo Hernández Velásquez por el delito de hurto. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.	290
ADMINISTRACION DE JUSTICIA. Naturaleza. Los funcionarios judiciales no pueden permitirse actuaciones reiteradas que deslustren la bondad, confianza y eficacia de las instituciones. Auto. Unica instancia. 26 de mayo de 1986. Se abstiene de iniciar investigación contra la doctora Luz Stella Mosquera de Meneses, Presidente Sala Penal-Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez	300
CASACION. Requisitos de la demanda. Las causales de casación son excluyentes. Si se propone una de las tres primeras significa que el proceso es válido, si se plantea la cuarta se entiende que la actuación es nula. Si se invoca la tercera, no se puede presentar la segunda. Auto. Casación. 27 de mayo de 1986. Inadmite la demanda presentada a nombre de Arturo Ortiz, condenado por el Tribunal Superior de Cali, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda	. 302

	rags.
ETARIALES. Los funcionarios judiciales, por el excess necesaria división del mismo, no están en condiciones de ón y detalle las actuaciones anteriores, ni verificar toda estariales que, como documentos públicos que son, debesos, mientras no se demuestre lo contrario. Auto. Unice yo de 1986. Se abstiene de iniciar investigación penal el estrados del Tribunal Superior de Quibdó, doctores Luizo y Elí Gómez Ortega. Magistrado ponente: doctor Edga	3 8 1 1 1 8
El numeral 2º del artículo 1º de la Ley 49 de 1985, acepta a los delitos concxos con la rebelión, la sedición y la seal criterio objetivo, sino que acepta igualmente el sub así, la posición que niega la conexidad entre éstos y es. Auto. Segunda instancia. 27 de mayo de 1986. Revoca Tribunal Superior Militar, por medio del cual negó la miento adelantado a Yolanda Echeverry Quiceno, Rubar Posso Vargas y Héctor Valencia Román y, en su lugar ado ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga	ı l ı ı
de procedimiento concedida mediante la Ley 49 de 198 enes mediante petición acepten su poder vinculante y le currir en determinado tiempo en las mismas conductas ancia. 28 de mayo de 1986. Confirma la providencia de e Medellín, en cuanto ordenó cesar procedimiento en favo mez Ruiz, Nora Cecilia Fernández Pérez y Orlando Duran aprendió a otros procesados. Magistrado ponente: docto suños	5 2 3. 1 1 r
DUANERO. Las infracciones que contempla el Estatut clasifican en: delitos, contravenciones y faltas administra su tratamiento. Sentencia. Casación. 4 de junio de 1986 o solutoria del Tribunal Superior de Aduanas, proferida o argentino Adán Azula Azula, por el delito de contra ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo	;- i. a. ,
de proceder no es ninguna manera un acta de inventari manera que la omisión en mencionar un testimonio u otr es suficiente para afirmar que el Juez ha atentado contr co. Segunda instancia. 4 de junio de 1986. Confirm Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual sobre e al doctor Libardo Mora Medina, Juez Diecinueve Pena ciudad, por el delito de falsedad. Magistrado ponente duque Ruiz	o a a :-
úneo. El hurto como delito instantáneo no requiere nece olo acto, es posible que se realice por conductas más o por multiplicidad de éstas, algunas de las cuales puede	o

estar previstas como una forma calificada, pero sin que así pueda considerarse estructurado otro ilícito, que no corresponda siquiera con el elemento inten-

cional del agente. Sentencia. Casación. 4 de junio de 1986. Casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, que condenó a Israel Gómez Vega, por los delitos de hurto y secuestro. Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas	
CONCUSION. Este principio existe cuando se presentan tipos de estructura com- pleja, que contienen integramente a otro u otros de composición más simple, situación que exige la aplicación de la norma de mayor riqueza descriptiva. Sentencia. Casación. 4 de junio de 1986. Casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, que condenó a Israel Gómez Vega, por los delitos de hurto y secuestro. Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas	332
INDULTO. De acuerdo a la Ley 49 de 1985 el Presidente puede conceder el indulto, los Magistrados de los Tribunales en primera instancia y la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia la cesación de procedimiento o el auto inhibitorio y los Jueces al formularse la denuncia, en los delitos de rebelión, sedición y asonada en los comunes, cuando se pruebe la conexidad con aquéllos. Auto. Segunda instancia. 4 de junio de 1986. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Bogotá y declara la cesación de procedimiento seguido a Luis Alberto Gasca Silva, por el empleo y adquisición de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda	343
PENAS. Suspensión en el ejercicio de la profesión, arte u oficio. Es pena principal la limitativa de la actividad profesional, arte u oficio en cuyo ejercicio se consumó el delito, para el responsable de homicidio culposo, el aplicarla como accesoria determina una violación directa de la ley. Sentencia. Casación. 4 de junio de 1986. Casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual condenó a Sigifredo Cañas Castaño por el delito de homicidio culposo. Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas	350
PREVARICATO. Delito instantáneo. El estatuto actual prescindió del ingrediente subjetivo, bastándole la contrariedad del precepto legal que debía atenáerse en el ejercicio de la función pública. Es, en consecuencia, un delito instantáneo que se perfecciona con la ejecución u omisión del acto que contiene la prevaricación. Sentencia. Segunda instancia. 4 de junio de 1986. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual condena al doctor Jaime Vicente Morales Vargas, Juez Veintidós Civil Municipal de la misma ciudad, por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez	355
REVISION. Recurso. Este recurso extraordinario se dirige a dejar sin efecto la condena penal impuesta en el fallo respectivo, pero tiene cabida en relación con los efectos civiles de la misma con condena en perjuicios que se hubiere impuesto. Auto. Revisión. 4 de junio de 1986. Invalida actuación anterior y declara inadmisible el recurso de revisión, presentado en el proceso por lesiones personales culposas contra Luis María Losada Bastos, tramitados en los Juzgados Segundo Penal Municipal y Segundo Penal del Circuito de Florencia.	
Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz	369

	$P\'ags.$
DOCUMENTO PRIVADO FALSO. Uso. El uso del documento privado falso se cumple cuando el agente lo saca de su esfera intima para proyectar en el exterior frente a terceros, su capacidad de generar efectos jurídicos y, en consecuencia, fija así la competencia. Auto. Colisión. 19 de junio de 1986. Dirime la colisión de competencia entre los Juzgados Segundo Superior de Tunja y Veinticineo Superior de Bogotá. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo	
ESTADO DE NECESIDAD. Se fundamenta esta justificante en la colisión de derechos o bienes jurídicos, porque el actor está obligado de modo primordial a tutelar el suyo, antes que los correspondientes a las demás personas. Sentencia. Segunda instancia. 19 de junio de 1986. Confirma el fallo del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio del cual condenó a Roberto Carvajal Buitrago, ex Juez Promiscuo Municipal de Monterrey (Casanare), como autor del delito de peculado. Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas	
IMPEDIMENTO. El primero y el segundo sobreseimientos temporales son providencias diferentes, correspondientes a etapas procesales también diversas y por lo tanto, no constituye causal de impedimento la revisión del segundo cuando el Magistrado conoció del primero como funcionario del conocimiento. Auto. Impedimento. 19 de junio de 1986. No acepta el impedimento manifestado por el doctor Eduardo Enrique Quiñones Vargas, Magistrado del Tribunal Superior de Valledupar. Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz	
INSTRUCTOR. Funciones. Las decisiones que buscan instruir plenamente el proceso corresponden con la competencia que la ley ha dado al funcionario instructor, sin más limitaciones que las que también allí se le impongan. Auto. Segunda instancia. 19 de junio de 1986. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Montería, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra el doctor José Carlos Ojeda Martínez, Juez Catorce de Instrucción Criminal de Córdoba. Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas	
APODERADO. Personería. El profesional del derecho que pretenda intervenir dentro de un proceso o actuar mediante la presentación de escritos, sin acompañar el poder que se le confiere, no puede ser atendido por el juzgador, por cuanto no le es permitido suponer la existencia de éste. Auto. Casación. 24 de junio de 1986. No repone la providencia por medio de la cual se declaró desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que condenó a Luis Bernardo López Lalinde, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez	
AUTO DE PROCEDER. Circunstancias específicas. Las circunstancias conocidas que especifiquen el hecho imputado al procesado, según el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, son las que la doctrina y la jurisprudencia denominan con el nombre de específicas y no las conocidas como genéricas en los artículos 64 y 66 del Código Penal.	

La Corte reitera su tesis del 5 de junio de 1984. Sentencia. Casación. 24 de junio de 1986. No casa el fallo del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viter-

		$P\'ags.$
•	bo, por medio del cual condenó a Isaac Rincón Higuera, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Luengas	-
AU'	TO INHIBITORIO. En el evento del auto inhibitorio y porque la denuncia puede presentarse por medio de apoderado especial, naturalmente ese mismo mandatario puede interponer los recursos y acciones a que tenga derecho su mandante. Auto. Segunda instancia. 24 de junio de 1986. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Montería, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra el doctor Darío Correa Sánchez, Juez Tercero Penal de ese Circuito. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez	408
CA	MBIO DE RADICACION. Si en el lugar en donde se cometió el delito o en donde se adelanta el juzgamiento peligra la vida del enjuiciado o surgen graves dificultades para la designación del defensor, debe radicarse el proceso en un Distrito Judicial diferente, en donde se garantice su seguridad y la justicia se desenvuelva en el mejor ambiente para su cabal aplicación. Concepto. Camb. Rad. 24 de junio de 1986. Favorable al cambio de radicación del proceso, que por el delito de homicidio, se adelanta en el Juzgado Superior de Florencia contra Eliseo Romero Ropero. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Aldana Rozo	
COI	NCUSION. Es un delito formal que se agota con el solo acto de la exacción ilegal y que, de conformidad con el sistema real o de defensa, exige que el sujeto activo del delito quede sometido a la jurisdicción y a las leyes colombianas, aun cuando la exigencia del dinero se haga fuera del territorio nacional. Auto. Segunda instancia. 24 de junio de 1986. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Pasto, por medio de la cual dictó auto de proceder contra el doctor Pablo Andrade Solarte, ex Juez de Aduanas de Ipiales, por el delito de concusión. Magistrado ponente: doctor Guillermo Dávila Muñoz	420
DE'	PENCION ARBITRARIA. La omisión en notificar una resolución de orden disciplinario, atenta contra el derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Auto. Segunda instancia. 24 de junio de 1986. Revisa la providencia del Tribunal Superior de Quibdó, confirmándola en cuanto dictó auto de proceder contra el doctor Hernando Palacios Asprilla, ex Juez Promiscuo Municipal de Bahía Solano, por el delito de detención arbitraria, revocándolo en cuanto al delito de concusión y su convocatoria a juicio, lo mismo que los sobreseimientos definitivo y temporal por infracciones similares y ordena su trámite separado. Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda	428
ΜIJ	NISTERIO PUBLICO. Funciones. Ha sido materia de debate doctrinario la posición del Fiscal respecto del delito de prevaricato por acción, ante la opción que le da la ley procesal para "procurar la sanción de los infractores la defensa de las personas acusadas sin justa causa". Auto. Unica instancia. 24 de junio de 1986. Se abstiene de iniciar proceso penal contra la doctora Inés Velásquez de Velásquez, Fiscal del Tribunal Superior	
	do Rogata Magistrado popunta, doctor Hernando Raquero Rorda	4.42

459

Pa	àgs
PREVARICATO. Alcance. El delito de prevaricato exige que la resolución proferida tenga la calidad de manifiesta contrariedad con la ley, porque violente de manera inequivoca su texto y su sentido. Auto. Segunda instancia. 24 de junio de 1986. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual deniega la cesación de procedimiento en favor de la doctora María Inés Beltrán, Juez Tercero Civil Municipal de esta ciudad y, en su lugar, la sobresee en forma definitiva de los cargos por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: doctor Hernando Baquero Borda	438
PREVARICATO. Culpabilidad. Las decisiones judiciales que se fundamentan en un error, o en la ignorancia, descartan de manera total la existencia del prevaricato, precisamente por ausencia del elemento intencional, que consiste en el propósito personal perfectamente definido de obtener provecho, imprescindible para poder predicar su consumación. Auto. Segunda instancia. 24 de junio de 1986. Revoca el auto de proceder dictado por el Tribunal Superior de Bogotá, contra la doctora Fabiola Rosero de López, Juez Quince Penal Municipal de esta ciudad, por el delito de prevaricato, en su lugar la sobresee de manera definitiva. Magistrado ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas.	44:
PROCEDIMIENTO CIVIL. Poder de coerción. El poder de coerción mediante el cual el Juez se procura los elementos indispensables para el proceso, no es discrecional en el procedimiento civil: la ley señala la manera como se puede usar y las condiciones en que el Juez puede hacerlo. Auto. Segunda instancia. 24 de junio de 1986. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Manizales, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación penal en contra del doctor Uriel Zuluaga Zuluaga, Juez Quinto Civil Municipal de esa ciudad. Magistrado ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz	45
VIOLACION DIRECTA. Hay violación directa por error de selección de la norma, cuando la condena en perjuicios podía concretarse y el juzgador acude a la atribución del artículo 107 del Código Penal. Sentencia. Casación. 24 de junio de 1986. Casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Buga, por medio de la cual condenó a Marta Isabel González Agudelo, por el delito de hurto. Magistrado ponente: doctor Jorge Carreño Lucngas	459



OBKY' EN EF WEZ DE ENEKO DE 1888

IMBKENTY NACIONAL DE COLOMBIA

EN LOS TALLERES EDITORIES DE LA