REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

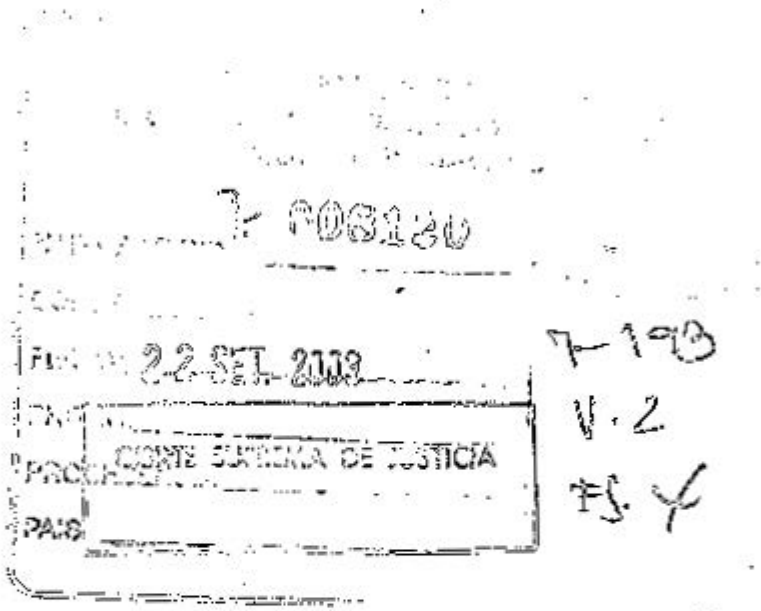
GACETA JUDICIAL

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

SALA DE CASACION PENAL

TOMO 123 — SEGUNDO SEMESTRE — NUMERO 2433

BOGOTA, D. E., COLOMBIA -- AÑO 1988



EDITORIAL PENICENTRAL DE COLOMBIA FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Impreso en Colombia Printed in Colombia

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1988

SALA PLENA

Doctor José Alejandro Bonivento Fernández, Presidente

Doctor Rodolfo Mantilla Jácome, Vicepresidente

Doctor Alvaro Ortiz Monsalve, Secretario

SALA CIVIL

Doctor Alberto Ospina Botero, Presidente

Doctor Alvaro Ortiz Monsalve, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

José Alejandro Bonivento Fernández

Eduardo García Sarmiento

Pedro Lafont Pianetta

Héctor Marín Naranjo

Alberto Ospina Botero

Rafael Romero Sierra

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Jairo E. Duque Pérez, Presidente

Doctor Hernán Olano Correa, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Jairo E. Duque Pérez

Hernando Gómez Otálora

Fabio Morón Díaz

Jaime Sanín Greiffestein

SALA LABORAL

Doctor Jacobo Pérez Escobar, Presidente

Doctora Bertha Salazar Velasco, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

Hernán Guillermo Aldana Duque

Rafael Baquero Herrera

Manuel Enrique Daza Alvarez

Jorge Iván Palacio Palacio

Jacobo Pérez Escobar

Ramón Zúñiga Valverde

SALA PENAL

Doctor Guillermo Duque Ruiz, Presidente

Doctor Gustavo Morales Marín, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Jorge Carreño Luengas

Guillermo Dávila Muñoz

Guillermo Duque Ruiz

Jaime Giraldo Angel - Didimo Páez Velandia

Gustavo Gómez Velásquez

Rodolfo Mantilla Jácome

Lisandro Martínez Zúñiga

Edgar Saavedra Rojas

RELATORES:

Doctor Miguel Antonio Roa Castelblanco

Doctora Carmen Rosa Avella de Cortés, Sala Civil

Doctora Martha Esperanza Cuevas Meléndez, Sala Constitucional

Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz, Sala Laboral

Doctora Hilda Leonor Cortés Gómez, Sala Penal

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL: Dra. CARMEN R. AVELLA DE CORTES

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL: Dr. MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

Dra. MARTHA E. CUEVAS MELENDEZ

RELATOR SALA LABORAL: Dra. ESPERANZA I. MARQUEZ ORTIZ

RELATOR SALA PENAL: Dra. HILDA LEONOR CORTES GOMEZ

Tomo CXXIII - Bogotá, D. E., - Colombia - Julio a Diciembre 1988 - Número 2432

SALA DE CASACION PENAL

DERECHO DE DEFENSA. NULIDAD SUPRALEGAL

Es la absoluta falta de defensa profesional por no designación o por total inoperancia lo que constituye nulidad de orden constitucional, no la voluntaria renuencia del procesado a ejercerla materialmente

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 043.

Vistos:

Decide la Sala Penal de la Corte Suprema sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 22 de julio de 1987, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a la pena principal de diez años de prisión a *José Inocencio Cubillos Herrera*, como responsable del delito de homicidio.

Hechos:

El 27 de noviembre de 1983, hacia las cuatro de la tarde, por el camino que del Municipio de Ubaque conduce a la Vereda de Santa Rosa de esa localidad, Cubillos Herrera disparó con arma de fuego a

Bautista Cubillos Moreno, quien falleció el 28 de diciembre siguiente en el Hospital de la Hortúa de Bogotá, "por sepsis secundario de peritonitis por herida de proyectil de arma de fuego".

Actuación procesal:

Adelantada la investigación, se declaró reo ausente a Cubillos Herrera, quien nunca compareció al proceso; al calificar el mérito del sumario el Juzgado Sexto Superior de Bogotá, dictó auto de llamamiento a juicio contra este imputado, por el delito de homicidio simple

Tramitada la causa y celebrada la audiencia pública, el jurado emitió veredicto de absolución en favor de José Inocencio Herrera, el cual al ser declarado contraevidente originó una segunda audiencia con veredicción de responsabilidad acogida por el juez de derecho, quien lo condenó a la pena principal de diez años de prisión como autor del delito de homicidio simple, decisión esta que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.

En todas las etapas del proceso, Cubillos Herrera fue asistido por apoderado de oficio, quien intervino en la audiencia pública impetrando absolución con variadas tesis defensivas, tales como la ausencia de dolo directo para insistir en el homicidio preterintencional, la legítima defensa y la relación de causalidad entre la acción y el resultado muerte, pues debido al tiempo que transcurrió entre estos dos extremos del delito existió la posibilidad de que una deficiente atención médica hubiera causado el fallecimiento de la víctima.

Dictado el fallo de primer grado, un nuevo defensor lo impugnó sin obtener sus pretensiones ante el Tribunal, quien ahora recurre en casación.

Demanda:

Con fundamento en la causal primera de casación del anterior Código de Procedimiento Penal, el censor ataca la sentencia impugnada por violación directa de la ley sustancial, por cuanto lo que constituía un homicidio preterintencional fue calificado como homicidio voluntario, razón por la cual se incurrió en una nulidad legal del numeral 5º del artículo 210 del estatuto derogado por errónea calificación del delito.

Con amparo en la causal 4ª *ibídem*, solicita la declaración de nulidad por haberse vulnerado el derecho de defensa desconociéndose el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues al haber permanecido ausente durante todo el proceso su defendido, careció de oportunidad para ejercer la defensa material.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, enfatiza sobre la carencia de los más mínimos requisitos técnicos de que adolece la demanda y solicita no se case la sentencia impugnada.

Respecto a la nulidad por ausencia de defensa, afirma que en todo el proceso se cumplió con este derecho constitucional y en forma responsable, el defensor en audiencia pública recurrió a las posibilidades que le brindaba el proceso para impetrar la absolución de su defendido; cosa distinta es, que no hayan prosperado sus tesis ante el jurado; además, la ley no obliga al procesado para que comparezca al proceso.

En cuanto a la causal primera, expone:

"El censor hace consistir la infracción directa de la ley, omitiendo mencionar si se produjo por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, en un motivo de nulidad (error en el *nomen juris*) que estrictamente no lo constituye, con el agravante de que expresamente afirma que dicho error es de derecho y que estriba en una mala apreciación de las circunstancias indiciarias, es decir, en un fenómeno de valoración probatoria".

Con estas premisas, concluye:

"Lo primero constituye un problema de violación directa de la ley sustancial; lo segundo produce un defecto de procedimiento que origina nulidad; lo tercero origina la violación indirecta de la ley sustancial por yerros sobre el haz probatorio"; por tanto, erró el demandante al desconocer la independencia de las causales y entremezclarlas en una sola, desconociendo básicos conocimientos del recurso de casación.

Consideraciones de la Corte:

1. *Aclaración previa.* Son evidentes las deficiencias técnicas de la demanda; la impetración de nulidad hizo que la Corte declarara ajustado a derecho el libelo; de no ser así, como lo insinúa el señor Procurador Delegado, imperaba el rechazo de plano de la demanda.

2. *Nulidad por falta de defensa. Es la declaración de reo ausente del procesado José Inocencio Cubillos Herrera lo que constituye la nulidad constitucional que reclama el casacionista, ya que su defendido no tuvo oportunidad de defenderse.*

La ley procesal aplicable a este caso, Decreto 409 de 1971, no exige como requisito imprescindible la comparecencia del imputado al proceso, de ser esta posible, bien por presentación voluntaria o por captura, el procesado tiene derecho a ejercer la denominada defensa material, lo cual no impide la intervención de la defensa técnica, que es obligatoria.

De no lograrse la presencia del imputado al proceso, la ley dispone la declaración de reo ausente para no paralizar el trámite investigativo; esa alternativa procesal requiere la designación de apoderado oficioso para que el juzgamiento en ausencia, esté garantizado el derecho de defensa a cargo de un profesional del derecho o por alguna de las personas autorizadas legalmente para ejercer la defensa de terceros.

La defensa material es un derecho que puede ejercerlo el procesado si es su voluntad, en cambio, la defensa técnica es un derecho-deber; es facultativo del procesado designar un defensor de confianza para que lo asista, pero de no hacerlo, es obligación del Estado nombrarlo de oficio.

Es, por tanto, la absoluta falta de defensa profesional por no designación o por total inoperancia lo que constituye nulidad de orden constitucional, no la voluntaria renuencia del procesado a no ejercerla materialmente.

El artículo 116 del anterior Código de Procedimiento Penal faculta al procesado para que ejerza su defensa y el artículo 385 limita la función del juez a exhortar al por indagar para que diga la verdad, pero si es su deseo mentir o no suministrar explicación alguna a la imputación puede hacerlo, ya que además de que puede ser una forma de defensa, constitucional ni legalmente está obligado a declarar contra sí mismo.

Si no obliga la ley procedimental a que se ejerza esta clase de defensa por el imputado cuando está presente en la investigación, es obvio, que al estar ausente no puede exigirse tal materialización; lo que interesa es determinar si el procesado en contumacia ha sido asistido técnicamente.

Si el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal de 1971 dispone el emplazamiento cuando no fuere posible hallar al sindicado contra quien obre prueba suficiente para someterlo a indagatoria y continuar el proceso con apoderado de oficio y el artículo 484 ibídem, *impone la obligación de seguir igual procedimiento cuando no se pueda hallar el encausado para notificar el auto de proceder, es desatinado inferir violación al derecho de defensa cuando se ha cumplido con la* ley, ya que este trámite fue el que se realizó en este proceso.

José Inocencio Cubillos Herrera fue defendido técnicamente en todo el proceso; en la audiencia, etapa en la cual se dinamiza básicamente la defensa, el profesional oficioso recurrió a todas las posibilidades que le permitía la prueba y que él consideró oportuna para impetrar la absolución de su defendido; expuso argumentos para demostrar la ausencia de dolo directo e inclinarse por el homicidio preterintencional, acudió a la legítima defensa y hasta la concausa que eliminaría la relación causal para imputar el resultado al procesado; aspecto distinto es que sus tesis no hayan prosperado.

Reclamar falta de defensa en estas condiciones, es desconocer la realidad procesal. El cargo no prospera.

3. *Causal primera.* La confusión en que incurre el demandante al enunciar la causal primera que invoca por violación de la ley sustancial es de tal magnitud que impide a la Corte su estudio.

Como acertadamente lo expresa el señor Procurador Delegado, "el censor hace consistir la infracción directa de la ley, omitiendo mencionar si se produjo por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, en un motivo de nulidad (error en el *nomen juris*) que estrictamente no lo constituye, con el agravante de que

expresamente afirma que dicho error es de derecho y que estriba en una mala apreciación de las circunstancias, es decir, en un fenómeno de valoración probatoria".

"La primera constituye un problema de violación directa de la ley sustancial; la segunda produce un defecto de procedimiento que origina nulidad; lo tercero origina la violación indirecta de la ley sustancial por yerro sobre el haz probatorio".

Son múltiples las ocasiones en las cuales la Corte ha criticado la falta de precisión, la confusión y la mezcla de las hipótesis en la causal primera y muchas más aquellas en las cuales se han realizado las demandas que no individualizan las hipótesis que no fundamenta el cargo.

Como ejemplo de este punto de vista, puede citarse la jurisprudencia de primero de septiembre de 1987, en la cual se dijo:

> "...Por eso, no es lógico ni jurídico, invocar indiscriminadamente, basándose en la causal primera todas las situaciones a que se refiere ella, sino que es preciso determinar de qué violación se trata, sin confundir un motivo ...con otro, ni sustentar una causal con razonamientos de otra diferente, porque como ha dicho la Corte, ...confundir su contenido o aducir respeto de tales causales, argumentos o razones que serían pertinentes o valederas para demostrar otro motivo de impugnación, no sólo atenta contra los principios lógicos del raciocinio, sino que conducirá necesariamente a resultado adverso porque a ésta le está vedado, como tribunal de casación, colmar los vacíos, errores o deficiencias fundamentales de la demanda".

Así las cosas, ha desconocido la independencia de las causales pretendiendo demostrar una nulidad y un error de hecho por la vía de la violación directa de la ley sustancial, lo cual significa que la Corte desconoce porqué se ataca el fallo recurrido. El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CESACION DE PROCEDIMIENTO. COMPETENCIA

Sólo ante la presencia de causales eminentemente objetivas puede el juez de segunda instancia ordenar la cesación de procedimiento, porque en el momento mismo de estas presentarse se extingue la acción penal y con ella muere también su competencia

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 44.

Resuelve la Sala la apelación interpuesta por la doctora *Consuelo Urrea Posada de Roldán,* Exjuez Promiscuo Municipal de Narfño (Antioquia), contra el auto de 20 de enero último, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín no revocó su proveído de 24 de septiembre de 1987, que dispuso respecto de la funcionaria medida de aseguramiento de conminación, por el delito de detención arbitraria.

Antecedentes:

Los hechos que dieron origen al proceso los resume así el *a quo:*

"Sábese, en relación con los hechos, que la indicada funcionaria, en virtud de una denuncia formulada ante su despacho y dentro de la cual se señalaba a la señora Gloria Inés Pérez de Zuleta como una de las personas que posiblemente estaban encubriendo un ilícito, mediante la 'receptación', ordenó su captura el día 16 de marzo del presente año (1987) y, cumplida, sus efectos se extendieron hasta el día 18 del mismo mes, fecha en la cual le dio libertad incondicional mediante providencia en que definió su situación jurídica como también la de otros sindicados por la misma infracción y uno por peculado culposo. Esa precisa prolongación de la retención de la señora Pérez de Zuleta, después de haber cancelado la orden de captura el mismo 16 dizque por haberse presentado la acusada voluntariamente al Despacho, le valió a la funcionaria la denuncia y luego su vinculación".

Indagada la juez Urrea de Roldán, y practicadas algunas pruebas, el Tribunal de Medellín definió su situación jurídica disponiendo la conminación, de conformidad con los artículos 414 y 416 del nuevo Código de Procedimiento Penal, decisión fundamentada, esencialmente,

en que la detención de la señora Pérez de Zuleta fue prolongada ilícitamente, puesto que con arreglo al inciso 4º del entonces vigente artículo 38 de la Ley 2ª de 1984, rendida la indagatoria ha debido ser dejada en libertad inmediatamente (fls. 67 y ss.).

La sindicada interpuso contra esa providencia los recursos de reposición y, subsidiariamente, el de apelación (fl. 71), los cuales fueron rechazados por extemporáneos (fl. 75). La investigación prosiguió, ordenándose la ampliación de la indagatoria, con el fin de que la acusada explicara "la razón por la cual después de indagar a la señora Gloria Pérez de Zuleta no le dio libertad inmediata, bajo compromiso de presentación, y la dejó aún privada de la libertad por dos días" (fls. 77 vto.), diligencia en la cual la funcionaria, insistiendo en las razones expuestas en sus malogradas impugnaciones, reiteró que el artículo 38 en cita la obligaba a ordenar la captura por tratarse de un delito de "receptación", motivo por el cual "se dejó retenida y pendiente de su situación jurídica" (fl. 80), y, a renglón seguido, solicitó la revocatoria del auto conminatorio, recabando, además, en que, si existió de su parte un error en la interpretación de las disposiciones pertinentes, su conducta jamás puede calificarse de dolosa.

La Fiscalía Décima del Tribunal conceptuó favorablemente a dicha petición, estimando que si bien la funcionaria erró al interpretar "que la detención obligaba para los delitos referidos en el numeral 2º del artículo 38 de la Ley 2ª de 1984, hasta tanto se les resolviera su situación legal, porque lo reseñado en el inciso 4º de la misma norma, sólo era aplicable a los delitos no enumerados por la norma", este yerro no fue "deliberado y consciente", ausencia de dolo que implica la revocatoria de la medida.

El Tribunal replica que el error argüido "no es de tan fácil aceptación por diversos y contundentes motivos", entre los cuales se destaca que "la norma es clara... no admite siquiera la posibilidad de interpretar o deducir algo distinto a lo que realmente dice" (fl. 99), y, en consecuencia, negó la revocación.

La doctora Urrea de Roldán (en la actualidad Juez Promiscuo Municipal de San Andrés de Cuerquía-Antioquia) apeló de ese auto, reiterando su tesis y resaltando que la Procuraduría Regional ni siquiera encontró mérito para formularle cargos por los hechos que se le atribuyen, y que la Fiscalía del Tribunal, a su turno, tampoco halló nada delictivo en su comportamiento.

Concedido el recurso, se le imprimió al asunto el trámite de rigor, y el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, estima en lo esencial:

"Es decir que, conforme a la norma comentada (art. 38, Ley 2ª de 1984), era potestativo de la juez mantener su captura o reiterarla, o prolongar la privación de la libertad, puesto que habiéndose ordenado la aprehensión y sin que se ejecutara, la señora Pérez concurrió voluntariamente a rendir indagatoria. Para la Procuraduría no existe acá un problema de ausencia de dolo o de inexistencia de culpabilidad por error sino una conducta atípica. Porque, entre otras razones, la denuncia que originó el proceso en que actuaba la apelante como Juez

Promiscuo Municipal de Nariño (Antioquia), señalaba a la señora Pérez y a su cuñado Pedro Pérez como posibles adquirentes del objeto material o de parte de él de un delito de peculado culposo".

Y añade:

"Como la destinataria de esa orden de aprehensión era la autoridad de policía, una vez la Pérez Hincapié se presentó al Despacho, la doctora Urrea canceló el mandato de captura. Pero esa cancelación era para dirigirla a la policía, ya que la explicación de la indagatoria no tenía aún confirmación en el expediente y la titular del juzgado consideró prudente someterla a confrontación con la prueba que pudiera recaudar, por lo que mantuvo privada de la libertad a la señora Gloria Pérez, en ejercicio de la potestad que le confería el inciso 5º del artículo 38 tantas veces citado y en tanto se definía su situación jurídica.

"Esa ley no previó esta clase de hipótesis porque sólo contempla que la captura se produzca y que la presentación sea voluntaria, pero no que ordenada la primera se produzca la segunda. Sin embargo, para nosotros es evidente que en este evento se mantiene la discrecionalidad del fallador, la misma que no puede ser delictiva sino en casos de ostensible abuso funcional, lo que no sucede aquí".

Anota que tal es el sentido que varios tratadistas le otorgan a esas disposiciones; y que, dado que se encuentra probada la atipicidad de la conducta, lo pertinente es revocar el auto apelado y, además, cesar procedimiento, "por razones de economía procesal".

Consideraciones de la Sala:

Está debidamente probado que sobre la señora Gloria Inés Pérez de Zuleta, y otras personas, recaía la imputación por un delito de encubrimiento en la modalidad de "receptación" previsto en el artículo 177 del Código Penal, y el cual hace parte del catálogo de punibles que contemplaba el inciso primero del artículo 38 de la Ley 2ª de 1984. En consecuencia, la Juez Promiscuo Municipal de Nariño, doctora Consuelo Urrea de Roldán, estaba obligaba a librar orden de captura, ya que así lo disponía la referida norma: "El instructor deberá librar orden escrita de captura contra el presunto sindicado, para efectos de la indagatoria, si a su juicio hubiere mérito para recibirla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, en los procesos por los siguientes delitos".

Acatando esta prescripción legal, la juez ordenó la captura de la señora Pérez de Zuleta, la cual no se hizo efectiva por las autoridades de policía, toda vez que la requerida se presentó voluntariamente al juzgado. La funcionaria denunciada, entonces, decidió escucharla, de inmediato, en indagatoria, y estimó que era pertinente mantenerla privada de su libertad, mientras practicaba algunas pruebas que consideraba necesarias para definir su situación jurídica, lo cual hizo dentro de los términos legales.

Esta actuación de la juez estaba plenamente autorizada por la misma Ley 2ª de 1984, la cual disponía en su artículo 38: "Si el sindicado

se presentare voluntariamente a rendir indagatoria —que fue lo que hizo la señora Pérez de Zuleta— y se encontrare en uno de los casos previstos en los incisos 1º y 2º de este artículo —la receptación, que era el cargo que se le hacía a la citada, está previsto en el inciso 1º—, el juez podrá ordenar su captura para decidirle la situación jurídica".

Nada ilícito, pues, se advierte en el proceder de la funcionaria denunciada, quien se limitó, sin excederse, a hacer uso de la facultad que le otorgaba la norma que acaba de transcribirse. Por esta razón, la providencia impugnada se revocará y, en su lugar, se dispondrá la revocación del auto conminatorio de 24 de septiembre de 1987 (fls. 67 y ss.).

El señor Procurador Delegado pide a la Corte que ante la atipicidad de la conducta investigada, por razones de "economía procesal" se ordene la cesación de este procedimiento, ya que de acuerdo con el artículo 34 del código esta determinación puede tomarse "en cualquier momento del proceso".

La respuesta a la anterior solicitud plantea un problema de fondo, que no encuentra solución en el citado artículo 34 (que únicamente señala las causales que dan lugar a la cesación y el momento procesal adecuado para disponerla) y que es necesario resolver por la Sala: ¿Puede el juez ad quem *ordenar la cesación de procedimiento regulada en el referido texto legal? Para responder acertadamente este interrogante, es preciso distinguir varias hipótesis:*

a) El ad quem *debe desatar el recurso interpuesto contra una providencia en la cual el funcionario de primera instancia se pronunció sobre la cesación o no cesación de procedimiento. Evidentemente que en este caso tiene plena competencia para decidir sobre ello, porque esa es precisamente la materia objeto del recurso;*

b) El ad quem *debe resolver la apelación interpuesta contra un auto en el cual no se trató la cesación de procedimiento. En esta hipótesis es necesario hacer una nueva distinción, según sea la naturaleza de la causal que pretenda tenerse en cuenta como fundamento para disponer en la segunda instancia la finalización del proceso:*

b.1) Si se trata de una causal objetiva (como la muerte del procesado, la prescripción de la acción penal, la amnistía, el desistimiento, la oblación, la descriminalización de la conducta) es claro que el juez ad quem, *al igual que esta Sala aunque actúe como tribunal de casación, no solamente pueden sino que deben ordenar la cesación de procedimiento. Obsérvese que cuando se presenta una cualquiera de estas causales objetivas, el Estado de inmediato pierde la competencia para continuar desarrollando la acción penal; lo único que puede hacer el* ad quem *es reconocer la ocurrencia de la causal y ordenar la cesación del proceso por haberse extinguido la acción penal y carecer, por tanto, de competencia para desatar el recurso interpuesto;*

b.2) Si la causal que se pretende invocar por el ad quem *o que ante él se aduzca, no es de carácter eminentemente objetivo, sino de aquellas que requieren de una valoración subjetiva o de responsabilidad, considera la Sala que disponer la cesación de procedimiento no es posible, por carecer el* ad quem *de competencia para ello, toda vez*

que ésta, ante los claros y enfáticos términos del artículo 538, está circunscrita a "decidir sin limitación alguna, sobre la providencia impugnada", únicamente. Al contrario de lo que sucede cuando se trata de una causal eminentemente objetiva, en este caso el Estado conserva su plena competencia para seguir impulsando y desarrollando la acción penal, y entonces el ad quem *debe cumplir con la obligación de desatar el recurso.*

La "economía procesal" invocada para posibilitar en la hipótesis que se comenta el pronunciamiento por parte del juez de segunda instancia, no es argumento válido, porque dicha "economía procesal" no fue prevista por el legislador como factor o fuente de competencia, y por ende, mal puede enfrentársele al amplio pero al mismo tiempo limitante texto del artículo 538 ya citado. Además, la "economía procesal" que con esta prórroga de competencia se busca, no siempre resulta conveniente a los fines del proceso, pues a veces la celeridad puede entorpecerlos. Téngase en cuenta, también, que cuando como en el caso sub examine, *la apelación se haya otorgado en el efecto devolutivo, el* ad quem *desconoce el desarrollo ulterior de la investigación, cuyos resultados han podido haber variado en virtud de pruebas practicadas con posterioridad a la remisión del expediente. No conviene que un juez decida sobre la acción penal sin estar en posición de todo lo actuado y sin conocer, por ende, la realidad que él encierra, que puede ser muy distinta de la que alcanza a conocer en el cuaderno que se le ha remitido, el cual constituye su única fuente de conocimiento sobre lo que se investiga. Puede, así mismo, esta pretermisión de instancia dar lugar a pronunciamientos judiciales enfrentados, pues por haberse concedido el recurso en el efecto devolutivo, el funcionario de primer grado conserva competencia para seguir actuando.*

En síntesis, pues, sólo ante la presencia de causales eminentemente objetivas puede el juez ad quem *ordenar la cesación de procedimiento, porque en el momento mismo de estas presentarse la acción penal se extingue y con ella muere también su competencia.*

En armonía con lo expuesto, no se accederá a la petición del Procurador Delegado, por no ser la atipicidad de la conducta una causal de cesación de procedimiento de carácter eminentemente objetivo.

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

Resuelve:

1. *Revocar* el auto de 24 de septiembre de 1987, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín impuso a la doctora Consuelo Urrea Posada de Roldán medida de aseguramiento de conminación.

2. *No disponer* la cesación de procedimiento solicitada por el Ministerio Público, por las razones expuestas en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

IMPEDIMENTO. JUSTICIA PENAL MILITAR

Existe regulación expresa en el Código de Justicia Penal Militar sobre impedimentos y recusaciones, le fija atribución al Tribunal Superior Militar y no a la Corte Suprema de Justicia

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 43 de julio 7 de 1988.

Vistos:

El apoderado del sindicado *Julio Aurelio Caicedo Vivas*, en escrito dirigido al Tribunal Superior Militar el 11 de febrero de 1988, recusa al doctor Jorge H. Barrios Garzón, magistrado sustanciador dentro del presente proceso, por lo siguiente:

"El acusador o denunciante es una personalidad digna de un estudio completo: es un abogado; cuñado de un teniente coronel Carlos Herney Gastro García, quien para la época de la denuncia, era el comandante del Batallón Bogotá, superior inmediato del teniente Julio Aurelio Caicedo Vivas y socio del señor coronel (r.) Jaime Quevedo Escinales, quien litiga especialmente en negocios relacionados con la justicia penal militar y que con el señor teniente coronel Jorge H. Barrios Garzón, miembro del honorable Tribunal Superior Militar, forman una trilogía de compañerismo, de colegaje, en el cual se favorecen todos, a efecto de sacar avante el interés de cualquiera de los amigos y colegas militares. El denunciante, doctor Mario José Barreto Acosta, había sido destituido del cargo de Juez 37 de Instrucción Penal Militar, con nota de mala conducta; sin embargo, era el socio y confidente y el amigo entrañable del señor coronel (r.) Jaime Quevedo Escinales, con quien compartía los honorarios profesionales y las influencias ante sus viejos subalternos y amigos. Si había sido retirado del servicio de la justicia penal militar, con nota de mala conducta, cómo es posible que llevara una entrañable amistad con el señor teniente coronel Jorge H. Barrios, quien le había aconsejado denunciara penalmente al teniente (r.) Julio Aurelio Caicedo Vivas y que a usted señor teniente coronel Jorge H. Barrios Garzón, le correspondiera ser el magistrado ponente en la presente investigación? Es, señor magistrado, una situación verdaderamente insostenible para

usted el seguir continuando la presente investigación ya que de conformidad con lo afirmado por el denunciante doctor Mario José Barreto Acosta, usted ya emitió concepto y ese concepto hace que usted deba declararse impedido de continuar la presente investigación, ya que en su contra obra una recusación, que en nombre de mi poderdante formulo, para que sea desatada por el honorable Tribunal Superior Militar y usted pueda quedar libre de toda sospecha, de toda duda sobre la imparcialidad y la honestidad profesionales, no sólo en el campo militar, sino en el sagrado campo de la correcta aplicación del derecho y su intachable interpretación".

El magistrado Barrios Garzón, en auto de mayo 20 de 1988, resuelve no aceptar la recusación y dispone el envío del proceso a la Corte, para "lo de su cargo".

Breves consideraciones de la Sala:

El artículo 320 del Código de Justicia Penal Militar señala las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en relación con la justicia penal militar. Y, allí, por parte alguna aparece que deba ella conocer de los impedimentos y/o recusaciones de los magistrados del Tribunal Superior Militar.

Y, el artículo 404 ibídem, *dispone:*

"Requisitos de la recusación:

A un funcionario que no se declare impedido, las partes podrán recusarlo en cualquier momento antes de entrar el juicio al despacho para sentencia.

"La recusación se propondrá por escrito y deberá agregarse la prueba de lo que afirma. Si el recusado acepta, pasará el expediente a quien corresponda para el fallo del proceso; en caso contrario, se sigue el procedimiento del artículo 403" *(subrayas de la Sala).*

A su turno el artículo 403 del Código de Justicia Penal Militar, ordena:

"Cuando sea un magistrado del Tribunal Superior Militar el impedido o RECUSADO, *manifestará esta circunstancia en el auto en que ordene pasar el proceso a quien en su Sala le siga en orden alfabético de apellidos para que decida el impedimento por auto interlocutorio. Si hallare fundado el impedimento, continuará conociendo del asunto, que se decidirá con la intervención de un magistrado de las otras Salas escogido a la suerte.*

"Si no se aceptare el impedimento se le devolverá el proceso para que continúe conociendo..." (subrayas y mayúsculas de la Corte).

Lo anterior entre otros significados tiene el de que, como es de rigor, es la misma ley penal militar la que determina la competencia para conocer de los impedimentos y recusaciones en esa justicia especial. No se olvide que constituye verdad de simple enunciado afirmar que la ley es fuente y medida de la competencia. Resulta así incuestionable que la Corte no tiene atribución ninguna en este inci-

dente militar, pues ni el artículo 220, ni los referidos 403 y 404 que especificamente tratan esta materia se la señalan, en tanto que sí se la fijan al propio Tribunal. Y si ello es así, como es, no es dado por ninguna otra vía otorgársela a esta Corporación.

Debe, pues, el magistrado recusado proceder a disponer que el presente proceso pase "a quien en su Sala le siga en orden alfabético de apellidos", quien, por auto interlocutorio decidirá sobre la procedencia o no de la recusación; si lo primero, "continuará conociendo del asunto, que se decidirá con la intervención de un magistrado de las otras Salas, escogido a la suerte"; si lo segundo, esto es, si determina que no es procedente la recusación, devolverá el proceso al magistrado recusado, para que continúe en su conocimiento.

Olvidó entonces el magistrado recusado lo que claramente dispone el Código de Justicia Penal Militar y, en su lugar, le dio indebida aplicación al artículo 85 del anterior estatuto procedimental (C. de P. P. de la justicia ordinaria) o al hoy artículo 112, cuando disponen que, si el magistrado no acepta los hechos en que la recusación se funda, "enviará el proceso al superior, quien resolverá de plano la cuestión en vista de lo alegado". Pero, ninguna de estas normas era la aplicable porque, como quedó visto, existe regulación expresa al respecto en el Código de Justicia Penal Militar, a más de que vacíos de este tenor, si es que existen, dado que la competencia dimana de la ley (en este caso la militar), no pueden ser cubiertos por la vía de la remisión a otros estatutos procedimentales, de la índole que éstos sean.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se *Inhibe* de conocer del presente asunto, disponiendo, en consecuencia, su inmediato regreso al Tribunal Superior Militar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz. Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

IMPEDIMENTO. INDAGACION PRELIMINAR

La jurisprudencia ha venido aceptando que procede la recusación o el impedimento en las diligencias previas, según el artículo 320 bis del estatuto anterior o en la indagación preliminar referida en el artículo 341 del actual Código de Procedimiento Penal

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 43 de 7 de julio de 1988.

En apelación, conoce la Corte del auto proferido el doce (12) de abril del año que transcurre, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja se abstiene de abrir proceso penal contra la Juez Promiscuo Municipal de Boyacá (Boyacá), doctora *Ana Cecilia Rincón Reyes*, a quien se le atribuye presunta infracción a la ley penal en ejercicio de su investidura.

Los hechos:

Según la denuncia formulada por el secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Boyacá (Boyacá), Marco Tulio Cárdenas, la titular de ese despacho, doctora Ana Cecilia Rincón Reyes, lo involucró en marzo de 1986 en un contrato simulado de compraventa de una casa ubicada en el municipio de Soledad (Atlántico), que ella ficticiamente le vendía para sustraerla de la acción judicial de Alix Ayala, excompañera de su esposo, Oscar Pinzón, circunstancia que fue aprovechada por el subalterno denunciante para solicitarle a la juez su colaboración como también ficticia co contratante con el fin de obtener el pago parcial de su cesantía ante el Ministerio de Justicia y que la funcionaria aceptó; pero obtenido el reconocimiento de la prestación y habiendo demandado ejecutivamente el pago de la resolución correspondiente, ella recibió el dinero y desistió de la acción, pero no se lo transfirió como verdadero dueño que era, sino que se apropió de él.

Agregó el denunciante que a consecuencia de las desavenencias que surgieron entre ellos por razón de los hechos referidos, la juez se dio a la tarea de denigrar de su honestidad y honradez de empleado oficial, provocando y recaudando testimonios que lo implicaban en un supuesto delito de concusión.

Consideraciones:

1. A estas diligencias previas se allegó copia de lo actuado en el proceso iniciado por el delito de concusión contra el empleado denunciante, en donde se encuentra que con posterioridad al desistimiento presentado por la juez acusada ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Sogamoso, de la acción ejecutiva para el cobro de la resolución en que a Marco Tulio Cárdenas Melo (fls. 7 a 17 cd. ppl.) se le reconoció su cesantía parcial (fls. 2 y ss. cd. ppl.), ella recibió —el 20 de octubre de 1987— en su calidad de Juez Promiscuo Municipal de Boyacá una denuncia por el supuesto delito de concusión formulada contra su secretario y acreedor Marco T. Cárdenas por Custodio Merchán por hechos acaecidos unos dos años atrás de esa fecha, y con fundamento en tal denuncia, adelantó diligencias previas consistentes en el recaudo de varios testimonios, hasta cuando, vencido el término correspondiente, las remitió al reparto de los juzgados de Instrucción Criminal de Tunja —30 de noviembre de 1987— (cd. de fotocopias núm. 2).

En el curso del proceso contra Cárdenas, su defensora impetró la nulidad de lo actuado aduciendo que la funcionaria que recibió la denuncia y adelantó las diligencias previas se hallaba incursa en la causal de impedimento prevista en el numeral 2º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal como deudora que era del investigado, y que a éste se le había conculcado el derecho de defensa, pero la petición fue denegada, tanto por el juzgado instructor como por el Tribunal Superior del Distrito, que la encontraron carente de fundamento respecto del segundo motivo, y surtida dentro de la legalidad en cuanto al primero, pues la inobservancia de la causal de recusación para impedirse apenas si constituyó una irregularidad (fls. 40 y ss., y 58 y ss. cd. fotocopias núm. 2).

2. Para el Tribunal *a quo*, no existió hecho punible por parte de la juez acusada debido a que no se demostró en el informativo que hubiera abusado de su investidura para recaudar testimonios falsos contra quien fuera su secretario, por lo que profirió el auto inhibitorio recurrido; a la vez dispuso la expedición de copias para que se investigue un posible delito de concusión contra tal empleado de acuerdo al dicho de uno de los testigos escuchados. La misma Corporación en el auto del 9 de febrero del año que transcurre, al ordenar las diligencias previas, dispuso el envío de copias a los juzgados de instrucción, en lo referente a las conductas de la juez, exentas de fuero (fls. 62 y ss. cd. ppl.).

Por su parte el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita en su concepto la revocación del auto inhibitorio a fin de que se investigue el incumplimiento de la juez de declararse impedida para investigar a su subalterno acreedor, como se lo ordenaba el artículo 105 en concordancia con el 103-2 del Código de Procedimiento Penal, y sugiere la expedición de copias de unos registros matrimoniales para que también se investigue un posible delito de bigamia por parte del esposo o compañero de la funcionaria acusada.

La representante del denunciante sugiere la revocación por falta de prueba que sustente la decisión impugnada.

3. En su petición principal, asiste la razón al Ministerio Público y por ello se revocará el auto apelado; no así en cuanto a la expedición de copias relacionadas con el presunto delito contra la familia, porque esta infracción a la ley penal sólo es investigable, según el artículo 4º de la Ley 55 de 1984, por querella de parte.

4. Los elementos de juicio con que se cuenta en este momento, indican en principio, que efectivamente la doctora Ana Cecilia Rincón tenía la calidad de deudora del empleado subalterno suyo, denunciado ante su despacho por concusión y que tal situación, ya fuera por la totalidad de la cesantía parcial reconocida en favor de éste, o por una parte —según la trascendencia jurídica del negocio realizado por ellos, como lo indica la prueba documental, sobre un inmueble localizado en el municipio de Soledad (Atlántico)—, persistía para la fecha en que recibió la denuncia contra él y para la época en que le adelantó la investigación preliminar con base en la cual resultó vinculado procesalmente.

La jurisprudencia ha venido aceptando, con buen criterio, que procede la recusación o el impedimento en las diligencias previas según el artículo 320 bis (auto mayo 7/91 mag. po. doctor Darío Velásquez Gaviria) o en la indagatoria preliminar referida en el artículo 341 del actual Código de Procedimiento Penal (auto diciembre 16/87, mag. po. doctor Guillermo Duque Ruiz).

A la guarda de la imparcialidad e independencia del juzgador, tiende la institución de los impedimentos, consagrada en la ley procesal, que aunque no contempla normativamente todos los eventos que pueden afectar esos factores, decisivos para la recta y eficaz administración de justicia, trae una selección de aquellos que más frecuentemente acaecen entre el ciudadano y el dispensador de justicia. El estatuto de la materia señala a éste el deber de declararse impedido para conocer de determinado asunto cuando lo afecte una de las situaciones que amerite su separación, de manera que abstenerse de hacerlo, a sabiendas de su existencia, a riesgo de desconocer la igualdad de las partes ante la ley, bien puede constituir un posible abuso de autoridad como mínimo.

La Corte, dijo en reciente providencia:

> *La simple omisión en que pueda incurrir un juez al no declararse impedido oportunamente, es aspecto que puede remediarse por los mecanismos de la recusación y podrá acarrear la sanción de multa que contempla el artículo 117 del Código de Procedimiento Penal y ser objeto de sanción disciplinaria por autoridad competente. Tal comportamiento omisivo sólo podrá subsumirse en el tipo penal del prevaricato, cuando el funcionario se vale de esa circunstancia para adoptar posiciones y proferir decisiones que lesionen los intereses de la administración pública u ocasionen perjuicios a la sociedad o a las partes interesadas en el proceso. Mientras esa maliciosa omisión con detrimento del bien jurídico protegido por la norma no se acredite en el proceso, la conducta escapa al reproche penal (Sent. diciembre 1º/87, mag. po. doctor Jorge Carreño Luengas).*

Resulta preocupante, aun cuando pueda llegar a constituir mera coincidencia, la denuncia presentada cerca de dos años después de la ocurrencia de los hechos y las explicaciones que dan el denunciante y su cónyuge sobre la demora en hacerlo, así como el testimonio de quien fuera personero municipal de la localidad. Todo ello amerita investigarlo exhaustivamente pues un funcionario de quien se dicen tantos y tan censurables comportamientos no puede constituir garantía para una recta y cumplida administración de justicia, de ser ciertas las imputaciones por supuesto.

Cierto que el *a quo* no verificó, porque tampoco era de su incumbencia, el estado de cuentas entre la juez y su secretario, pero la mera posibilidad de que se dieran las causales de impedimento, lo hubiera impelido a ahondar en la averiguación con más rigor que el de su otra Sala, que al desatar la apelación del auto denegatorio de la nulidad de lo actuado contra el secretario por la existencia del impedimento, estimó que se trataba de una simple irregularidad.

Los eventos para que proceda la inhibición en cuanto a la apertura de proceso penal, señalados en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, han de aparecer probados con la suficiencia y plenitud características de una decisión fruto de la certeza procesal cuya firmeza permanece mientras no se desvirtúen probatoriamente "los fundamentos que sirvieron de base" para proferirla, al decir de la norma 353 *ibid*.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del Ministerio Público,

Resuelve:

Revocar el auto inhibitorio apelado. En consecuencia, abrir investigación sumarial contra la Juez Promiscuo Municipal de Boyacá (Boyacá), doctora Ana Cecilia Rincón Reyes y practicar, por la autoridad respectiva, las pruebas necesarias para llegar a la verdad de lo ocurrido.

Cópiese y devuélvase. Cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lizandro Martínez Zúñiga, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CONSULTA. TRANSITO DE LEGISLACION PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Establecido que el Código de Procedimiento Penal aplicable es el Decreto 409 de 1971 y no el Decreto 050 de 1987, para el fallo condenatorio no puede válidamente pretenderse que, en aplicación al principio de favorabilidad, se desestime la consulta, porque ella es justamente el trámite que confiere más garantías al acusado

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 043 del 7 de julio de 1988.

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Carlos Arturo Quintero López*, contra la sentencia calendada a nueve (9) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987), dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, a virtud de la cual confirmó, en lo fundamental, la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito quien había condenado entre otros sujetos, al acusado *Quintero López* a la pena corporal de veintidós (22) meses de prisión, concediéndosele el subrogado de la condena de ejecución condicional. La pena se incrementó en treinta (30) meses y se revocó el beneficio otorgado.

Hechos:

El Tribunal de Bucaramanga los sintetiza así:

"... Desde 1982 Mario Uribe Jaimes desempeñaba en la firma Tropisander Ltda., el cargo de Jefe de Ventas y Jorge Quesada Suárez y Carlos Arturo Quintero López a partir de 1983 el de vendedores, debiendo el primero supervisarlos y estos visitar la clientela, elaborar las facturas de pedidos y cobrar sus importes (45 vto., 64, 215).

En la noche del 19 de febrero de 1985 Jaimes y Quesada citaron en el bar El Mesón de los Búcaros al auxiliar de caja Armando Navas Montoya (73) y trataron de inducirlo para que sustrajera

algunos cheques y se los entregaran, para salvar las aulagas que atravesaban. Navas comunicó al día siguiente la proposición a la cajera Esperanza Patiño de Díaz (44 vto., 239) y ésta al gerente Alfonso Gracia Martínez (13).

El 25 siguiente Gracia Martínez obtuvo que Quintero, Quesada y Uribe reconocieran haber defraudado a la sociedad y que se allanaran a damitirlo (sic) en documentos pasados ante juez y notario. Así Quintero, en $ 2.833.642.oo y Quesada y Uribe en $ 6.508.129.80 (4, 5).

Pudo establecerse que para alcanzar estos lucros ilícitos lograban despachos de mercancías fingiendo solicitudes de algunos clientes y apropiándose de los pagos que otros efectuaban".

Actuación procesal:

El señor Juez Tercero de Instrucción Criminal de Bucaramanga abrió la correspondiente investigación penal con base en la denuncia formulada por el señor Alfonso Gracia Martínez, se recibió indagatoria al acriminado dictándose auto detentivo, no sólo contra él sino también contra otros sujetos que aparecían mancomunadamente unidos en la ejecución de los hechos punibles ya relatados. Tras perfeccionar la indagación y arrimar al proceso múltiple prueba testimonial y documental se les residenció en juicio criminal por los punibles de estafa y hurto, en concurso, delitos agotados en perjuicio del patrimonio económico de la "Distribuidora Tropisander Ltda.".

La demanda:

El recurrente invoca la causal tercera de casación deprecando la nulidad de todo lo actuado a partir "del auto del juzgado que admite el recurso interpuesto por la parte civil contra la sentencia de primera instancia y se declare que el fallo de primer grado se encuentra consolidado, por no proceder la consulta del mismo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 5º del nuevo estatuto procesal, en cuanto hace relación con el régimen de consulta".

Dentro de los planteamientos del reproche señala que la auténtica misión de la parte civil no es otra diferente al resarcimiento del daño causado por el delito, indicando que la interposición del recurso fuera de esta órbita restringida desvirtúa la filosofía de la pretensión de la acción civil y quebranta el artículo 24 de la codificación anterior pues según afirma "el fallo resultaba siendo generoso en cuanto reconocía la pretensión patrimonial del impugnante". Infiere el casacionista de esta prédica que los juzgadores de instancia no ejercieron ningún control sobre el proceder del recurrente y antes por el contrario, aceptaron la procedencia tanto del recurso como de sus fundamentos jurídico-conceptuales, los cuales acogieron para "incrementar la pena y revocar el sustituto acordado, disponiendo el encarcelamiento de los sentenciados". Afirma a seguida que en tales coyunturas resulta clara la desfiguración del esquema del debido proceso con grave conculcamiento del derecho de defensa.

Sigue diciendo que al instante de producirse el fallo censurado se encontraba en pleno rigor el nuevo Código de Procedimiento Penal que reglamentó de manera distinta la consulta, condicionándola a la no notificación personal o a la existencia de parte civil reconocida, razón más que suficiente para abstenerse de revisar el fallo en guarda del principio de favorabilidad. Y es precisamente esa posibilidad de aplicación del principio anotado a la situación de los aquí procesados lo que hace que el esquema del debido proceso sufra en este evento distorsión con mengua del derecho de defensa.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal representa al Ministerio Público en esta ocasión quien solicita no se case la sentencia impugnada "por cuanto la ejecutoria del auto que declaró el cierre de la investigación se declaró antes de la vigencia del nuevo estatuto". Con interesantes argumentos de filosofía procesal advera la importancia de la revisión por parte de otra instancia superior rematando su argumentación con este pensamiento contundente: "...resulta insólito que una nueva oportunidad de revisión sea considerada como una vulneración al derecho de defensa. En veces, encerrarse dentro de los propios intereses hace perder la visión de conjunto".

La Corte:

1. Por las transcripciones que se hicieron líneas atrás adviene perfectamente claro que el libelista fundamenta su reproche en la causal tercera de casación afirmando que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad, esgrimiendo razones de orden técnico que carecen de toda perspectiva de existencia para el caso de la especie.

2. En tal orden de cosas muy breve es lo que tiene que expresar la Sala en rededor del asunto planteado. Clara y precisa es la preceptiva incorporada al artículo 677 del código de rito. A tenor con ella el nuevo Código de Procedimiento Penal debe aplicarse a los procesos que para la vigencia del mismo —1º de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987)— estén con auto de cierre de investigación ejecutoriado, con excepción, claro está, de la aplicación del principio de favorabilidad. Y si se enfatiza que en el acto *sub exámine* la fecha de cierre de la investigación data de mayo veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y la ejecutoria del auto se agotó días después, concluyese sin ambigüedades de ningún género, que la ritualidad del proceso, corresponde al código derogado y no al actual.

3. *Establecido, pues, que el Código de Procedimiento Penal aplicable al caso concreto lo era el expedido mediante Decreto 409 de 1971, y no el Decreto 050 de 1987 como equivocadamente invoca el censor, cabe hacer el siguiente planteamiento. Allí, la sentencia de primera instancia proferida en este asunto resultaba ser un proveído consultable en virtud de lo dispuesto en el artículo 199, tal como acertadamente lo dispuso el juzgado en su oportunidad, y por ello, de no haber sido apelada, correspondía al Tribunal abordar la revisión en segunda instancia. Cierto es que, satisfecha la parte civil en cuanto*

a la decisión condenatoria, carecía de legitimidad para interponer el recurso, pero no menos verdad que, frente a esta inimpugnabilidad de la decisión, correspondía su examen por el superior en virtud de la consulta ordenada por la ley.

Como se detallará más adelante, no puede válidamente pretenderse que, en aplicación al principio de favorabilidad, se desestime la consulta en este evento, porque ella es justamente el trámite que confiere más garantías al acusado puesto que somete a la visión jerárquica funcional superior el examen del proceso y la legalidad del juzgamiento brindando la posibilidad de corrección de las fallas en que haya podido incurrir el juez de primer grado. La favorabilidad, ha insistido la Sala, no puede predicarse retroactivamente en virtud de los resultados concretos que se hayan producido en la revisión, como lo hizo el censor, sino que debe mirar exclusivamente el beneficio que se irrogue al juzgamiento —en materia de consulta—, con la revisión de un ente superior, en el cual se supone concurren mejores calidades jurídicas, mayor experiencia judicial y una visión más acertada y decantada del derecho. Distinto es el caso del fallo absolutorio, según ha quedado precisado en sentencia de casación de fecha pasada:

> *"Obsérvese que es bien diferente la situación en los casos de cesaciones de procedimiento, sobreseimientos definitivos y sentencias absolutorias —en el anterior Código de Procedimiento— donde consultar cualquiera de estas decisiones constituye proceder desfavorable así esté entre las posibilidades la confirmación del proveído. Opera por tanto el principio de favorabilidad que impide resolver la consulta siempre que de acuerdo con el ordenamiento procesal actual no sea procedente dicho grado de jurisdicción. Este aspecto ha quedado lo suficientemente precisado por la jurisprudencia a partir de las providencias de diciembre 10 de 1987 (Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz) y mayo 18 de 1988 (Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez), aplicables obviamente en lo pertinente a los expedientes rituados con el procedimiento actual".*

4. *El caso de que se ocupa la Corte —sin porfía— deriva de la precedente interpretación porque esas son sus peculiares características y sus definidos rasgos. Asumir postura diferente o pregonar divulgaciones dentro de parámetros ajenos a los comunes y corrientes que pacíficamente se conocen, no deja de ser un contrasentido, mayormente cuando ni siquiera existe en el campo doctrinal o jurisprudencial controvertibilidad ninguna sobre su correcta exégesis y exacta adecuación. Tal parece que al recurrente más que importarle la defensa de un trámite ajustado al debido proceso de ley le interesa repudiar toda decisión condenatoria, independientemente de las reglas seguidas.*

5. *Total, pues, que el Tribunal no desconoció, recortó ni ignoró el debido proceso de ley y antes por el contrario, destácase, en su desenvolvimiento, el correcto ejercicio de la actividad procedimental. Al desatar la consulta amoldó su actuación al ámbito privativo de sus funciones y a la órbita predispuesta de su definición. Cosa distinta es que los resultados de este grado jurisdiccional especial hubiesen reflejado, en forma significativa, aspectos negativos para los intereses por*

él representados. La regulación de este instituto que entre otras cosas tiene destino prefijado no está sujeto al vaivén o al capricho de los sujetos procesales. Es el propio legislador el que reglamenta dentro de la función judicial del Estado, la naturaleza, realidad dinámica, extensión y efectos de sus previsiones. El interés particular no tiene porqué condicionar el imperio del derecho procesal y no es dable renegar de las instituciones sólo porque se afecten de modo absoluto o relativo derechos personales o subjetivos. Por cierto que la consulta constituye una garantía de justicia y un criterio democrático de juzgamiento. Y es que resulta socialmente útil que los procesos penales que terminen con sentencia de mérito amén de otras providencias de especial enjundia e importancia encuentren control y consulta obligada por parte de una autoridad distinta de aquella que lo produjo, con arreglo, naturalmente, a un sistema instrumental predispuesto. Aspírase con esto a que las cuestiones judiciales de apreciable significación no se adopten en forma definitiva o concluyente por una sola inteligencia sino que existan otros criterios que resguardando la estabilidad del orden jurídico y la seguridad individual, pesen, examinen, midan y valoren en sus justas perspectivas los fundamentos que han servido de estribo y apoyo a las decisiones de instancias inferiores. Como expresión de esta tendencia que busca garantizar la estricta juridicidad de las decisiones legales ha instituido el legislador al lado del principio del control del proceso penal de carácter mixto (unipersonal o colegiada), la implantación de un grado de jurisdicción que se impone en los casos y bajo límites taxativamente definidos por el legislador.

6. Al acoger el Tribunal —se reitera— el mecanismo propio de la consulta obró conforme a un mandato legal sin que se advierta violación alguna ni al derecho de defensa ni al esquema del debido proceso. Y como es este el supuesto que mantiene la censura, contenida en el cargo que se estudia, síguese de lo anterior que la demanda está llamada a fracasar.

Por fuerza de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación propuesto contra la sentencia demandada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lizandro Martínez Zúñiga, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

Cuando la demanda abiertamente se desentiende de la técnica no puede tolerar la Corte —porque hacerlo sería admitir la posibilidad de una administración de justicia irracional— la prosperidad de esta clase de libelos en donde se adopta una inconciliable exposición de cargos

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado: Acta número 044 del 12 de julio de 1988.

Vistos:

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de mayo ocho (8) de mil novecientos ochente y siete (1987), en contra de *Iván Garcés Muñoz*, por el doble delito de hurto agravado y calificado, fallo en el cual se le impuso a éste la pena principal de ochenta (80) meses de prisión así como las accesorias correspondientes.

La impugnación se introdujo dentro del tracto señalado por la ley y fue declarada admisible en auto de septiembre diez (10) de mil novecientos ochenta y siete (1987). Luego, en proveído de noviembre 24 del mismo año, la demanda presentada se declaró ajustada a las formalidades rituales prevenidas en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal:

1. El día veintitrés (23) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) agentes del DAS interceptaron a Garcés Muñoz en momentos en que conducía un automóvil Renault 6 en compañía de otras personas. Estableció la indagación que el rodante le había sido sustraído a su propietario César Darío Mogollón del parque de El Salitre, el veinte (20) de enero de aquel año. Al examinarse el automotor se encontró que no presentaba las plaquetas de identificación y que las placas se habían adulterado.

2. Se estableció igualmente la ocurrencia de otro delito de similares características al precedente en donde fue víctima Pedro Guillermo Rojas Posada. A éste le fue sustraído su vehículo Renault 12,

color blanco y de placas JO-1182 por parte de cuatro (4) sujetos quienes lo despojaron del automóvil bajo amenazas. El hecho se agotó en esta ciudad el día cinco (5) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

3. Por los delitos en comento fueron llamados a responder en juicio criminal, entre otros sindicados, Iván Garcés Muñoz por parte de los Juzgados Veinte (20) y Treinta y Tres (33) Penales del Circuito. Por razones de orden procesal los dos expedientes se fundieron en uno solo al decretarse la acumulación de las dos causas.

4. El juzgado del conocimiento condenó a Iván Garcés Muñoz a la pena corporal de treinta y tres (33) meses de prisión. Debe relievarse que éste se hizo acreedor a la rebaja de pena señalada en el artículo 374 del Código Penal, por estimarse que hubo resarcimiento de perjuicios. Al consultarse la sentencia ante el Tribunal Superior de Bogotá, esta Corporación reformó la penalidad impuesta a Garcés Muñoz, fijándola en ochenta (80) meses de prisión.

Demanda de casación:

Al amparo de la causal primera (cuerpo primero y segundo), el recurrente plantea tres reproches:

a) En un primer cargo alega el censor violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 350 (hurto calificado), 351 (circunstancias de agravación punitiva) y 351 (circunstancias genéricas de agravación), por error de hecho consistente en que el juzgador interpretó falsamente el informe del DAS calendado a veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), rendido por los agentes secretos Germán Vicente Cuéllar y Bolívar Bernal, documento que informa detalladamente sobre el seguimiento hecho por las autoridades a los procesados, antes de la captura y sobre sus capturas y el decomiso de los objetos materia de la acción delictiva. Hubo error de hecho —agrega el casacionista— porque el "fallo hizo extensivo a Iván Garcés el porte de los objetos y documentos apropiados junto con el carro Renault 6, para tomarlo como base de responsabilidad en su contra, no obstante que allí se señala claramente que dichos objetos y documentos fueron encontrados a los demás procesados y no a aquél, poniéndolo en igualdad de imputabilidad con los otros, error que llevó al fallador a la violación indirecta enunciada";

b) En una segunda censura presenta el autor del recurso una doble violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho al haberse dado valor de plena prueba a hechos que no lo tienen:

aa) La tenencia y conducción del vehículo Renault, por parte de Garcés Muñoz y,

bb) El informe suministrado por el mismo sobre el paradero del Renault 12. En ambos supuestos —alega el recurrente— hubo interpretación falsa en el derecho por cuanto se dio a los hechos anotados el valor de plena prueba o completa cuando no son más que pruebas incompletas. Afirma, por último, que ningún nexo de causalidad se columbra entre el informe suministrado y la apropiación del vehículo;

c) Un tercer cargo concreta el libelista en forma subsidiaria para el caso de que la Corte deseche los anteriores. En este terreno acusa a la sentencia de segundo grado por violación directa de la ley sustancial, invocando para ello el cuerpo primero del artículo 226 del estatuto procesal por exclusión evidente del artículo 374 del Código Penal, lo que motivó la aplicación indebida de los artículos 350, 351, numeral 6 y 372 *ibidem*. Se alega —en síntesis— que al haberse indemnizado los perjuicios morales y materiales causados con la infracción en manera alguna ha debido desconocerse la rebaja de pena prevista en el artículo 374 del Código Penal, máxime cuando existió restitución de los objetos materiales de los punibles. En este enfoque cita como pertinente una jurisprudencia del Tribunal Superior de Medellín, a virtud de la cual cuando un vehículo ha sido decomisado carece de efectividad —por sustración de materia— la exigencia de la restitución, bastando solamente la indemnización de perjuicios.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado se muestra radicalmente contrario a la posición prevalente asumida por la Corte bajo cuya óptica inexorablemente se desecharía el estudio de la causal esgrimida como tercera por hallarse en franca contradicción con los planteamientos que sustentan las restantes censuras. Apenas es necesario decir que en conclusión meditada el Ministerio Público muestra sus simpatías intelectuales con las opiniones vertidas en el salvamento de voto suscrito por los señores magistrados Martínez Zúñiga y Dávila Muñoz de fecha septiembre veintiséis (26) de mil novecientos ochenta y seis (1986), las cuales —dice— comparte y apoya en toda su dimensión.

Con relación a las censuras, escribe:

Cargo primero:

Para el Procurador la decisión de condena no aparece únicamente apoyada en la prueba documental encontrada en poder de sus acompañantes sino en un conjunto probatorio más amplio y extenso. Destácanse como elementos de juicio relevantes: la mala justificación de las disculpas esgrimidas, el conocimiento profundo de las actividades criminales al intentar comunicarse subrepticiamente con sus compañeros de fechorías para fabricar una coartada eficaz y convincente y las informaciones proporcionadas por el mismo Garcés, las cuales llevaron al descubrimiento del segundo vehículo.

Cargo segundo:

Bajo ningún razonamiento patrocina la agencia fiscal este reproche. No sólo las probanzas citadas por el casacionista fundamentan la condena sino otras tales como la inverosimilitud de las disculpas, los vínculos innegables de amistad con los restantes comprometidos, su participación en otras conductas prohibidas y la nota ya reseñada.

Cargo tercero:

Partidario se muestra el señor representante del Ministerio Público de la prosperidad de este cargo y de aplicar la rebaja de pena a que alude el artículo 374 del Código Penal. En orden a demostrarlo expone:

"La ley no puede ser otra cosa que una interpretación ordenada de la realidad, constituyéndose en una de sus consecuencias. Por ello, cuanto se aparte de este derrotero, crea un paralelismo artificioso que al chocar con el mundo de lo real genera una antinomia que convierte en inane su aplicación.

En el caso que nos ocupa, el artículo 374 no escapa a esta concepción y como bien lo han aclarado en algunas oportunidades la jurisprudencia y la doctrina, en ley no puede pedir cosas imposibles pues de suyo conspiraría contra su razón de ser. En este sentido, si bien la conducta alternativa de antaño (art. 429 del C/36) fue eliminada exigiéndose ahora los dos comportamientos (restitución e indemnización) es obvio que si uno de ellos es de imposible cumplimiento, el restante será el único exigible". No otra cosa propone Bernal; escuchémoslo:

"En algunos eventos no es posible dar cumplimiento a uno de los presupuestos exigidos en el artículo 374 del Código Penal, por circunstancias ajenas al sindicado. Esto acontece, en la tentativa, cuando ha operado la retención de los bienes por actividad de la justicia, y en el hurto de uso.

En las anteriores situaciones, ante la imposibilidad en que se encuentra el procesado de restituir el objeto material del ilícito, sólo puede exigirse el cumplimiento del otro presupuesto: la indemnización. Consultando el espíritu de la disposición, encontramos que con ella se busca un efecto y rápido resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la infracción, y estimular la conducta del procesado que quiera hacer menos nocivas las consecuencias que ha acarreado con el ilícito. Por esta razón, al no poder el procesado restituir el objeto material, la finalidad buscada con la norma se cumple a cabalidad cuando opera la indemnización por la actividad voluntaria del sindicado".

Cabe agregar una cuarta imposibilidad de restitución: la pérdida del bien material del hecho punible, ora por destrucción, ora por deterioro insalvable (bienes fungibles, por ejemplo), ora por depreciación (la fundición de una joya por ejemplo), ora por extravío.

Ahora bien es claro, como también lo han entendido los estudiosos, que cuando la devolución se torna imposible "...el término indemnización es más amplio e incluye los conceptos de perjuicios materiales, en sus manifestaciones de daño emergente y lucro cesante... es decir, la indemnización debe ser total y puede recibirse del sindicado o de un tercero. Lo que interesa es compensar el beneficio sufrido por el perjudicado" (Martínez Rave).

Así las cosas y teniendo en cuenta que los automotores fueron recuperados, quedaban pendientes los perjuicios materiales y morales causados con el ilícito, tasados en su oportunidad (373) y cancela-

dos por los condenados antes de proferirse sentencia de primera instancia. Por consiguiente, le correspondía al fallador aplicar el referido precepto y el no haberlo hecho causó la violación directa alegada por el recurrente.

Prospera el cargo.

La Corte:

1. Dentro de la estructura que imprime el demandante a su libelo, plantea como principales dos cargos contra la sentencia basados ambos en la violación indirecta de la ley sustancial: el primero alegando aplicación indebida por error de hecho, y el segundo por haberse incurrido en error de derecho. A seguida, invoca el censor un tercer cargo que califica como subsidiario, con lo cual equivoca sin duda ninguna el camino a seguir, porque este último ataque adviene claramente inepto conforme a la interpretación que la Corte ha dado a esta materia. Válido es recordar que la Sala de Casación Penal no admite las llamadas "causales subsidiarias de casación" que si bien son de recibo en las instancias ante la interposición de los recursos ordinarios, no lo son frente al recurso extraordinario de casación que como bien se conoce exige una técnica depurada y rigorista y un esbozo autónomo de todos y cada uno de los motivos aducidos para quebrar la sentencia, sin subordinaciones ni sujeciones al rechazo o aceptación de otro u otros. La independencia como deben manejarse las diversas causales de casación es asunto correctamente evaluado por la praxis del recurso según lo dicho y anotado. Estas carecen de apéndice y operan en campos distintos, con plena autonomía, individualidad propia y diferente unidad conceptual en su desenvolvimiento, contenido y finalidad acusatoria. La exigencia de que se exprese la causal es apenas obvia por cuanto la Corte debe ser colocada por el actor en el estadio exacto en que se excita su intervención dentro de planteamientos textuales y de puro derecho, en manera alguna contradictorios, frente a los cuales debe circunscribir su actividad y su dialéctica. Lo que no puede hacer es ocuparse de reproches accesorios o dependientes para el supuesto de que fracasen otras censuras, amplias en su exposición y concretas en su desarrollo, a la manera de ataques subsidiarios.

Deséchase, pues, el estudio de cargos a medias, condicionales o disyuntivos cuya capacidad decisoria no depende de su propia entidad o de su naturaleza autónoma sino del resorte de otros motivos principales que entran al fondo de la acusación sin resultados tangibles.

2. Ahora bien, examinada de esta forma la demanda, fácil resulta advertir que los diversos ataques en ella formulados resultan contradictorios a la luz de la lógica que gobierna el recurso extraordinario, puesto que los dos primeros se fundamentan en una presunta violación indirecta de la ley sustancial al punto que el tercero está dirigido a afirmar violación directa de esa misma ley sustantiva, lo que no puede admitirse en sede de casación, tal como se ha precisado, entre otras, por sentencia de 9 de septiembre de 1986, con ponencia del doctor Luis Enrique Aldana Rozo:

"Se ha recordado hasta la saciedad que uno y otro tipo de violación tienen contenido y significación inconfundibles y distintos y que, en la violación directa no se impugna la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la ley sustancial se produzca de inmediato, es decir, sin desvío. Y si tal es su contenido, resulta de exigencia lógica aceptar, en su integridad, los hechos que declara aprobados la sentencia, para edificar sobre ellos la censura. En cambio, es propio de la violación indirecta discutir la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la norma sustancial sea mediato, esto es, a través de ella. Y si éste es su sentido, resulta de imperativo lógico, rechazar, en forma total o parcial, los hechos que declara probados la sentencia para demostrar que se violó la prueba y que, por este modo se conculcó la ley.

En la violación directa, se afronta un problema de fondo; la aplicación de la norma sustancial, bajo tres sentidos diferentes: su falta de aplicación o su aplicación indebida o su interpretación errónea. En la violación indirecta se afronta un problema de forma; la contemplación del hecho y de su prueba, bajo dos aspectos diferentes: el error manifiesto de hecho y el error de derecho".

3. En efecto, recuérdese en este punto que el censor en el cargo primero de su demanda alegó que el juzgador interpretó falsamente el informe del DAS relacionado con el seguimiento que las autoridades secretas hicieron a los procesados, su captura y la recuperación de los elementos hurtados, evaluación que llevó a la violación indirecta de la ley por cuanto que el fallo hizo extensivo a Iván Garcés el porte de los documentos y objetos apropiados junto con el carro Renault 6, para tomar dicho informe como base de responsabilidad en su contra. Este cargo, obviamente, está orientado a impugnar los hechos reconocidos en la sentencia pero, entra en contradicción flagrante con el cargo tercero —denominado subsidiario—, en el cual el libelista acepta los mismos hechos rebatidos, para invocar entonces una violación directa de la ley por haberse desconocido en la sentencia el contenido del artículo 374 del Código Penal sobre rebaja de la pena en caso de devolución e indemnización, evento en el cual el censor acepta la responsabilidad de su patrocinado frente a los diferentes ilícitos juzgados, y acoge la valoración que el juzgador hiciera respecto del informe del DAS anteriormente citado.

4. Lo propio ocurre frente a los cargos segundo y tercero. En aquél, nuevamente el demandante impugna la valoración probatoria que diera el juzgador a algunos medios, alegando la no existencia de plena prueba de responsabilidad de Garcés Muñoz, lo que impondría, en consecuencia, su absolución. En el tercero, por el contrario, admite —como se señaló— la prueba de la responsabilidad penal en las condiciones exigidas por la ley, pero invoca la casación de la sentencia por falta de aplicación del artículo 374 del Código Penal.

No puede, ciertamente el demandante, enfrentar los motivos de casación atrás mencionados, porque se tornan irreconciliables entre sí. O en el proceso fueron correctamente valoradas las pruebas y deducida legalmente la responsabilidad del inculpado pero con detrimento de las normas sustanciales que se violan directamente, o los

medios probatorios fueron mal evaluados y por ello se violó la ley sustantiva derivando responsabilidad penal en donde no existia. Una y otra alternativa se excluyen mutuamente, razón por la cual no resulta válida su alegación simultánea.

5. *Como ultimamente lo vienen destacando ciertos antecedentes jurisprudenciales se ha vuelto lugar comun en las demandas de casación sostener reproches o censuras mutuamente excluyentes ya dentro de un mismo cargo, ora en cargos separados que por su incongruencia o contradicción palmar no permiten a la Corte simultáneamente escoger éste y relanzar aquél sin romper el principio que se basa en la incondicional incompatibilidad del ser con el no ser, vale decir, el principio filosófico de la no contradicción. No sirve tergiversar asi las cosas. La casación que es un recurso técnico por excelencia, reclama la presencia de exigencias especificas estrictamente formales y el alejamiento de incompatibilidades e inconsecuencias lógicas. Cuando no hay unidad en estas demandas que abiertamente se desentienden de la técnica no puede tolerar la Corte —porque hacerlo seri admitir la posibilidad de una administración de justicia irracional— la prosperidad de esta clase de libelos en donde se adopta una inconciliable exposición de cargos.*

6. *Esta tesitura que rechaza la imprecisión y lo totalmente contradictorio viene siendo auspiciada por la Sala en sus últimas orientaciones jurisprudenciales. En desarrollo de estas ideas, la Corte ha sostenido:*

> *"Estas gravísimas contradicciones son más que suficientes para desechar todos los cargos formulados en la demanda. Es que no se puede aceptar la situación fáctica plasmada en la sentencia para aducir una violación directa de la ley o, como en este caso, una nulidad por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, para luego desestimar esa misma fundamentación factual. De conformidad con el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, uno de los requisitos que debe reunir la demanda de casación, es el de que se indiquen 'en forma clara y precisa' los fundamentos de la causal o causales invocadas, requisito éste que no se cumple cuando los motivos de impugnación formulados implican el planteamiento de situaciones incompatibles, que recíprocamente se destruyen porque una descarta la existencia de la otra y ésta a su vez descarta la de la primera. Por eso ha dicho esta Corporación, que 'cuando en casación se propone, aunque sea en forma subsidiaria, cargos incompatibles, no es el recurrente quien señala con precisión la disposición legal infringida, sino que seria la Corte la que tendria que elegir entre dos proposiciones opuestas, lo cual no puede hacer dada la naturaleza del recurso extraordinario de casación, en el que su facultad decisoria queda circunscrita por las precisas solicitudes de la demanda la que no puede enmendar, ni corregir, supliendo sus defectos o dejiciencias' (G. J., T. CXV, pág. 228)" (Casación del 23 de septiembre de 1986, magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz).*

Con esto ha querido la Sala mostrar una orientación que conduzca a un tratamiento adecuado del tema de casación evitando así

la frustración del derecho en este ámbito extraordinario. Esta tarea jamás podrá darse por concluida en cuanto subsistan casos relevantes que enerven la técnica y la naturaleza misma del recurso.

7. No comparte, pues, la Sala el planteamiento del Procurador Delegado en lo Penal en este asunto, según el cual el rigorismo del recurso extraordinario atenta contra el derecho a la defensa del procesado, quien —en su opinión— en el ataque extraordinario a la sentencia puede formular cargos antagónicos siempre y cuando ellos no sean en sí mismos contradictorios. Debe recordarse, en este punto, que la actuación procesal viene precedida de las presunciones de acierto y legalidad, lo que significa que el recurso está dirigido a desvirtuar tales condiciones y como tal, el ejercicio del derecho a la defensa viene ya delimitado por disposición expresa de la ley que, entendiendo la casación como entidad diferente a las instancias, exige en su desarrollo apego no solamente a las causales por las que procede el ataque, sino también, una específica técnica y una forma precisa de actuar a través de las cuales se logren destruir las presunciones citadas.

Aceptar la posibilidad de atacar la sentencia sin el respeto a la técnica propia del recurso, sería tanto como desnaturalizar la casación para convertirla en una tercera instancia que haría eterno el juzgamiento y restaría la seguridad jurídica que el Estado debe brindar, a través de sus instituciones, a los ciudadanos.

8. Pues bien, siendo que el demandante plantea cargos contradictorios como ya se anotó, no puede la Sala entrar a escoger la vía de la impugnación que pudiera resultar conveniente a los intereses del libelista, con desprecio de algunos de los motivos por él mismo alegados. Su demanda, entonces, se revela antitécnica, y se impone, de consiguiente, su rechazo.

La censura no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Con salvamento de voto; *Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga,* Con salvamento de voto; *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Gustavo Morales Marín, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES LISANDRO MARTINEZ ZUÑIGA Y GUILLERMO DAVILA MUÑOZ

El suscrito Lisandro Martínez Zúñiga, fue sorteado como ponente en el presunto asunto. Se presentó la respectiva ponencia, la cual no fue acogida por la mayoría de la Sala. En tales condiciones, según lo previsto en el artículo 189 del Código Procesal Penal, se agrega la respectiva ponencia para que constituya salvamento de voto.

Como el suscrito magistrado Guillermo Dávila Muñoz, en plurales ocasiones anteriores, ha salvado su voto igualmente en torno a casos como el debatido y está acorde con la ponencia, igualmente adhiere al salvamento de voto que consigna el punto de vista sostenido con antelación.

Honorables magistrados,

Lisandro Martínez Zúñiga, Guillermo Dávila Muñoz.

Julio 29 de 1988.

CASACION. Técnica. DERECHO DE DEFENSA

Desconoce el derecho de defensa la postura de sostener que porque en un cargo se impugne la prueba, el pedir una rebaja de la penalidad contrasta y es contradictoria con el planteamiento inicial

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 044 del 12 de julio de 1988.

Vistos:

Decídese el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado condenado por el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 8 de mayo de 1987, a la pena principal de ochenta meses de prisión como autor del doble delito de hurto agravado y calificado cometidos en acciones diferentes y que tiene como objeto un automóvil Renault 6 y un automóvil Renautl 12. Los respectivos autos de proceder fueron apelados.

La providencia de segunda instancia revocó la de primera, de fecha 12 de julio de 1986 que había condenado a Iván Garcés Muñoz a treinta y tres meses de prisión y le había concedido la rebaja de pena prevista en el artículo 374 del Código Penal.

Hechos:

1. Iván Garcés Muñoz, fue interceptado por el DAS, el 23 de febrero de 1985, mientras conducía un automóvil Renault 6, ocupado además por Gloria López de Pasmiño, María Helena López y Fernando Patiño Daza. Al examinarse el vehículo se halló que no presentaba las plaquetas de identificación y las placas habían sido adulteradas mediante uso de cinta negra.

Según lo informa el detective Germán Cuéllar y lo ratifica en confrontación con el recurrente este colaboró directa e indirectamente pues les informó a los detectives de la existencia de otro vehículo sospechoso, un Renault 12; además condujo a las autoridades al garaje donde se encontraba tal automotor.

2. Se estableció que el automóvil Renault 6, que conducía Garcés había sido hurtado el 20 de enero de 1985 a su propietario César Da-

rio Mogollón del Parque de El Salitre y que el otro vehículo el Renault 12 había sido objeto de despojo bajo amenazas a su propietario Pedro Guillermo Rojas Posada, por cuatro sujetos el día 5 de febrero de 1985.

3. Por el hurto de ambos vehículos se habían presentado varias denuncias y se adelantaban diligencias averiguatorias. El 24 de octubre de 1985 el recurrente Iván Garcés Muñoz fue llamado a responder en juicio criminal por el Juzgado Veinte Penal del Circuito por hurto agravado, referente al automóvil Renault 6 a cuyo comando se le aprehendió.

Por su parte el 8 de agosto de 1985, el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito, también dictó auto de proceder contra Garcés y Fernando Patiño por los mismos hechos, relativos al mismo objeto material.

Al ser informado y cerciorarse del doble enjuiciamiento el Juzgado Treinta Penal del Circuito a petición del apoderado de uno de los procesados decretó la acumulación de las dos causas.

4. Dentro de los procesos en la etapa probatoria, se decretó el avalúo de los perjuicios morales y materiales.

Pero cuando se iba a celebrar la audiencia pública, se decretó la nulidad del auto que ordenó la acumulación, por no haber sido los defensores de los procesados notificados del auto de proceder del Juzgado Veinte Penal del Circuito. Sin embargo nuevamente se volvió a decretar la acumulación.

5. Antes de proferirse sentencia de primera instancia, los procesados consignaron el valor de los perjuicios materiales y morales.

6. El Juzgado del Circuito, condenó a cuatro procesados entre ellos el recurrente, a penas privativas de la libertad. A Garcés lo condenó por el hurto de los dos vehículos a treinta y tres meses de prisión. Para señalar esta pena le aplicó la rebaja de pena del artículo 374 del Código Penal, por estimar que hubo resarcimiento de perjuicios.

7. Al ser consultada la sentencia de primera instancia el Tribunal reformó la pena impuesta a Garcés, fijándola en ochenta meses de prisión.

No aceptó la aplicación del artículo 374 del Código Penal.

Demanda:

Se invocan tres cargos dentro de la causal primera (primero y segundo motivos).

Cargo primero:

Violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 350 (hurto calificado) 351 (circunstancias de agravación punitiva) y 376 (circunstancias genéricas de agravación) por error de hecho consistente en que el fallador hizo extensivo a Garcés el porte de los documentos y objetos encontrados a los demás procesados.

Para sustentar este cargo se está acompañando un informe del DAS con lo afirmado por el Tribunal, para concluir que mientras aquella probanza excluye de la tenencia de elementos incriminadores a Garcés, la sentencia la acepta. Sostiene que tal interpretación determina el fallo condenatorio de segunda instancia.

Segundo cargo:

Se presenta como violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho al darle valor de plena prueba a dos factores: a) La conducción del vehículo Renault-6 por parte de Garcés y b) el informe suministrado por él sobre el paradero del Renault-12.

Se le habría dado valor probatorio a aquello que no lo es y se habría transferido una colaboración prestada a las autoridades en plena prueba de responsabilidad. Se afirma que ningún nexo de causalidad existe entre el informe suministrado y la apropiación del vehículo.

Tercer cargo:

Es subsidiario para el caso de desecharse los anteriores. Se invoca la causal primera, cuerpo primero del artículo 580 por haberse excluido evidentemente el artículo 374 del Código Penal, lo cual motivó la aplicación indebida de los artículos 350, 351, número 6 y 372 *ibidem*. Se acusa la sentencia por violación directa de la ley sustancial invocando el cuerpo primero del artículo 226 del Estatuto Procesal.

Se alega que al haberse indemnizado los perjuicios, ha debido otorgarse la rebaja de pena prevista en el artículo 374 del Código Penal, lo mismo que por haber existido recuperación.

Para fundamentar este último enfoque se cita una jurisprudencia del Tribunal Superior de Medellín, según la cual cuando el objeto material del ilícito fue decomisado no tiene efectividad por sustracción de materia la exigencia de la restitución bastando la indemnización de los perjuicios.

Pide el recurrente que de aceptarse esta petición subsidiaria se rebaje la pena impuesta en acatamiento al artículo 374 citado.

Concepto de la Procuraduría:

1. Comienza el colaborador fiscal por aclarar su posición en torno a la aparente contradicción de la demanda consistente en que mientras al enunciar los dos primeros cargos se muestra inconforme con la interpretación probatoria hecha por la sentencia en el tercer cargo al impetrar rebaja de la pena acepta la evaluación probatoria.

El colaborador fiscal se muestra en abierto desacuerdo con el planteamiento mayoritario prevalente en esta Corporación que desecharía el estudio de la causal esgrimida como tercera por estar en contradicción con los planteamientos sustentatorios en las otras causales. Se muestra la delegada acorde con el salvamento de voto de los magistrados Martínez y Dávila de septiembre 26 de 1986 que afirma compartir y apoyar en toda su dimensión.

Para reafirmar esta posición el colaborador fiscal afirma:

"La infatigable marcha del conocimiento humano jamás ha estado enrumbada en una sola dirección... son muchos los caminos y muchas las respuestas que se despliegan en el devenir histórico... la imposición de verdades absolutas genera su propia destrucción..." (para los griegos) la búsqueda de la verdad estaba cimentada en la confrontación de ideas entendidas como mera hipótesis de resultado final y no como verdades en sí mismas "...la posibilidad fue la regla de oro que sobrevoló el ágora...' una cosa es mi verdad, definida como fruto último del hecho. El principio de no contradicción se encuentra presente en las verdades iniciales, esto es en las conjeturas que nos llevarán a la verdad, pero no tomadas como un todo imprescindibles sino en cada una de ellas en particular..."

"En casación el proceso de conocimiento se circunscribe al estudio de las verdades iniciales propuestas por los censores... 'Simplemente debe aceptar o rechazar lo puesto a su consideración salvo si la sentencia se ha dictado en juicio viciado de nulidad caso en el cual la Corte puede proceder de oficio...'"

"Cada causal de casación responde a determinados fundamentos y a la vez la diferencia de las demás. Por esto cada una constituye una vía diferente de impugnación, una verdad inicial, razón por la cual quiso el legislador que se propusiera. En capítulos separados los fundamentos relativos a cada uno".

Ello significa que se le están reconociendo al procesado la utilización de todas las posibilidades necesarias para ejercer a cabalidad el derecho de defensa. Conspira contra ese derecho el permitir la exposición de un solo punto de vista. Conduce a rechazar un cargo que en verdad demuestra un yerro judicial simplemente porque lo contradice.

"El punto de no contradicción obra al interior de cada cargo, no con los cargos entre sí".

Cargo primero:

Hechas estas puntualizaciones se ocupa del primer cargo. Para el Procurador la condena no está basada sólo en los documentos encontrados en poder de los compañeros de Garcés sino en un haz probatorio más extenso: mala justificación conocimiento a fondo de las actividades el intentar de comunicarse subrepticiamente desde la prisión con sus compañeros para elaborar una eficaz coartada.

Cargo segundo:

Tampoco coadyuva la delegada este cargo. No sólo las pruebas citadas por el censor fundamentan la condena sino otras como la inverosimilitud de las disculpas. Los estrechos lazos de amistad con los demás implicados, su participación en otros ilícitos y la reseñada nota.

Cargo tercero:

Es partidaria la delegada de aceptar este cargo y aplicar la rebaja de pena del artículo 374 del Código Penal.

"La ley no puede pedir cosas imposibles pues de suyo conspiraría contra su razón de ser".

Si bien la conducta alternativa de antaño (art. 429 del C. P. de 1936) fue eliminada exigiéndose ahora los dos comportamientos (restitución e indemnización) es obvio que si uno de ellos es de imposible cumplimiento el restante será el único exigible. Según la Procuraduría tal interpretación consulta el espíritu de la disposición y como sustento de su punto de vista cita varios comentaristas nacionales.

Reitera la Procuraduría que teniendo en cuenta que los automotores fueron recuperados quedaban pendientes los perjuicios morales y materiales causados con el ilícito y cancelados por los condenados antes de proferirse sentencia de primera instancia.

"Por consiguiente le correspondía al fallador aplicar el referido precepto y el no haberlo hecho causó la violación directa alegada por el recurrente". Insiste pues la Procuraduría en que se case parcialmente el fallo y se disponga la disminución punitiva consagrada en el artículo 374 del Estatuto Penal.

Consideraciones de la Corte:

1. *De la aplicación de las normas procesales.* Esta demanda fue presentada el 3 de noviembre de 1987 y el recurrente se fundamenta en las causales del nuevo Código de Procedimiento Penal, ya que cita tales normas haciendo constar que subrogaron las del Código anterior.

Sin embargo, resulta que esta investigación fue cerrada el día 9 de julio de 1985 y quedó ejecutoriado el auto el 20; por ende, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 677 del actual Código de Procedimiento Penal, el recurso se rituará según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal anterior que consagra las mismas causales que se invocan.

2. Aspecto técnico. *Al iniciar el estudio de la demanda aparece que los dos primeros cargos se formulan por violación indirecta de la ley sustancial; sin embargo, la diferencia que existe en que mientras en el primero se hace referencia a error de hecho, en el segundo se plantea un error de derecho. En supuestos como este la jurisprudencia no ha hecho distingos, ya que se ha aceptado la posibilidad de coexistencia de ambos errores; en los supuestos en que las fuentes probatorias o los enfoques que lo sustentan sean diferentes.*

En sentir de la Sala, ello acaece en este caso, pues la crítica del cargo primero por error de hecho, se refiere a una probanza concreta como es el informe del DAS de 25 de febrero de 1985, mientras que el segundo cargo se refiere a una violación indirecta por error de derecho fundada en hechos diferentes cuales son: El hecho físico de tener y conducir el vehículo Renault-6 el procesado Garcés Muñoz y la circunstancia de que dicho procesado informó sobre el paradero de otro vehículo, el Renault-12 que a raíz de ellos fue decomisado.

En torno a la alegación simultánea de error de hecho y de derecho basadas en un mismo aspecto probatorio, la jurisprudencia penal ha sostenido su improcedencia, pues ambos errores se excluyen mutuamente, ya que en el de hecho se cuestiona la validez jurídica de la prueba y en el derecho no sucede esto.

Sin embargo, en el caso a estudio, son aspectos distintos los sometidos a cuestionamiento: En el primer cargo, el haber hecho extensivo a Garcés el porte de documentos y objetos encontrados a los demás procesados; en cambio, en el segundo cargo, se califica de error de derecho el darle valor de plena prueba a un hecho indiscutible de conducir el vehículo que nadie ha negado en el proceso.

En el mismo segundo cargo se critica como error de derecho otra circunstancia distinta: Que Garcés informó espontáneamente dónde se encontraba el vehículo objeto material del ilícito y se concreta este cargo en sostener que mal puede esa información servir de plena prueba de responsabilidad en ese ilícito, ya que no hay nexo de causalidad alguna entre el informe suministrado y la sustracción del carro.

La circunstancia accidental que en el informe del DAS puedan consignarse los hechos relatados no sirve para descartar la impugnación, pues son hechos notorios dentro del proceso, que surgen de otras probanzas; aceptar este descarte sería darle una prevalencia absoluta a lo formal sobre la sustancial.

Por lo demás no debe olvidarse que la idea central de la mayoría de la Sala de Casación Penal ha sido la de rechazar los cargos cuando son varios los reproches y "resulta imposible agruparlos bajo el amparo del mismo motivo de impugnación". Caso clásico de rechazo fue durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1971 el censurar unos mismos hechos por la causal primera. cuerpo primero y al mismo tiempo por el cuerpo segundo.

Así en providencia del 28 de febrero de 1984 dijo ésta Corporación:

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

En estas condiciones, estima la Sala que no hay razones para descartar la simultaneidad de alegación por error de hecho y de derecho pues los fundamentos fácticos del recurrente, son diferentes.

3. *Cargo primero.* Como bien lo anota la Procuraduría, este cargo parte de la base de que la condena se edificó en los documentos encontrados en poder de los acompañantes de Garcés; sin embargo, ello no es exacto, ya que la providencia de primera y segunda instancia hace un estudio tocante a una cadena probatoria de la cual tales documentos son una mínima parte.

Existe un haz probatorio más extenso, aún descartando el hecho físico de conducir Garcés el vehículo: conocimiento a fondo de las actividades delictivas al intentar enviar una nota para comunicarse subrepticiamente con los compañeros de prisión, mala justificación al tratar de explicar sus actividades, etc.

Tal somera enunciación sirve para demostrar que no son los documentos la base de la sentencia, sino que ella fue dictada de acuerdo con la integridad de la prueba, que los documentos no contradicen, sino que por el contrario, confirman.

4. *Segundo cargo.* Tampoco es exacto que el hecho físico de conducir el vehículo ni el informe suministrado sobre el paradero del Renault, hubiesen sido en forma aislada la base de la condena.

Estas pruebas no se analizaron aisladamente, sino que fueron parte de un acervo probatorio que analizado en conjunto tiene valor incriminatorio. El hecho físico de la conducción del vehículo no debe desdibujarse en el sentido de descartarlo totalmente, pero tampoco debe magnificarse como para convertirlo como en el único sustentáculo de la condena; en ninguno de los dos extremos ha incurrido la sentencia objeto de impugnación.

Tal hecho incontrastable se ha analizado en relación con los estrechos lazos de amistad que unían a los demás implicados a sus antecedentes de participación en ilícitos similares y a la tantas veces anotada nota que pretendió hacer llegar a los sindicados cuando se encontraba detenido.

En cuanto al informe suministrado sobre el paradero de otro vehículo, es cierto, que como sostiene la Procuraduría, él podría tener inferencia en cuanto a la penalidad, pero también lo es, que presupone el conocimiento de acciones delictuosas y puede servir para configurar indicio; pero él de por sí no fue la base la de la condena.

5. La no contradicción. *La Corte estima de acuerdo con su colaborador fiscal, que la circunstancia de que en los cargos primero y segundo se ataque la prueba por diversos aspectos y en el tercero no se emprenda tal labor, sino que se solicite una rebaja de ella; no se deduce de manera automática deba hacerse una operación de descarte, para considerar tales posiciones como contradictorias y desecharlas de manera tal que se excluyan mutuamente. Como lo dice algún autor de lógica general, el precepto canónico de la no contradicción, no constituye en modo alguno un criterio para decidir en definitiva acerca de la validez en un juicio, ni tampoco sobre cuál de los juicios que constituyen una pareja de opuestos contradictorios es válido y cuál es falso.*

No puede, pues, el principio de la no contradicción plantearse en los términos absolutos, rotundos y excluyentes como lo ha venido haciendo alguna —corriente— doctrinal, ya que los elementos contradictorios "se encuentran interconectados, dependen unos de otros y se complementan unos con otros", como lo explica el mismo autor.

La Sala está de acuerdo con la interpretación que del principio de contradicción hace el colaborador fiscal en su interesante estudio, considerándolo como forma de impugnación en ejercicio del derecho

de defensa. No se puede negar al procesado la utilización de todas las posibilidades necesarias para ejercer a cabalidad el derecho de defensa. Tiene razón el colaborador fiscal cuando expresa que conspira contra tal derecho el limitarlo a un solo punto de vista, el circunscribirlo a una sola hipótesis y el cerrar la amplitud de la exposición de las ideas.

Desconoce el derecho de defensa la postura de sostener que porque en un cargo se impugne la prueba, el pedir una rebaja de la penalidad contrasta y es contradictoria con el planteamiento inicial.

Son dos formas distintas de ejercer un mismo derecho que no se pueden descartar de manera absoluta, hiperbólica como contradictoria.

El recurso de casación no puede ser tan exagerado como para cerrarle las puertas a la eterna operación de la búsqueda de la verdad cimentada siempre en la confrontación de hipótesis y no puede llegar a la imposición ab initio *de presuntas verdades absolutas.*

Es el casacionista quien plantea las hipótesis del derecho de defensa y el juez no debe exagerar su función hasta llegar por medio de operaciones mecánicas a rehuir el estudio de un argumento porque no concuerda formalmente con otro, sin adentrarse en el análisis sustancial.

Así las cosas, la Sala estima, que la impugnación a la prueba hecha en los dos primeros cargos no se contradice dentro de los planteamientos democráticos del derecho de defensa, con la petición de rebaja de pena hecha en el tercer cargo. Por tanto, no puede descartarse el estudio del tercer cargo por la simple razón de haberse presentado coexistentemente con el primero.

6. *Tercer cargo.* La Sala se encuentra de acuerdo con los puntos de vista de la Procuraduría. La ley no puede pedir imposibles. Es cierto que el Código de Procedimiento Penal anterior en su artículo 429 presentaba conductas alternativas y que el actual en el artículo 374 en su redacción habla de restituir e indemnizar, esto es, que exige los dos comportamientos; pero como en afortunada y concreta frase lo afirma la Procuraduría, es obvio, que si uno de ellos es de imposible cumplimiento el restante será el único exigible.

En el presente caso, el procesado no solamente indemnizó los perjuicios, sino que es más, existe un detalle que si bien se tomó como incriminación contra él, debe enfocarse también desde un aspecto altamente favorable con influjo para su voluntad de reparar el daño.

Fue él quien informó de la existencia de otro vehículo producto del ilícito y quien dio los datos necesarios para su captura.

Ante hechos bivalentes de los cuales pueden surgirse secuelas desfavorables y favorables, no puede ser justo aceptar únicamente las primeras y descartar las segundas.

Habiendo sido recuperados los automotores, uno de ellos por la conducta del recurrente, habiéndose cancelado los perjuicios morales y materiales, el espíritu de la finalidad de la norma se ha cumplido,

en este caso concreto donde si no restituyó por el automóvil que iba conduciendo, sí realizó conductas tendientes a obtener la restitución de otro vehículo. En tales condiciones, el cargo prospera y se procederá a dictar la sentencia de reemplazo.

7. *Dosimetría penal.* La sentencia de primera instancia, para fijar la penalidad la separó de acuerdo con el objeto material y señaló la pena principal en treinta y tres (33) meses de prisión. Ello dentro de su enfoque que aceptaba la rebaja de pena del artículo 374 del Código Penal.

El Tribunal al revisar la providencia la aumentó notablemente a ochenta (80) meses de prisión, ya que no reconoció la rebaja del artículo precitado.

La Corte al reconocer esta institución, debe rebajar la penalidad impuesta por el Tribunal en veinte (20) meses, de conformidad con el artículo 61 del Código Penal, del artículo 350, numeral 2º del Código Penal, es la de veinticuatro (24) meses aumentada la pena por los agravantes de los numerales 8º 9º y 10 del artículo 351 en doce (12) meses, estos treinta y seis (36) meses se aumentarán por el agravante del numeral 1º del artículo 372 en doce (12) meses, para un total de cuarenta y ocho (48) meses incrementados en la mitad por el concurso de delitos, obteniéndose setenta y dos (72) meses, total éste que se disminuirá en doce (12) meses por el atenuante del artículo 374, debiéndosele imponer sesenta (60) de prisión, pena principal que incidirá en la interdicción de derechos y funciones públicas y en la suspensión de la patria potestad, las cuales deberán cumplirse por el mismo término que la pena principal, en lo demás se estará a lo dispuesto en el fallo impugnado.

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

Resuelve:

1. *Casar parcialmente* la sentencia impugnada.

2. *Imponer* al procesado Iván Garcés Muñoz, la pena principal de sesenta (60) meses de prisión como autor del delito de hurto calificado y agravado de que trata este proceso.

3. *Condenar* al procesado Iván Garcés Muñoz a la interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad por un tiempo igual al de la pena principal.

4. *Disponer* que en todo lo demás se esté a lo dispuesto en el fallo impugnado.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

NULIDAD LEGAL, NULIDAD SUPRALEGAL

Consideraciones de la Corte sobre diversos motivos de nulidad presentados, que resultan totalmente infundados

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 044. julio 12 de 1988.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante providencia de 18 de septiembre de 1986, condenó a los procesados *José Avenaid Silva, Pablo Daniel Aponte y Luis Armando Rincón Pimiento* a la pena privativa de la libertad de trece (13) años y seis (6) meses de prisión, como autores responsables de los delitos de secuestro extorsivo en la persona de Rodrigo Romero y secuestro simple en Hernando Romero y Rogelio González; y a los procesados *Juan de Jesús Rincón y María Helena Rincón* a la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión como cómplices del delito de secuestro extorsivo.

Contra la decisión en cita interpusieron el recurso extraordinario de casación los apoderados de Pablo Daniel Aponte y Luis Armando Rincón Pimiento, los cuales fueron admitidos por la Sala en auto de 19 de agosto de 1987.

El apoderado judicial de Pablo Daniel Aponte desistió del recurso; y a nombre de Rincón Pimiento se presentó demanda en término, la cual se declaró ajustada a las prescripciones de ley, razón para que proceda la Sala a decidir de fondo, la pretensión relacionada con el último de los mencionados procesados.

Hechos y actuación procesal:

Fueron sintetizados por la Delegada de la siguiente manera:

"El día 27 de enero de 1984, en el perímetro urbano de esta ciudad, los hermanos Rodrigo y Hernando Romero, acompañados de su amigo Rogelio González, se desplazaban en un automóvil cuando sorpresivamente fueron interceptados por varios individuos que ocupaban un campero de color blanco y exhibían armas de fuego de corto y largo alcance, con distintivos de uno de los organismos de seguridad del

Estado, siendo obligados a abordar el campero, enrumbando hacia el municipio de la Calera en cuyos alrededores fueron dejados en libertad Hernando Romero y Rogelio González, llevándose los plagiarios consigo únicamente al señor Rodrigo Romero, para días después hacer llegar a sus familiares anónimo mediante el cual exigían seiscientos mil dólares por el rescate, como también amenazantes llamadas telefónicas".

"Noticiada la Policía Judicial (DIJIN) del secuestro en cuestión montose el operativo de rigor lográndose la grabación de varias llamadas telefónicas, con la buena suerte de que al producisre la última fueron ubicados y capturados sus autores: José Silva y Pablo Aponte, quienes en exposición rendida ante unidades del mencionado organismo, con presencia del Abogado Delegado de la Procuraduría, quien firma las respectivas Actas, confesaron la autoría del reato delatando a su compinche Luis Armando Rincón, sujeto éste que igualmente se tornó confeso".

"Con base en los datos suministrados por los citados capturados, se halló en casa de Aponte la máquina de escribir en la cual se elaboró el anónimo de la referencia, y la finca donde se mantuvo privado de su libertad a Rodrigo Romero en jurisdicción de Chocontá, rescatándosele sano y salvo a pesar de la balacera que se desató entre la policía y los vigilantes de Romero, sujetos Abraham Abril y Jesús Anselmo Toro, quienes fueron dados de baja al ofrecer resistencia".

"Al expediente se allegó toda la actuación de la Policía Judicial, destacándose las exposiciones —confesiones rendidas por los tres principales imputados—, como también las provenientes de los esposos Rincón Rincón de cuyo contexto armonizado con sus injuradas surge que la señora de Rincón es hermana de Luis Armando Rincón Pimiento y que éste se hizo presente en la finca de Chocontá el día del secuestro, en contraposición a lo aseverado por el declarante Ruperto Castiblanco, quien sostiene que dicho día Luis Armando permaneció a su lado en su casa de habitación ayudándole a montar un motor (cuartada fallida). Además se trajeron convincentes dictámenes periciales sobre identificación de la aludida máquina de escribir y de la voz del procesado Silva como el individuo que hizo las llamadas telefónicas a los familiares del secuestrado".

"Fueron oídos en declaración jurada los tres secuestrados, quienes dieron cuenta detallada de las circunstancias que caraterizaron la consumación de los reatos, describiendo a sus captores y suministrando datos precisos que les permitieron reconocer como tales a los sujetos Silva, Aponte y Rincón, anotando que ciertamente tuvieron oportunidad de presenciar la rueda de prensa televisada que se produjo a raíz de la aprehensión de los plagiarios, pero sin contar con adecuadas condiciones para su reconocimiento, lo cual si hallaron en el momento en que lo hicieron ante el instructor".

"Todos los imputados fueron oídos en injurada y allí, los que figuran como coautores, recurrieron al trillado expediente de negar la veracidad de lo afirmado en las exposiciones rendidas ante la Policía Judicial, alegando torturas y exhibiendo antiguas cicatrices, para terminar negando su participación en los hechos, pero olvidando que

precisamente de no haber sido por los datos suministrados por ellos mismos, no hubiese sido posible la localización de la máquina en la cual se elaboró el escrito extorsivo y de la finca donde se encontraba el secuestrado Romero. Vale destacar que al ser sometido Rincón Pimiento a reconocimiento médico legal no se le halló lesión que ameritase incapacidad, mientras que Silva y Aponte sí presentaban leves lesiones o cicatrices, cuyo origen se ignora".

"Declarada cerrada la investigación, califícose el mérito sumarial con citación a audiencia pública, para todos los imputados, por el concurso de punibles de la referencia, conforme al procedimiento especial señalado en la Ley 2ª de 1984, la cual prohíbe la práctica de careos, razón por la cual hubo de rechazarse pedimento al respecto, como también lo relativo a la ampliación de las declaraciones de los secuestrados dada su inocuidad. Fue denegada la concesión del recurso de apelación interpuesto contra el proveído de citación a audiencia, con base en autorizada doctrina interpretativa de la mencionada ley, y al tramitarse recurso de hecho por tal motivo el *ad quem* declaró bien denegada la impugnación".

"Celebrada la audiencia pública en legal forma, concluyeron las instancias con los fallos condenatorios en cuestión".

La demanda:

El actor presenta dos cargos sin indicar la causal que corresponde a cada uno de ellos pero, del contenido de la demanda, se desprende que el primero lo formula con fundamento en la causal primera de casación y el segundo al amparo de la causal cuarta, previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior.

Primer cargo:

Lo hace consistir el casacionista en un error de derecho por violación directa de la ley sustancial, expuesto de la siguiente manera:

"La sentencia proferida por el señor Juez 36 Penal del Circuito de Bogotá el día 16 de diciembre de 1985, incurrió en error de derecho en la apreciación de las diligencias practicadas por los miembros de la DIJIN, en relación con las exposiciones 'libres y espontáneas' rendidas por los señores José Avenaid Silva, Pablo Daniel Aponte, Luis Armando Rincón Pimiento, María Helena Rincón de Rincón y Juan de Jesús Rincón Rincón; así mismo en la apreciación de la diligencia de reconocimiento practicada por el secuestrado, su hermano y su amigo a mi representado Luis Armando Rincón Pimiento; e igualmente se incurrió en error de derecho al dejar de apreciar la declaración del ciudadano Ruperto Castiblanco, con la cual se demuestra que el 27 de enero de 1984 mi defendido se encontraba en un lugar diferente al sitio en el cual se efectuó el secuestro".

El Tribunal Superior de Bogotá, afirma el censor, incurrió en igual error al confirmar el fallo de primera instancia.

Luego de consignar apartes de las pruebas mencionadas anteriormente, el libelista presenta como normas violadas los artículos 3, 5, 8 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 5, 8 y 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y artículos 1, 167, 180, 214, 215, 216, 217, 218, 236, 264, 282, 289, 303, 335 y 407 del Código de Procedimiento Penal; artículos 1, 24, 288 y 269 del Código Penal y, finalmente, artículos 25 y 26 de la Constitución Nacional.

Finaliza esta primera impugnación demandando la infirmación del fallo y solicitando:

1. Que se condene a su representado como cómplice no necesario en el delito de secuestro extorsivo.

2. Que se absuelva a María Helena Rincón de Rincón y a Juan de Jesús Rincón Rincón.

3. Que se condene a José Avenaid Silva y Pablo Daniel Aponte, por un solo delito, esto es, el de secuestro extorsivo, como autores.

Segundo cargo:

Presenta varias irregularidades como motivo de nulidad para demandar se invalide la actuación desde el auto de cierre de investigación, inclusive, que se resumen así:

1. Exposiciones ante la Policía Judicial por haberse obtenido mediante torturas.

2. El reconocimiento en fila de personas por haberse realizado en forma preordenada y condicionada.

3. Haberse negado por parte del juez del conocimiento el recurso de apelación contra el auto de citación para audiencia pública, desconociendo el principio de la doble instancia y violando el artículo 26 de la Carta, por inobservancia de las formas propias del juicio.

4. Violación del derecho de defensa por haberse negado por el instructor la práctica de algunas pruebas solicitadas por las partes.

5. Por error en la denominación jurídica de la infracción (art. 210-5 del C. de P. P.) porque a su juicio el delito complejo de secuestro extorsivo, absorbe los secuestros simples.

Consideraciones de la Corte y concepto de la Delegada:

Tal como lo destaca el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, el actor incurre en absoluta falta de técnica y de ahí la improcedencia de su impugnación.

En efecto. Reiteradamente ha dicho esta Sala que la demanda de casación debe llenar un mínimo de requisitos que hagan posible su estudio por la Corte como juez de casación, ya que su inobservancia la presenta como simple alegato de instancia.

Por ello, *el casacionista debe ajustar su escrito a la técnica del recurso extraordinario y respetar, entre otros, el principio de no contradición, cuidándose de no invocar causales incompatibles o excluyentes. Así, en algunos casos, y el analizado es uno de ellos, acudir a la causal primera que presupone la validez del proceso, y de otra parte, a la cuarta, arguyendo, sobre iguales elementos críticos la afectación del debido proceso, al punto que las transgresiones procedimentales muestran el trámite como ostensiblemente inidóneo para permitir la emisión de una sentencia.*

La Corte en providencia de 22 de junio último precisó al respecto:

"La praxis de la casación evidencia, como abuso de los recurrentes, la invocación de la nulidad del proceso. Esta reprochable posición les lleva a caracterizar como quebrantos del esquema básico del debido proceso, actuaciones de reducida entidad, que suelen exhibir en su producción inocuas irregularidades; y, en otras ocasiones, no menos frecuentes ni menos irreflexivas, la nulidad invocada constituye razonamiento de palmaria incompatibilidad *al cotejarse con otras censuras. Se ha vuelto lugar común sostener en un cargo la imposibilidad de dictarse sentencia, porque el trámite fue tan vicioso que no soporta una terminación de esta índole, para luego, en otro, que guarda con aquél obvia correlación, aseverar algo distinto, esto es, que sí es dable proferir sentencia absolutoria o de condena, aunque esta última de disminuido rigor. No quiere significarse, con lo dicho, que por alegarse una nulidad se deduzca, en forma general y automática, la incompatibilidad con otras censuras, pues para llegar a esta conclusión debe advertirse la contradicción inconciliable entre estos múltiples planteamientos, considerada la demanda de manera conjunta, sin deducir el análisis comparativo a cada uno de los cargos formulados".*

Por ello, en el presente caso, se advierte total incompatibilidad en la demanda presentada a nombre de Luis Armando Rincón Pimiento ya que su apoderado solicita la invalidación del proceso a partir del auto de cierre de investigación, inclusive, por presentarse en él, según su criterio, nulidad de las pruebas que tuvo en cuenta el juzgador de instancia para fundamentar el fallo condenatorio y, en otro cargo, luego de hacer fuerte crítico a las mismas pruebas, demandar un fallo de disminuidas consecuencias.

No está por demás advertir que, acudiendo el censor a su personalísimo criterio, resuelve desatender todo aquello en lo cual creyeron los juzgadores de las instancias; de otro lado, centra su impugnación no tanto en lo que dice el Tribunal como en lo que expusiera el Juez 36 Penal del Circuito de Bogotá; y, *por último, después de entregarse a un raciocinio que parece conducir a una sentencia absolutoria, lo concluye, sin saberse porqué, deprecando una sentencia de condena para su mandante, pero a título de cómplice no necesario.*

Además de lo anterior, como lo destaca el Ministerio Público, el censor en su demanda incurrió en ostensibles fallas de técnica al "...no precisarse como es debido el sentido de la violación indirecta de la ley sustancial, hacerse referencia a quebranto indirecto de normas constitucionales, lo cual es impropio en la causal invocada, no especificarse la clase de error de derecho y confundir éste con el error de hecho al tomarse como tal la falta de apreciación del testimonio de

Ruperto Castiblanco, lo cual es inocuo error de hecho por falso juicio de existencia, aunque virtualmente fue desechada la declaración por contraponerse a elocuente e irrebatible prueba de cargo".

Tampoco puede aceptarse que el apoderado de Rincón Pimiento solicite en su demanda, sin personería para hacerlo, la absolución de dos de los procesados y la modificación del fallo recurrido en favor de otros dos, pues ello implica su intromisión en asuntos ajenos a su gestión profesional, ya que los demás procesados se hallan representados por otros profesionales del derecho que aceptaron sin reparo el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, pues si bien es cierto que el apoderado de Pablo Daniel Aponte recurrió en casación, posteriormente desistió del mismo, el cual le fue aceptado en auto de 2 de febrero del presente año.

Finalmente, los varios motivos de nulidad que presenta el casacionista, resultan totalmente infundados.

En efecto. La diligencia de reconocimiento en fila de personas se ajustó a las formalidades de ley pues el hecho de que las víctimas del delito hubiesen visto con anterioridad a los encartados, no quiere decir que ello invalide la actuación. Por el contrario, en el presente caso, son las versiones de los propios sindicados las que ratifican la veracidad del reconocimiento verificado por los secuestrados.

Al negarse por parte del juez la práctica de alguna o varias pruebas, no implica siempre la violación del derecho de defensa como lo presenta el acto. La ley autoriza en ciertos casos la denegación de pruebas cuando a juicio del juez resultan inadmisibles o impertinentes. En otros, es la propia ley la que taxativamente prohibe su realización, es decir, consagra restricciones insoslayables, pues la investigación no puede ser ilimitada ni tornarse inoperante, con la sola razón de que debe atenderse toda petición de las partes. Es obligación de quienes intervienen en el proceso, indicar la incidencia de una determinada prueba para ratificar o desvirtuar la acusación que se hace a quien resulta comprometido en juicio. Si ello no se hace, la prueba resulta inconducente y la negativa a su práctica no genera nulidad.

Tampoco es motivo de invalidación del proceso el hecho de que el juez de instancia haya negado el recurso de apelación interpuesto contra el auto de citación para audiencia, pues tal decisión se tomó con base en autorizada doctrina y recta interpretación de la ley. Pero, además, en este caso se hizo uso de los recursos de reposición y de hecho, los cuales fueron despachados desfavorablemente por el juez de instancia y el Tribunal Superior de Bogotá, respectivamente.

Y en cuanto al error relativo a la denominación jurídica de la infracción, el planteamiento de nulidad surge también como improcedente. Asiste razón a la Delegada cuando afirma que el cargo resulta "absolutamente equivocado, contrario a la doctrina, a la jurisprudencia y a la lógica jurídica. Si bien es cierto que el delito complejo subsume en su iter criminis los demás reatos que aparentemente se van estructurando en las diversas etapas, como la suplantación de autoridad, la extorsión, etc., también lo es que todas las conductas que

afecten independientemente a sujetos pasivos diferentes, estructuran concurso o punibles autónomos, naturalísticamente separables, aunque conexos".

La censura no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha, origen y naturaleza ya precisados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

REVISION. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Es verdad que el nuevo Código de Procedimiento Penal en forma expresa permite la revisión tanto de las sentencias condenatorias como de las absolutorias, pero si al proceso se le aplicó hasta su terminación el Código de 1971, en obedecimiento al artículo 377 del estatuto actual, no es posible aplicar el segundo por ser norma posterior y resultar desfavorable a los intereses del procesado absuelto

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

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 44 de julio 12 de 1988.

Decide la Sala sobre la admisibilidad formal del recurso extraordinario de revisión interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia de primero de marzo último, por medio de la cual el Juzgado Penal del Circuito de La Mesa (Cundinamarca), al revocar la dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Anapoima, absolvió a *Jorge Enrique Pinilla Ospina* del delito de daño en bien ajeno por el que fue procesado.

Se considera:

El recurrente formula su demanda con base en las normas pertinentes del nuevo Código de Procedimiento Penal, acogiendo lo acordado por esta Sala el primero de septiembre de 1987, en el sentido de que el estatuto procesal anterior únicamente podía aplicarse para las demandas presentadas con anterioridad al primero de julio de dicho año.

Mas, como lo advirtió esta misma Corporación, "lo único que permitiría el trámite de la demanda con sujeción a lo estatuido en el código anterior, sería que se demostrara que tales normas son más favorables al condenado, como quiera que no es aplicable una nueva normatividad si ésta implica afección del derecho sustantivo o material que consagra el procedimiento..." (Auto de marzo 1º de 1988. Magistrado ponente doctor Gómez Velásquez), que es precisamente lo que sucede en el caso a estudio. En efecto:

El auto que dispuso el cierre de investigación en este proceso quedó ejecutoriado en septiembre de 1986, es decir antes de que entrara a regir el nuevo ordenamiento (1º de julio de 1987), motivo por el cual el expediente se rituó por el código anterior, Decreto 409 de 1971, dictándose sentencia definitiva de carácter absolutorio el primero de marzo del año que avanza.

Esa decisión tiene entonces el carácter de cosa juzgada, cuyas notas de inmutabilidad y definitividad, no pueden ser discutidas ni siquiera mediante el recurso extraordinario de revisión, porque el anterior Código de Procedimiento Penal únicamente lo tenía previsto para las sentencias condenatorias (art. 584).

Es verdad que el nuevo Código de Procedimiento Penal en forma expresa permite la revisión tanto de las sentencias condenatorias como de las absolutorias (art. 231, ordinales 4º y 5º), pero la aplicación de este nuevo estatuto no es posible en el caso sub júdice, *por ser norma posterior y resultar claramente desfavorable a los intereses del procesado absuelto.*

Si al proceso cuya revisión ahora se demanda se le aplicó hasta su terminación el Código de 1971, en obedecimiento al artículo 677, no se puede invocar el nuevo estatuto para "revivirlo" mediante la iniciación de otro proceso, porque indudablemente se estaría aplicando una normatividad posterior desfavorable a quien, con decisión de cosa juzgada, fue declarado inocente; es obvio que la revisión dirigida contra fallo absolutorio no puede pretender cosa distinta de que, destruida la presunción de inocencia, se condene al acusado.

En este orden de ideas, la revisión que se solicita debe ser negada.

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

Resuelve:

Desestimar el recurso extraordinario de revisión propuesto a nombre de Tobías Castro.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

1º DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

En los delitos contra el patrimonio si se adapta el concepto civil al fin y al carácter de la norma penal, no se invaden campos ajenos sino que se aplican expresiones al ámbito en el cual les corresponde actuar. Así, título no traslaticio de dominio no es sino una forma de referirse el legislador penal a los llamados títulos de mera tenencia

2º ABUSO DE CONFIANZA

Tanto el mandatario comercial civil, como el "factor" en el contrato de preposición, actúan como meros tenedores de la cosa. El Código de Comercio se refiere específicamente al abuso de confianza como delito a subsumir

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 46.

Vistos:

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de *Carlos Alberto Giraldo Gómez* contra la sentencia de 16 de diciembre de 1986, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga lo condenó a la pena principal de dieciocho meses de prisión como responsable del delito de hurto agravado.

Hechos:

En el mes de julio de 1982, el bodeguero Eloy Ramírez recibió 240 pacas de cigarrillos enviadas para su administración a la Agencia de Bucaramanga de la firma distribuidora "Jhon Restrepo A. & Cía. Ltda."; el mismo día Carlos Alberto Giraldo Gómez, quien actuaba como "factor" de la empresa en esa ciudad, dispuso la venta de la mercancía; su producido no ingresó a la compañía y sí al patrimonio de Giraldo.

De estos hechos y ante los auditores de la empresa en conversación que fue grabada, Giraldo Gómez se responsabilizó de la indebida apro-

piación comprometiéndose a reintegrar el valor de las pacas de cigarrillos.

Actuación procesal:

Iniciada la investigación se recepcionaron las declaraciones de los integrantes de la comisión auditora, se estableció técnicamente la autenticidad de la grabación magnetofónica y se probó el ingreso e irregular salida de las 240 pacas de cigarrillos con destino a una población vecina.

En indagatoria el procesado negó las afirmaciones de responsabilidad que hizo ante la auditoría de la empresa, sostuvo su inocencia y desconoció haber prometido garantizar la restitución del dinero obtenido por la venta de los cigarrillos con la hipoteca de su casa en Piedecuesta; con copia de la escritura pública se estableció que días antes de ser descubierto el desfalco, Giraldo Gómez se insolventó al transferir el dominio de este inmueble y de un automóvil de su propiedad.

Al calificarse el mérito del sumario por primera vez, el Juez Séptimo Superior de Bucaramanga sobreseyó temporalmente a este procesado; agotada la etapa de reapertura investigativa se abstuvo de proferir la segunda calificación por considerar que no se tipificaba la falsedad documental que le daba competencia, pues se trataba de un delito contra el patrimonio económico.

Avocado el conocimiento, el Juez Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad, el 29 de abril de 1986, dictó auto de proceder contra Carlos Alberto Giraldo Gómez, por el delito de hurto.

En la motivación del proveído enjuiciatorio se especificó que el pliego de cargos se hacía por el hecho punible de hurto descrito en el artículo 349 del Código Penal agravado por la confianza de que abusó el procesado para apropiarse de la mercancía, circunstancia esta que hacía aplicable el numeral 2º del artículo 351 del mismo Estatuto.

Adelantada la etapa probatoria de la causa, en la audiencia pública se recibieron las declaraciones a los exempleados de la firma "Jhon Restrepo A. & Cía. Ltda.", Santiago Luis Amaya y José María García García, quienes afirmaron que Giraldo Gómez se desempeñaba como Gerente de la agencia y como tal decidía sobre la distribución de la mercancía que llegaba y respondía por los ingresos ante la gerencia principal.

Posesionado después de proferido el auto de proceder, el defensor de Giraldo Gómez propuso la errónea calificación del delito por tipificarse un abuso de confianza; no compartió el juez de conocimiento este criterio y dictó sentencia condenatoria confirmada por el Tribunal Superior en los términos expuestos.

Contra el fallo se interpuso el recurso extraordinario de casación.

La demanda:

La causal invocada es la primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por violación indirecta de la ley sustancial pro-

veniente de falta de apreciación de la prueba documental demostrativa del ingreso de las pacas de cigarrillos a la bodega de la agencia.

Esta omisión constitutiva de error de hecho permitió al fallador aplicar indebidamente los artículos 61, 349, 351 numeral 2º y 372 numeral 1º del Código Penal, razón por la cual impetra la absolución del procesado.

No concreta el demandante las normas que el Tribunal dejó de aplicar como consecuencia de la indebida aplicación de las disposiciones precitadas, pero afirma que la conducta imputada se tipifica como abuso de confianza y no de hurto como se calificó por el juez de conocimiento y se reiteró en las sentencias de primer y segundo grado.

El recurrente para sustentar su punto de vista de que la mercancía entró a la custodia del administrador Giraldo Gómez, expone que el no aparecer registrado en los libros de contabilidad la entrada de las pacas de cigarrillos, no es suficiente para afirmar que no se recibieron; este hecho se prueba con la tornaguía de tabaco número 36083, el informe de recepción del envío y la comunicación de Protabaco S. A., documentos que no fueron valorados en el fallo.

Concepto de la Procuraduría:

Es partidario el Procurador Primero Delegado en lo Penal que se deseche la demanda por haberse invocado una causal inadecuada; la censura por error sobre la denominación jurídica de la infracción debe hacerse con fundamento en la causal cuarta como nulidad insubsanable y no por el cuerpo primero de la causal primera por error de hecho.

No obstante, expresa que debe declararse de oficio nulidad de todo lo actuado a partir del auto de proceder, inclusive, por errónea calificación del delito.

En este caso la mercancía fue recibida por Giraldo Gómez a título no traslaticio de dominio como consecuencia del contrato de preposición, el cual le daba al procesado la tenencia jurídica con la obligación de restituir, característica esta que descarta el hurto y estructura el delito de abuso de confianza; por tanto, impera calificar debidamente la conducta investigada.

Consideraciones de la Corte:

1. *Improcedencia de la causal invocada.* Por la vía del error de hecho, el casacionista ataca la sentencia impugnada por errónea calificación del delito en el auto de proceder e impetra la inocencia de su defendido. La improcedencia de la demanda es evidente:

En primer término, como lo expresa el Procurador Delegado, del contexto de la demanda aparece que el recurrente no discute la existencia del delito, sino la errónea calificación del hecho punible, que considera debió ser por abuso de confianza y no por hurto; esto sig-

nifica que equivocó la causal a invocar, pues el error se relaciona con el *nomen juris* del delito al calificar el juzgador los hechos con el nombre que corresponde a otro género delictuoso.

Cuando los hechos probados en el sumario no son calificados genéricamente conforme a la denominación expuesta por el Código Penal en su respectivo título, si este no se divide en capítulos, se incurre en nulidad de carácter legal por "error relativo a la denominación jurídica de la infracción" de conformidad con el numeral quinto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Y como lo ha afirmado la Corte, cuando se acusa el fallo por "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..." y no por la primera (Casación de abril 16 de 1986).

De otra parte, 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 deduce 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 dos 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" (Casación de octubre 5 de 1982).

Al afirmar el demandante que el procesado no cometió delito de hurto sino de abuso de confianza, reconoce que su defendido es autor de un hecho punible, razón por la cual no puede solicitar la declaración de inocencia porque de todas maneras cometió delito.

Esta confusión del demandante al invocar indebidamente la causal primera en lugar de la cuarta y además impetrar la absolución de Giraldo Gómez, impiden a la Sala ocuparse de examinar las argumentaciones del actor, y en tales condiciones no pueden prosperar.

2. *La calificación del delito.* Como ya se reseñó, el juzgado de conocimiento llamó a juicio y condenó por el delito de hurto agravado por la confianza y la cuantía de que tratan los artículos 349, 351 numeral 2º y 372 numeral 1º del Código Penal.

En el auto vocatorio a juicio no se profundiza en forma convincente en la demostración de las razones por las cuales se califica el delito como de hurto.

En el auto de proceder, a pesar de advertir el juzgado que había realizado "un detenido estudio" del caso, la argumentación para clarificar si se trata de un delito de hurto o de abuso de confianza se limitó a la transcripción de los artículos 762 y 775 del Código Civil que regulan la posesión y la tenencia, para concluir, que "la tenencia de la mercancía era accidental, y en ningún caso fiduciaria..., pues..., al procesado sólo le correspondía servir de administrador de los bienes que en tránsito pasaban por la seccional".

3. *La sentencia.* El juzgado de conocimiento y el Tribunal ratificaron la tipificación del delito de abuso de confianza con fundamentos disímiles entre sí y en relación con los expuestos en el auto de proceder.

El fallador de primer grado lo sustenta en la imposibilidad de ejercer custodia sobre la mercancía por parte del procesado, ya que esta no aparecía registrada en el kárdex de la agencia distribuidora; además, recurre a un curioso argumento temporal: Haberse vendido los cigarrillos el mismo día en que fueron recibidos.

El Tribunal por su parte acepta que el expediente está indicando con meridiana claridad que el vínculo que unía a Carlos Alberto Giraldo Gómez con Jhon Restrepo y & Cía. Ltda., lo constituía un contrato de preposición determinado como forma de mandato por el artículo 1332 del Código de Comercio.

A pesar de ello, pone de presente que no existía depósito de entrega de bienes en poder de Giraldo Gómez, sino la obligación de restituir ya las cosas cuya enajenación no se cumpliera o los dineros producto de las ventas que se realizaran en el giro de dichos negocios.

Pese a lo anterior, sostiene que la tenencia de las mercancías en poder de Giraldo Gómez era simple y puramente material y no jurídica, pues no surgía el título no traslativo de dominio, por ello el Tribunal sostiene la tesis de la tipificación de hurto agravado por la confianza, ya que las mercancías le eran entregadas a Giraldo en función de un contrato de prestación de servicios. Esto es, que termina en amplia contradicción con el planteamiento inicial de la aceptación de la preposición.

Debe también anotarse que el Tribunal determina como objeto material el dinero recibido por la venta de la mercancía y que ingresó a su haber patrimonial con perjuicio de la compañía (fls. 17 y 19).

4. *La verdadera calificación.* De lo relatado y aceptado en el proceso resulta claro que Carlos Alberto Giraldo Gómez, se desempeñaba como "factor" de la empresa "Jhon Restrepo & Cía. Ltda."; como tal cumplía funciones de adquirir y vender productos nacionales, controlar el personal bajo su subordinación y responder de los dineros concernientes al manejo de las mercancías.

Las pacas de cigarrillos fueron recibidas por el bodeguero y previa firma del respectivo comprobante ingresaron a la bodega, momento desde el cual el procesado empezó a ejercer la función jurídica de administrador; ejerciendo custodia sobre la mercancía sin depender del registro en el kárdex, situación esta que, al parecer, constituyó una maniobra para lograr la impunidad de la ilícita apropiación, que de todas maneras, sólo corresponde a un mecanismo de control interno que no tiene el poder de desvirtuar el real ingreso de la mercancía.

Dentro de este orden de ideas, la Sala estima que el proceso de subsunción efectuado en el auto de proceder y corroborado en las sentencias de primera y segunda instancia, fue equivocado, ya que los

hechos no corresponden al delito de hurto descrito en el artículo 349 del Código Penal, sino al de abuso de confianza de que trata el artículo 354 del mismo Estatuto.

5. *La interpretación de las normas privadas en el derecho penal. En el estudio de los delitos y especificamente en los que atacan el patrimonio económico, existen numerosas acepciones, conceptos y definiciones pertenecientes al derecho privado, tales como patrimonio, posesión, tenencia, cosa, bien, etc., interrogándose la doctrina si al aplicar dichos términos en el derecho penal deben entenderse con las significaciones privativas o si el derecho penal debe darles una significación, una estructuración o al menos un matiz autónomo.*

La resolución de la cuestión ha dividido a los tratadistas en diversas corrientes; estas van desde quienes sostienen el carácter meramente sancionatorio del derecho penal, razón por la cual, está destinado a aplicar las penas conservando la estructura y significacion del derecho civil, hasta los que afirman su autonomía; de acuerdo con este criterio, el penalista cuando algunos institutos encuentran su definición esencial en el derecho privado o se deduzcan de él, debe volverlos a plasmar, transformándolos de tal manera que adquieran una significación y un colorido autónomo, para los efectos penales.

Para la Sala la cuestión es eminentemente interpretativa, ya que las nociones elaboradas y acogidas por el derecho privado, las cuales estructuran los respectivos institutos jurídicos, deben constituir punto de partida para aquellos casos en que el derecho penal los toma; si la aplicación privatista da origen a contradicciones con los principios y finalistica del derecho penal, impera realizar las modificaciones que se estimen necesarias para eludir tal tropiezo; y en caso de que en las normas exista un vacío al respecto se procederá a suprimirlo, pero cuando no surja contradicción alguna se aceptará la definición del derecho privado.

Adaptando el concepto civil al fin y al carácter de la norma penal, no se invaden campos ajenos, sino que se adaptan expresiones al ámbito en el cual les corresponde actuar, y donde por razones especiales deben adquirir una particular significación o deben tomar un valor originario.

6. *Título no traslativo de dominio. Con estos presupuestos doctrinarios debe tratarse de entender cuál es el alcance de la expresión "título no traslativo de dominio" que usa el artículo 358 del Código Penal de 1980 o "no traslaticio de dominio" que usaba el Código Penal anterior.*

Nuestro Código Civil define los títulos "traslaticios de dominio" mas no los "no traslativos". Por los primeros entiende "los que por su naturaleza sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos"; además se agrega, "las sentencias de adjudicación en los juicios divisorios y los actos legales de partición".

Como secuela lógica de este planteamiento cabe entender que son títulos no traslaticios de dominio los que por su naturaleza no lo transfieren.

Dentro de este orden de ideas, es lógico concluir, que la expresión "título no traslativo de dominio" que usa el actual Código Penal o "título no traslaticio de dominio" que usaba el Código Penal anterior no es sino una forma de referirse el legislador penal a los llamados títulos de mera tenencia de que trata el artículo 775 del Código Civil.

No se trata pues, de que el legislador penal al usar la expresión "títulos no traslativos de dominio" esté creando una nueva categoría o una nomenclatura diferente distinta a la del Código Civil.

Una manera teleológica de interpretar la ley es la de entender que los títulos de mera tenencia del artículo 775 del Código Civil son los mismos títulos no traslativos de dominio a que se refiere el actual Código Penal en el artículo 358.

Basta leer la definición de esta norma para llegar a tal conclusión: Se llama mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar o en nombre del dueño.

El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, usufructuada o cuyo uso o habitación les pertenece, etc., enunciados como meros tenedores en el artículo 775 del Código Civil, carecen de título traslaticio de dominio; por tanto, no son propietarios de la cosa ni poseedores, porque no son dueños ni la tienen con ese ánimo.

En este orden de ideas, impera colegir, que el artículo 358 del Código Penal, que tipifica el delito de abuso de confianza, parte de una definición igual a la de la mera tenencia del derecho civil; por esta razón, en este caso el intérprete debe atenerse a ella, pues, las distinciones enunciadas en nuestro derecho privado respecto a este instituto están muy bien delimitadas y no se contraponen a las normas penales.

Significa este planteamiento, que los "títulos no traslaticios de dominio" del derecho civil no constituyen patrimonio exclusivo del derecho privatista sino que debe aplicarse en los demás campos del ordenamiento jurídico, siempre y cuando, la naturaleza y fin del fenómeno lo permita, conforme sucede con el derecho comercial en el cual por su estrecha vinculación con el civil no se observa razón jurídica valedera para que estos institutos no operen bajo iguales delimitaciones.

7. La naturaleza jurídica del contrato de proposición. Si se estudian tanto la normatividad comercial como la opinión de los diversos autores de esa disciplina como el derecho penal, se concluye que la preposición es una forma de mandato comercial cuyo objeto es la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo (arts. 1332 y ss. del C. de Co.). Las otras dos formas de mandato comercial son la comisión (arts. 1287 y ss. del C. de Co.) y la agencia comercial (art. 1317 ibídem*).*

La preposición aparecía ya definida en el anterior Código de Comercio (art. 435) y es una institución usual en la organización comercial sobre todo en las grandes empresas con agencias y sucursales

donde el representante legal o Gerente General, no puede mantenerse permanentemente en ellas y tiene que delegar el manejo de las actividades comerciales a persona de confianza, dándole facultades de enajenar grabar, etc.

Se deduce de la regulación existente que las características básicas de esta clase de contratación comercial es la representación del preponente por parte del factor, quien le confiere a aquél la facultad de administración en su nombre y por su cuenta de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo; pero es incuestionable, que esta contratación implica una relación de dependencia permanente a cambio de una remuneración, que son precisamente las características del contrato de trabajo.

Existe pues un contrato de trabajo unido a un mandato representativo y ninguna razón jurídica permite afirmar que aquél excluya a éste.

Para el normal cumplimiento de las funciones del factor, es menester que tenga atribuciones autónomas sobre las cosas que se le entregan para administrar.

Este contrato comercial presupone una amplia delegación de funciones y una confianza otorgada al factor; tratándose de establecimientos generalmente distantes del principal, el factor tiene como principio, facultad para fijar precios de compra y de venta de las mercancías, cantidades y condiciones, lo mismo que plazos para el pago, sin que sea menester siempre la consulta a la oficina principal.

Tiende la preposición a aplicar los principios de descentralización a la actividad privada. Ella las cumple como representante del dueño en lugar y a nombre de él. Estas condiciones de actuar por poder como dice el artículo 1332 del Código Civil, facilitan el giro normal de los negocios.

Que la preposición es una forma de mandato comercial, lo dice simplemente la ley. Que el mandatario recibe los bienes objeto de su mandato dentro del título de la mera tenencia, lo ha aceptado unánimemente la doctrina, ya que actúa en lugar y a nombre del dueño según la definición del artículo 775 del Código Civil y se colige de los dispuestos en el Código de Comercio, artículo 1262 y siguientes.

La circunstancia de que el artículo 775 del Código Civil al enunciar titulares de mera tenencia, no cite lo concerniente con el mandato, no significa ni mucho menos que no se trate de un título de mera tenencia, ya que son ejemplos didácticos dentro de la redacción propia del Código Civil y no enunciaciones taxativas.

Debe pues quedar muy claro que tanto el mandatario comercial civil, como el factor, actúan como meros tenedores de la cosa.

Son innumerables los autores que estiman que cuando el mandatario se apropia de los bienes tocantes con su relación jurídica, cometen el delito que nuestra legislación llama abuso de confianza. Entre otros puede citarse a Dante Angelotti, Le Apropiazioni Indebite, Societá Edictricie Libraria Roma, Milano Napoli, Pág. 197; José Irureta Goyena,

La Apropiación Indebida, Montevideo, 1929, Pág. 56; Ernesto J. Ure, el Delito de Apropiación Indebida, Buenos Aires, 1947, Pág. 258; Gutiérrez Anzola, Derecho Penal Colombiano, Bogotá, Página 148; Marciano Gennaro II, Titolo X del Codice Penales Italiano, Morano, Editores 1927,. Nápoli, Parte II, Pág. 3; Politoff Sergio, El Delito de Apropiación Indebida, Ed. Nascimiento, Santiago 1957, Pág. 179, etc.

Uno de los autores citados resume así la doctrina generalizada: "Sin embargo, para los efectos penales, debe entenderse que al factor se le entregan ciertos bienes para que los administre, es decir, a simple título de tenencia. Cualquier acto dispositivo que realice con bienes de su patrón, en provecho exclusivamente personal de actos de apropiación lo convierten en autor de un abuso de confianza".

Por lo demás es el mismo Código de Comercio, la norma que se refiere específicamente al abuso de confianza como delito a subsumir (art. 1336).

6. *El caso concreto.* Debe aceptarse que en este caso concreto no aparece en el expediente un contrato de trabajo celebrado entre Carlos Alberto Giraldo Gómez y Jhon Restrepo & Cía. Ltda. y que tampoco aparezca el contrato comercial de preposición coexistente con el primero.

Ello no significa ni mucho menos, que ninguno de los dos deba descartarse, porque ambos pueden acreditarse por todos los medios de prueba (arts. 1333 del C. de Co. y 54 del C. S. del T.).

La vinculación de Giraldo Gómez con la compañía Jhon Restrepo, la afirman todos los declarantes en este proceso y así lo reconocen el Presidente de la Corporación (fl. 174) y el procesado.

En el curso de la investigación, en una u otra forma, se hizo referencia a las funciones que desempeñaba Giraldo Gómez en la agencia de Bucaramnga y es en la audiencia pública cuando se logra mayor claridad al respecto.

En efecto, en esta diligencia, el testigo Santiago Luis Amaya, de la sección de ventas, afirmó sobre este punto: "Todo estaba a su cargo (se refiere a Giraldo Gómez), es decir, lo relacionado con ventas, recibo de mercancía, entrega de mercancía..., nada se hacía sin orden de él...bajo su responsabilidad estaba el inventario...y por ese inventario él respondía" (fl. 202).

Y José María García García, Jefe de Bodega, expuso: "Tan pronto la mercancía entraba a la bodega, el único responsable de ella era el señor Gerente, o sea, en ese entonces Carlos Alberto Giraldo Gómez, ...quien ordenaba los inventarios..." (fls. 203 y 204).

Además de conformidad con la certificación expedida por la Cámara de Comercio (fl. 196), no queda duda sobre la amplitud de funciones asignadas a Giraldo Gómez como Gerente de la agencia de la firma "Jhon Restrepo & Cía. Ltda.", quien estaba facultado, inclusive, "para otorgar poder de mandato y otros que fueren necesarios" en nombre de la precitada compañía.

Así las cosas, obvio resulta concluir, que las funciones asignadas a Giraldo Gómez no eran las de un simple vendedor o comisionista, sino que además de la vinculación laboral se le otorgó un mandato que le catalogu como factor, pues de no ser así, resulta inexplicable la dimensión de las funciones que cumplía para la empresa mandataria.

Se debe observar que al registrarse en la Cámara de Comercio las funciones del sucesor de Giraldo Gómez, se reiteró la facultad de factor de éste y se consignaron algunas limitaciones que no hay constancia existiese para Giraldo (fl. 197).

De todas maneras tales limitaciones no se refieren a la venta de mercancías y sí, entre otras cosas, a la facultad expresa, que como ya se reseñó, se le otorgaba a Giraldo, de conferir mandatos.

Tiene pues razón la sentencia recurrida en cuanto acepta la existencia de la proposición, mas no en cuanto desconoce los alcances jurídicos de este título no traslaticio de dominio.

No se puede, por tanto, *asimilar al factor con el trabajador que cumple con una actividad meramente material de recibir y entregar mercancía, como lo hace el Tribunal Superior* de Bucaramanga, *ya que el propósito extiende sus facultades a todos los actos relacionados con el giro ordinario de los del establecimiento que administre, incluyendo las enajenaciones que estén comprendidas dentro de dicho giro, en cuanto el preponente no le limite expresamente esas facultades, todo lo cual conlleva la facultad dispositiva sobre las mercancías que administra, obviamente, con la obligación de restituir los dineros provenientes de las ventas.*

Menos aún se puede asimilar el factor, munido de amplias facultades administrativas y dispositivas con disponibilidad jurídica, cuya voluntad es suficiente para ordenar ventas, que recibe bienes a título no traslaticio de dominio, con el caso del criado doméstico, o del celador quienes no reciben los bienes a ningún título y carecen de disponibilidad y libertad de acción.

No otra cosa hizo la sentencia recurrida al aceptar el hurto con aprovechamiento de confianza, como figura a subsumir, tipo este aplicable a los criados domésticos o celadores, pero jamás a quien le reconoce la calidad jurídica de factor, con plena libertad de acción en la disposición de los bienes (Tribunal).

9. *Dos argumentos rejutables.* La sentencia de primera instancia, sostiene que la mercancía vendida al señor Gustavo Durán, esto es, las 240 pacas de cigarrillos, ni ingresó a la empresa por no estar anotada en el kárdex.

Peligrosa esta afirmación, ya que de ella, tanto podría deducirse, como lo hace el juzgado, que se encontraba en poder del procesado sin título jurídico alguno, como podrían hacerse deducciones para desdibujar la preexistencia y propiedad de la mercancía en cabeza de Jhon Restrepo & Cía. Ltda.

Sin embargo, la verdad es que el bodeguero Eloy Ramírez es terminante en manifestar que él recibió la mercancía y le dio entrada. La observación del juzgado en nada influye, pues, en cuanto a las conclusiones que se pueden extraer.

El Fiscal del Tribunal acolitado por la sentencia de segunda instancia hace una equívoca exigencia: Faltó que el Gerente llevara una contabilidad regular de sus negocios. Ello se predica en forma concreta de Giraldo, con base en el artículo 19 del Código de Comercio.

Esta manera de raciocinar desconoce las características mismas de los contratos comerciales y mal interpreta la norma citada, pues exigiría una doble contabilidad.

En ninguna norma se exige que el factor lleve contabilidad propia, pues obra en nombre de su mandante (art. 1336 del C. de Co.) y se atiene a la que él lleve.

Al exigirse una contabilidad propia por parte de la persona natural del factor, se está haciendo una desmembración patrimonial entre el mandante y el factor.

Suficiente es la contabilidad de la empresa que él simplemente representa; las facultades del factor son las mismas del mandatario (arts. 1266 y ss. del C. de Co.) y entre ellas no se exige la de llevar una contabilidad propia distinta de aquella producida por quien reconoce ser dueño.

Estas exigencias jurisprudenciales exceden los linderos legales y se reitera que desconoce la naturaleza de los contratos comerciales.

Sostiene también el Tribunal (fl. 11) que a pesar de que existe la preposición, no había título no traslaticio de dominio "por no existir depósito ni entrega de bienes en poder de Giraldo Gómez, *sino la obligación de restituir..."*

Esta manera de raciocinar es producto de una confusión conceptual en torno a los contratos comerciales, ya que el depósito no es el único título no traslaticio de dominio, pues existen otros, como el mandato, la preposición, la comisión, la prenda, etc.

Al exigir la entrega existiendo un contrato de mandato, equivale a hacer una exigencia que el legislador no determina, pues según el artículo 2150 del Código Civil, el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario.

En ninguna parte exige la ley para que el mandato exista, que se haga entrega especial de bienes.

Tampoco se entiende el punto de vista del Fiscal del Tribunal al transcribir algún comentarista nacional que recuerda que el tenedor precario debe tener facultades de custodia y disposición de hecho, como dando a entender que en el caso a estudio no las había, cuando del acervo probatorio surge todo lo contrario, fenómeno este ampliamente aceptado por el Tribunal.

10. *El objeto material.* Debe reiterarse que según lo reconoce la sentencia recurrida (fls. 16, 17 y 19), el objeto material es el dinero

proveniente de la venta de las 240 pacas de cigarrillos a Gustavo Durán; dinero esto que por provenir de las funciones ya determinadas se recibía por el procesado a un título no traslaticio de dominio con la obligación de devolver.

11. *La nulidad.* En sentir de la Sala se ha configurado a partir del auto de proceder una nulidad que el anterior Código de Procedimiento Penal, contemplaba específicamente como error en el auto de proceder relativo a la denominación jurídica de la infracción (art. 210-5) y el código vigente conserva genéricamente como irregularidad procesal que afecta el debido proceso.

Tal nulidad debe decretarse oficiosamente y ordenarse que se reponga la actuación a partir del proveído decretado nulo.

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

Resuelve:

1. *Decretar* nulidad de todo lo actuado a partir del auto calificatorio de febrero 28 de 1986, inclusive, para que se proceda de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

2. *Ordenar* que se reponga la actuación a partir del nuevo calificatorio.

Cópiese, notifíquese y cumplase.

Guillermo Duque Ruiz, José Ignacio Talerón L., Conjuez; *Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.*

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

Para otorgarla no puede examinarse separadamente el aspecto objetivo, dejando de lado el subjetivo (art. 68 del C. P.) relacionado con la necesidad de resocialización y consecuentemente con la personalidad del procesado

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 046.

Vistos:

El Juzgado Unico Superior de Chaparral (Tolima) en sentencia de 13 de febrero de 1987 condenó a *Luis Carlos González* y a *José Ignacio Peralta Jiménez* a la pena principal de dos años de prisión, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y a la indemnización en abstracto de los perjuicios ocasionados como responsables de los delitos de falsedad y tentativa de estafa en perjuicio de los intereses de María Dolores Peralta Oviedo, sucesos ocurridos en Chaparral en el segundo semestre de 1980, y concedió en favor de los procesados el beneficio de la ejecución condicional de la condena.

Al resolver la apelación el Tribunal Superior de Ibagué, confirmó la providencia en fallo de julio 9 de 1987, con la modificación de imponer, además, una multa de dos mil pesos a los procesados y de revocar el beneficio otorgado, ordenando en su lugar su encarcelación para el cumplimiento de la pena, concediéndose posteriormente el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Luis Carlos González.

Cumplido el trámite y recibido el concepto de la Procuraduría Delegada con oposición a las solicitudes del actor, debe dictarse el correspondiente fallo.

Hechos:

Conforme a la realidad procesal fueron relatados por los falladores en la siguiente forma:

"Cuenta este proceso que María Dolores Peralta Oviedo, a partir del mes de agosto de mil novecientos ochenta (1980) y en varias oportunidades, le entregó a su sobrino José Ignacio Peralta

Jiménez, unos cheques librados en blanco contra sus cuentas corrientes de los bancos Ganadero y Cafetero de Chaparral, puesto que el prenombrado le aseguró que no serían girados por suma superiores a los veinte mil pesos y que ese dinero era para la adquisición de elementos propios para atender trabajos que adelantaba en unas mejoras dentro de unos terrenos de su propiedad, ubicados en la finca 'El Madroñal'. Su sobrino contraviniendo su voluntad, llenó los títulos valores por sumas superiores a las autorizadas, así: Cheque número 154046 por $ 300.000.oo; 154047 por $ 200.000.oo; 154048 por $ 100.000.oo; 154049 por $ 150.000.oo; 154059 por $ 3.150.000.oo, todos contra el Banco Ganadero; y 354678 por $ 150.000.oo; 354679 por $ 150.000.oo y 354680 por $ 1.150.000.oo; estos contra el Banco Cafetero. Los títulos valores significados fueron entregados por José Ignacio Peralta Jiménez, al prestamista Luis Carlos González, quien posteriormente procedió a hacerlos efectivos por la vía ejecutiva por medio de su apoderado Oscar Enrique Luna Valderrama, quien fuera enterado por el doctor Humberto Oviedo Hernández, en presencia de Jairo Espinosa Gutiérrez, de la ilicitud de dichos títulos valores, y al mismo tiempo la señora Peralta Oviedo, estuvo dispuesta a un arreglo amigable, esto es a pagar las sumas que realmente hubiera recibido Peralta Jiménez, que según su convicción no excedían de cien mil pesos. José Ignacio Peralta Jiménez, le confesó a su tía María Dolores Peralta Oviedo, que había entregado esos cheques a Luis Carlos González, por presión de éste, quien inicialmente le entregó en préstamo una suma de dinero, la que fue aumentando por supuestos intereses o comisiones y cada vez que le exigía la devolución del cheque anterior se negaba a ello mediante cualquier pretexto y esa fue la razón para que González a última hora conservara en su poder los instrumentos atrás significados. Después de iniciados los procesos ejecutivos, el propio González le ofreció a José Ignacio Peralta Jiménez, sumas de dinero para que no declarara la realidad de la negociación, pero lo hacía con el exclusivo propósito de apoderarse de los bienes de propiedad de la denunciante. Afirma la señora Peralta Oviedo, que Luis Carlos González ni Efraín Durán, han estado en su residencia y además, con anterioridad al cobro ejecutivo, ninguna persona le había cobrado esos cheques" (fl. 12, cuaderno del Tribunal).

Actuación procesal:

Calificado el proceso con enjuiciamiento por el Juzgado Penal del Circuito, el Tribunal al resolver apelación del defensor del procesado González, anuló la actuación por incompetencia por existir delito de falsedad en documento privado, competencia del Juzgado Superior.

De acuerdo con lo ordenado el Juzgado Superior de Chaparral dictó auto de proceder por el delito de falsedad en coautoría a los procesados Luis Carlos González y José Ignacio Peralta Jiménez y dispuso su detención preventiva. Al resolver apelación del defensor de González el Tribunal confirmó tal decisión; fallado el proceso y apelada la sentencia el Tribunal lo invalidó a partir del auto de cierre de la investigación.

Practicadas otras pruebas y cerrada nuevamente la investigación, se calificó el sumario con enjuiciamiento para los dos acusados por los delitos de falsedad y estafa en concurso y coautoría, disponiendo su detención preventiva. Apelado este auto por los defensores de los procesados el Tribunal al resolver el recurso lo confirmó, con la modificación de aclarar que en cuanto al delito de estafa la acusación se formulaba por tentativa y para disponer como medida asegurativa la caución prendaria. Una vez celebrada la audiencia se dictó la sentencia de primera instancia en la cual se condenó a Luis Carlos González y a José Ignacio Peralta Jiménez a las penas ya indicadas y confirmada por el Tribunal con las dos modificaciones comentadas, una de las cuales era revocar la condena de ejecución condicional otorgada a los procesados, mediante el fallo que es objeto del recurso extraordinario.

La demanda:

El actor invoca contra la sentencia la *causal primera de casación por violación directa de la ley sustancial* de acuerdo con el anterior Código de Procedimiento Penal (art. 580, numeral 1º).

El cargo único lo resume así:

> "La sentencia impugnada infringió directamente la ley, por falta de aplicación de los presupuestos que regulan el subrogado de la condena de ejecución condicional (arts. 68 y 69 del C. P.)".

Transcribe la motivación de la sentencia para revocar tal beneficio y afirma la violación directa porque el Tribunal se apoya únicamente en criterios relacionados con la naturaleza y gravedad de la infracción, su cuantía y el número de ilícitos; con lo cual desconoce la filosofía que inspiró el estatuto punitivo, que no excluye determinados delitos; para sustentar sus argumentos cita jurisprudencias de esta Sala (agosto 25 de 1986 y agosto 19 de 1987).

Afirma que el artículo 68 del Código Penal exige dos requisitos, uno objetivo, respecto al cual tiene incidencia la cuantía y el número de reatos para la graduación de la pena y señalar el límite referido. Sin que esto influya en el segundo aspecto, el subjetivo, referente a la necesidad de resocialización. Y en este caso sólo hubo tentativa de estafa, siendo ilógico que se niegue el beneficio referido por perjudicarse los intereses de la víctima.

Hace mención a la función resocializadora de la pena (art. 12 del C. P.) y que el artículo 68 del mismo estatuto contempla como derecho del procesado su suspensión cuando no se requiera tratamiento penitenciario, sin que por tanto operen los conceptos de retribución o prevención. Pues tal tratamiento se relaciona íntimamente con el de peligrosidad criminal, según los antecedentes que se aplicaron en el actual código del que se suprimió la peligrosidad social y se refiere a sus diferentes proyectos, partiéndose de la suposición de que el procesado no volverá a delinquir, eliminándose en materia de libertad condicional por estimarlo inocuo.

Se mantuvo —continúa— siguiendo la tradición, el criterio de "peligrosidad criminal" que equivale al riesgo de la reincidencia, rela-

cionada con la personalidad peligrosa. Trae a colación referencias de tratadistas en relación con la personalidad anómala y la criminal.

Y aunque algunos doctrinantes estiman que desapareció la peligrosidad, esta subsiste conforme a las distintas normas y es concepto equivalente a defensa social, buscándose resocializar a quien constituye riesgo para el conglomerado. Menciona así mismo jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a que se exige un estudio concreto sobre la personalidad del procesado, sus antecedentes y conducta (marzo 10 de 1981. Magistrado ponente doctor Reyes Echandía) y que se trata de un derecho del procesado, negándose cuando se concluya objetivamente que sólo con reclusión se obtendrá la resocialización (agosto 19 de 1987. Magistrado ponente doctor Duque Ruiz).

Sostiene que si el procesado requiere reclusión debe ubicársele bien como de personalidad anómala o criminal, circunstancia que el proceso no presenta porque las pruebas, en su criterio, llevan a deducir lo contrario, por ser "infractor primario", sin antecedentes y su conducta familiar y social no merece reparo.

Agrega que tampoco las modalidades del hecho llevan a conclusión contraria porque "no se emplearon métodos especialmente reprobables", como se desprende de la sentencia del juzgado que sólo se refiere a la preparación ponderada del hecho y al parentesco de la víctima con el otro procesado, es decir, que sólo obra la primera en su contra.

En consecuencia, solicita la invalidación parcial del fallo para decretar el subrogado denegado.

Concepto de la Procuraduría 3ª Delegada en lo Penal:

Considera que debe negarse el recurso extraordinario de casación por fallas técnicas en la demanda, por cuanto invoca la exclusión de la norma, pero admite que el Tribunal afirma el perjuicio ocasionado a la víctima y posteriormente expresa que por tratarse de tentativa no se presentó daño, lo cual implica desconocer supuestos de hechos aceptados por aquél, cuestión solamente posible a través de la violación indirecta. Y en segundo lugar, al alegar que ninguno de los factores estimados por el Tribunal están previstos conforme a la norma (art. 68 del C. P.) como base para la negativa, sólo viable cuando se trate de condenado con personalidad anómala o criminal, discute el alcance del precepto y no que el Tribunal lo hubiera ignorado o errado sobre su vigencia.

Se considera:

1º El cargo único se propone por violación directa del artículo 68 del Código Penal que consagra la condena de ejecución condicional, por falta de aplicación de esta norma, en virtud de la revocatoria dispuesta por el Tribunal de tal gracia reconocida en primera instancia.

La Procuraduría Delegada como quedó anotado, deduce diversas fallas de técnica en la presentación del cargo que conducen a su desestimación.

Sin embargo examinado el planteamiento del recurrente, se concluye que reúnen las exigencias sustanciales requeridas, por cuanto aduce la violación directa por haber omitido el fallador aplicar la norma referida, con aceptación de los supuestos fácticos afirmados por éste.

En cuanto a la afirmación del actor que no se ocasionó perjuicio resulta acorde con el hecho aceptado en el proceso y sobre el cual se produjo el fallo, de tratarse de tentativa de estafa, ya que finalmente los procesados no lograron los aviesos fines que se proponían. Aspecto por el cual no puede deducirse la expresada conclusión del Ministerio Público con el resultado pretendido, si bien puede entenderse que su observación referida alude al perjuicio ocasionado a la afectada por cuanto en forma que resulta injustificada ante lo ilícito del hecho, debió proveer a su defensa y someterse a la inquietud y zozobra que le produjo tan grave situación, afrontando las acciones civiles en su contra y promoviendo la penal, como lo requería la gravedad de las maniobras urdidas, dirigidas a despojarla de su patrimonio económico.

Tampoco podría llegarse a desestimar la demanda porque el actor discuta o desconozca supuestos normativos y no que el Tribunal hubiera ignorado la existencia de la norma (art. 68 del C. P.), como correspondería a la violación invocada. Esto por cuanto afirma que dejó de aplicarla por considerar que no se reunían los requisitos exigidos, contra lo demostrado en autos y que no es objeto de discusión ni el recurrente la propone; aunque la impugnación cabría más exactamente dentro de la interpretación errónea ya que dejó de aplicarse no por ignorarse sino porque no se le reconoció su verdadero sentido conforme a los planteamientos de la demanda.

Pero como se anotó, no puede desecharse la demanda por faltas en la alegación planteada por cuanto la sustentación del cargo contiene las razones esenciales que lo apoyan y constituyen, lo cual implica que debe examinarse.

2º *El precepto mencionado como desconocido por el fallador, además de lo relacionado con la pena impuesta, exige como requisitos para la procedencia u otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional, el que el juez pueda deducir fundadamente que el procesado, dada su personalidad, naturaleza y modalidad del hecho, no requiere tratamiento penitenciario.*

Para adoptar la decisión referida, el Tribunal hizo análisis de dichos aspectos, revocando lo dispuesto en la primera instancia. Expresó al respecto lo siguiente, citado también por el demandante:

> "...En lo relativo a la condena de ejecución condicional, que considera la Sala, no debe otorgarse a los procesados Luis Carlos González y José Ignacio Peralta Jiménez, que la pena a imponer que se ha fijado en dos años, lo permite, no acontece lo mismo con uno de los factores que exige el artículo 68 del Código Penal cual es las formalidades del hecho punible" que permitan "al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario". "Las modalidades de las conductas agotadas en el presente evento son también graves, pues se perjudicó enormemente los intereses

económicos de la victimada; se pretendió timar una suma superior a los cinco millones de pesos; y no fue uno, sino múltiples los documentos que se falsificaron, estas circunstancias no hacen aconsejables la concesión de dicho beneficio sino que por el contrario, permiten la negativa de la misma para que se cumpla uno de los fines de la resocialización que como función de la pena debe imponerse, vale decir que cumplan la sanción a imponérseles".

Si bien la norma mencionada no excluye del beneficio de la condena de ejecución condicional determinados delitos y únicamente establece la restricción relacionada con la duración de la pena cuando se trate de prisión, debe observarse que el fallador se apoyó en la gravedad, modalidades y repetición de los hechos. Entendiéndose que lo consideró improcedente, por deducir de estos mismos factores la inexistencia de los requisitos contemplados en el texto legal y más concretamente lo relacionado con la personalidad de los autores del hecho.

No puede por otra parte examinarse separadamente, como insinúa el actor, el aspecto objetivo que considera configuran las circunstancias referidas, con el aspecto subjetivo, relacionado con la necesidad de resocialización y consecuentemente con la personalidad del procesado, ya que aquellos pueden constituir indicio y revelación al respecto en forma que determine la convicción del fallador en cuanto a que no es procedente la concesión del referido subrogado penal.

Así ocurre en el presente caso, porque como ya quedo expresado, el procesado recurrente por la vía ilícita ideada, acordó con el coautor del hecho, apoderarse de los bienes de la víctima mediante actos reiterados de adulteración de los cheques que ésta, engañada expidió. Se trataba además de persona anciana y que procedió a firmar los títulos valores y llevada de su afecto y confianza en su consanguíneo. Y el procesado insistió después en llevar a cabo los ilícitos cobros, los cuales sólo pudo enfrentar la víctima suscitando la acción penal que aclaró toda esta irregular actuación. Por lo mismo no pueden estas circunstancias separarse del aspecto subjetivo —se insiste— en cuanto revelan la personalidad de los incriminados, quienes procedieron sin escrúpulo alguno, todo lo cual debe tenerse en cuenta para deducir la necesidad de resocialización mediante la aplicación de la pena, conforme lo dispuso el Tribunal.

Aunque el estatuto penal prevé el subrogado referido, sólo puede entenderse posible cuando el fallador concluye funadamente que no se requiere tratamiento penitenciario para la readaptación del incriminado, previo análisis de los antecedentes referidos y de su personalidad que aparece del conjunto de las circunstancias mencionadas que como se expresó constituyen fundamento cierto y firme al respecto.

En relación con el procesado González, se deduce que *el Tribunal llegó a la convicción de la improcedencia del beneficio indicado, estudiadas en conjunto las circunstancias anoludas, que traducen su personalidad como factor determinante para revocar el subrogado. Y debe aclararse que solamente cuando se llegue a una conclusión positiva, puede entenderse existe el derecho a tal beneficio, lo cual no ocurre en este caso y así lo determinó la Corporación citada, en atención con los antecedentes comprobados.*

Por otra parte si en verdad obra constancia de registro sin antecedentes, como lo afirma el actor (fl. 530, cuaderno 1º) algunas informaciones posteriores indican vinculación a otras investigaciones, aunque no aparezca providencia condenatoria (fls. 125, 268 cuaderno 2º). Y en cuanto a los métodos empleados para el ilícito, fueron considerados por el Tribunal, debiendo añadirse que además de la preparación del delito, operaba igualmente lo relacionado con el parentesco del coautor con la víctima, que no podía ignorar el acusado recurrente y que así mismo debe atenderse en cuanto al hecho delictivo.

A lo anterior debe sumarse que el fallador goza de amplia facultad de apreciación en cuanto a las circunstancias que determinen la aplicación del artículo 68 del Código Penal. A propósito la Sala sobre esta materia dijo:

"Lo anterior significa que la ley concede al juez amplia facultad para examinar las circunstancias del hecho la personalidad del procesado a efecto de determinar si ante el delito sometido a su consideración, es procedente el subrogado penal mencionado, el que puede decretar cuando llegue a la conclusión razonada y fundada de que debe aplicarse en atención a la gravedad y modalidades de los hechos y a la personalidad que revela el incriminado, con base en las informaciones procesales existentes. Por manera que dada la amplitud de esta facultad, en términos generales resulta difícil admitir que violó la ley al adoptar su decisión para negar o reconocer dicha gracia, especialmente cuando su decisión aparece con argumentos suficientes..."

"En cuanto a la amplitud de apreciación del fallador en relación con los requisitos para conceder la condena de ejecución condicional, existe reiterada jurisprudencia de esta Sala. Como la reglamentación del subrogado mencionado no varió sustancialmente en la nueva norma, puede citarse la sentencia de casación de 7 de abril de 1981" (Sentencia de mayo 7 de 1987).

Y en reciente oportunidad se expresó:

"Conviene enfatizar al respecto, que el artículo 68 del Código Penal preserva un juicio de probabilidad o cierta facultad discrecional de la condena, arbitrio del que no puede usarse en forma ilimitada sino supeditado a la existencia de circunstancia y valoraciones atendibles, demostrativas de una recta y acertada adopción. Por eso, le ordena la ley consultar la personalidad del sindicado, la naturaleza y modalidades del hecho, a fin de formarse un juicio razonable, si requiere o no tratamiento penitenciario".

"Cuando el juzgador, atendidas estas recomendaciones concluye adversamente al otorgamiento de este beneficio, no es procedente entender que un razonamiento contrario sirva para demostrar eficazmente la 'interpretación errónea' de la norma sustancial aplicada" (Sentencia de julio 22 de 1987. Doctor Carreño Luengas).

Conforme a lo expresado, no puede admitirse el cargo puesto que el Tribunal concluyó con razones suficientes la improcedencia de la condena de ejecución condicional.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL

No es el cumplimiento objetivo de los requisitos señalados en el artículo 72 del Código Penal lo que permite la viabilidad del subrogado, sino la evaluación razonada que haga el juez sobre los factores subjetivos, especialmente sobre su personalidad

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 046.

Vistos:

Esta Sala en providencia de 29 de junio del presente año, negó a los procesados *Edgar Darío Guevara Torres* y *Jorge Humberto Guerrero Reyes* el beneficio de libertad provisional con fundamento en los presupuestos del artículo 72 del Código Penal, esto es, el subrogado de la libertad condicional.

Contra esta decisión el primero de los nombrados interpuso el recurso de reposición al considerar que el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena y acreditada la buena conducta dentro del establecimiento carcelario y la ausencia de antecedentes penales y de policía, es procedente la excarcelación del procesado, sin que sea permitido negarla so pretexto de la gravedad y modalidades del hecho punible.

Al recurso se le dio el trámite previsto en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual se procede a decidir lo que legalmente corresponda.

Consideraciones de la Corte:

El artículo 72 del Código Penal exige el cumplimiento de las dos terceras partes de la sanción privativa de la libertad que se le imponga al procesado en sentencia definitiva y, además, que los antecedentes de todo orden, la personalidad y el comportamiento del procesado en el establecimiento carcelario, permitan al juez suponer fundadamente su readaptación social.

Quiere decir lo anterior que no es el cumplimiento objetivo de los anteriores requisitos lo que permite la viabilidad del subrogado, sino la evaluación razonada que haga el juez sobre los factores subjetivos,

Esta, se refleja por sus antecedentes personales, de familia y sociales; por su persistencia en el delito; por las modalidades del hecho y por todas aquellas circunstancias agravantes o atenuantes que rodean el hecho criminoso.

Por ello, la Sala sigue pensando que aquellos procesados que recurren al secuestro, a la extorsión, al terrorismo, entre otros, merecen mayor drasticidad en su tratamiento penitenciario, pues dichas conductas constituyen la más preocupante amenaza para las instituciones de la República y la tranquilidad ciudadana.

Por tal motivo, la providencia recurrida deberá mantenerse para que el procesado cumpla la totalidad de la sanción impuesta por la Corte en fallo sustitutivo de fecha 10 de junio del presente año.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *no repone* su providencia de 29 de junio último, por medio de la cual se le negó al procesado Edgar Darío Guevara Torres el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA

El error de adecuación típica comprende dos aspectos íntimamente relacionados: La aceptación de que el procesado no es inocente y la necesidad de que la demostración del verdadero delito se haga en el terreno probatorio y jurídico

Corte Suprema de Justaicia.— Sala de Casación Penal. - Bogotá, D. E., diecinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 46.

Vistos:

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Aduanas el 14 de julio de 1987, reformatoria de la emitida por el Juzgado Superior de Aduanas de Ipiales, que condenó a los procesados *Miguel Felipe Garrido Surdi* o *"Sardo"* y *Antonio José Izquierdo Ayala* como responsables de los delitos de contrabando de primer grado y uso de documento público falso y a *María del Socorro Pastas de Chingal* y *José Vicente Chingal* como coautores de contrabando de primer grado en concurso homogéneo, interpuso oportunamente el defensor del primero de los nombrados recurso de casación que la Corte procede a resolver, agotada como se encuentra la correspondiente tramitación.

Hechos y actuación procesal:

La mañana del tres de marzo de 1983, agentes del DAS de la Seccional de Pasto, interceptaron el camión marca Fiat de placas MC-9850 conducido por el señor Carlos Arturo Galvis quien viajaba de Ipiales a Cali transportando 650 cajas de manteca de procedencia ecuatoriana con destino a la firma "Felipe Garrido Sardi y Cía.", procediendo a su decomiso.

El conductor del vehículo exhibió fotocopia autenticada del Manifiesto número 013660 de la Aduana de Ipiales y la guía de embarque a nombre del agente de aduanas Roberto Pérez y Cía. Ltda. documentos que resultaron apócrifos.

Por estos hechos, el Juzgado Superior de Aduanas de Ipiales mediante providencia de 11 de febrero de 1985 llamó a responder en juicio a los sindicados Felipe Garrido Sardi y Antonio José Izquierdo Ayala por el delito de contrabando de segundo grado en conexidad con el

de falsedad en documentos y a María del Socorro Pastas de Chingal y José Vicente Chingal como coautores del primero de tales ilícitos.

Apelado dicho pronunciamiento, el Tribunal Superior de Aduanas le impartió confirmación, modificando la decisión impugnada en el sentido de atribuirle a los cuatro procesados el delito de contrabando de primer grado que describe el artículo 4º, numeral 2º de la Ley 21 de 1977, aclarando que Garrido Sardi e Izquierdo Ayala debían responder como coautores de ese delito, en concurso con el de falsedad material de particular en documento público, agravado por el uso y falsedad en documento privado (fls. 907 a 935 del expediente).

Argumentó el Tribunal que el cambio en la adecuación de la conducta investigada surgía de un conjunto de hechos indiciarios de variada naturaleza (dictamen pericial, confesión, documentos y prueba testimonial) que valorados en su gravedad y coherencia demostraban sin ninguna dubitación que la mercancía de procedencia extranjera había sido importada al país por los procesados sin presentarla a las autoridades aduaneras para su nacionalización o eludiendo la intervención de las mismas destacando como tales las conclusiones del perito aforador, las manifestaciones de los testigos Salomón Gutt, Gladys Obando, Jesús Alfonso Ayala Coral, Simón Bastidas, Luis Alfonso Sierra López, Luis Alfredo Almeyda y Marcial Benavides Tovar "en quienes por parte alguna se observa interés en mentir o circunstancia que demerite su credibilidad" y las explicaciones dadas por los sindicados Carlos Arturo Galvis, Antonio José Izquierdo Ayala y Socorro Pastas de Chingal.

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública, el juzgado del conocimiento puso fin a la instancia condenando a los procesados por los delitos materia de enjuiciamiento, entre ellos, a Miguel Felipe Garrido Sardi a la pena de 42 meses de prisión y $ 630.000.oo de multa, fallo apelado ante el Tribunal Superior de Aduanas y por éste confirmado rebajándole la pena a 40 meses de prisión y $ 200.000.oo de multa, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

Con fundamento en la causal cuarta de casación contemplada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior, se acusa la sentencia por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad de orden legal (art. 210-5 *ibidem*) consistente en haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, reparo que el demandante sustenta en las siguientes consideraciones:

El Tribunal Superior, obrando "con más ligereza que profundidad", erró en la estimación de las pruebas aducidas al sumario yerro probatorio que lo llevó a variar la adecuación típica de la conducta imputada a su representado ubicándola en el tipo penal del contrabando de primer grado descrito en el numeral 2º, artículo 4º de la Ley 21 de 1977 al dar por demostrado, sin estarlo, que Miguel Felipe Garrido Sardi introdujo al país mercancías de procedencia extranjera sin presentarla a las autoridades aduaneras para su nacionalización o

A esta conclusión llega el censor, después de criticar los medios probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal calificador para subsumir la conducta investigada dentro del mencionado tipo penal, entre los cuales, el dictamen técnico del perito aforador, las explicaciones vertidas por los cosindicados Garrido Sardi, Izquierdo Ayala y Socorro Pastas de Chingal y las declaraciones rendidas por Salomón Gutt, fabricante ecuatoriano de la manteca incautada, Gladys Obando, Jesús Alfonso Ayala y Simón Bastidas, pruebas que en su opinión fueron equivocadamente apreciadas al asignárseles un valor de convicción que no tienen por las contradicciones y vacíos que presentan y la poca credibilidad que merecen las afirmaciones de los deponentes.

"Los elementos probatorios referidos —agrega— fueron los tenidos en cuenta por el juzgador como creíbles y razonablemente aceptados para tipificar el contrabando de primer grado, pretendiendo con ellos establecer que Felipe Garrido Sardi había adquirido la manteca en Tulcán para transportarla a Ipiales y establecer así la acción que representa el verbo rector de la conducta. Pero esos testimonios a más de no ser creíbles por las razones expuestas, no permiten deducir los presupuestos de la providencia calificatoria y trasladados a la sentencia recurrida".

Luego, expresa que la atipicidad del comportamiento endilgado al procesado recurrente emerge de un amplio acopio probatorio representado por los testimonios del conductor del vehículo interceptado y el fabricante de la mantoca incautada Salomón Gutt, las versiones suministradas por los sindicados Segundo Froilán Pinchao, Antonio Izquierdo Ayala y la propia Socorro Pastas y otras probanzas, conforme a las cuales "se demuestra fehacientemente que el señor Felipe Garrido Sardi, como lo aceptó en sus últimas intervenciones, adquirió por medio de sus dependientes manteca de procedencia ecuatoriana por compras a Socorro Pastas realizadas en Ipiales. Demuestra lo anterior, que dicho señor no importó al país elementos o mercancías de ninguna clase omitiendo la intervención de las autoridades aduaneras".

Solicita casar la sentencia recurrida invalidando el proceso a partir inclusive, del auto de 22 de mayo de 1985 por medio del cual el Tribunal Superior de Aduanas calificó el hecho como constitutivo de contrabando de primer grado.

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se opone a las pretensiones del libelista, solicitando que no se case la sentencia porque las argumentaciones del recurrente encaminadas exclusivamente a demostrar la atipicidad del comportamiento asumido por el acusado por no encontrarse probado que hubiera importado mercancía de procedencia foránea, dejan expósito de comprobación el verdadero delito cometido.

"Tal modo de desarrollar la censura —arguye— evidentemente deja de lado un extremo de la impugnación, como quiera que no se

contempla en la argumentación de modo específico y concreto el delito verdaderamente acontecido y para el cual concurren claramente todos los elementos del tipo penal. La lectura de la demanda evidencia que el casacionista predica primordialmente la atipicidad del comportamiento objeto de juzgamiento frente al contrabando de primer grado (raciocinio que en sede extraordinaria debe realizarse a través de la causal primera (sic), para en consecuencia terminar solicitando se decrete la nulidad del proceso a partir del auto de proceder, sin señalar cuál debe ser la calificación correcta o cuál el delito cometido".

Puntualiza además, que la calificación de la conducta investigada fue objeto de amplio debate en las instancias y que el Tribunal Superior le atribuyó al sindicado Garido Sardi "la calidad de importador calidad compartida con María del Socorro Pastas de Chingal, quien inicialmente se dedicaba en forma independiente al ilícito negocio", conclusión a la que llega basado en apreciaciones reales y objetivas extraídas del caudal probatorio las que permiten encuadrar dicho comportamiento en el tipo penal que describe el delito de contrabando de primer grado.

No se evidencia entonces, error manifiesto en la adecuación de la conducta al caso probado, pudiendo el fallador, conforme a posición jurisprudencial que cita (sentencia de 30 de julio de 1986) "llegar a condenar por contrabando de segundo grado, en caso de que el acervo probatorio permitiera tal postura procesal".

Consideraciones de la Corte:

Es incuestionable, que un enjuiciamiento por delito distinto de aquél que cometió el procesado, resulta error protuberante que el anterior Código de Procedimiento Penal elevaba a la categoría de nulidad (art. 210-5º ibídem), porque equivalía a imputar una delincuencia desavenida con las pruebas aportadas al sumario.

También lo es, que todo error en la denominación jurídica de la infracción supone la existencia de un delito distinto al que determinó el enjuiciamiento y la condena, siendo imperativo para el impugnador probar en tal evento dos extremos: Primero, que el delito o delitos por los cuales se hizo el llamamiento a juicio no se tipifican y segundo, que es otro muy distinto el que de manera inequívoca se cometió según las pruebas recaudadas, es decir, que este específico motivo de nulidad sólo opera cuando los hechos configuran un ilícito diferente a aquél por el cual se llamó a responder en juicio.

El error de adecuación típica, comprende dos aspectos íntimamente relacionados: 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. Es en definitiva, un error de interpretación del material probatorio o de la norma sustancial que describe el delito aplicable al caso concreto alegable siempre como específico motivo de nulidad dentro del marco de la causal cuarta de casación, lo que pone de manifiesto que no se trata de una simple equivocación sino de un desatino lógico y jurídico que hace aberrante la decisión impugnada.

Se recuerdan estas orientaciones jurisprudenciales sobre el tema debatido, fatigosamente repetidas por la Sala en múltiples decisiones porque la Procuraduría Delegada alude a ellas y porque de su cabal entendimiento depende el éxito o fracaso de la pretensión del libelista.

En el presente caso, el demandante desatendiendo tales principios orienta sus argumentaciones a demostrar exclusivamente que la calificación de contrabando de primer grado hecha por el Tribunal Superior de Aduanas no puede subsumirse en el tipo penal descrito en el numeral 2º, artículo 4º de la Ley 21 de 1977, porque no aparece probado como debió serlo, que Garrido Sardi hubiera importado al país la mercancía incautada, sin presentarla a las autoridades aduaneras para su nacionalización o eludiendo la intervención de las mismas, sino por el contrario, que dicha mercancía la adquirió de Socorro Pastas en la ciudad de Ipiales, por lo que su conducta resulta ser atípica, conclusión a la que se llega a través de un planteamiento probatorio de los elementos de convicción tenidos en cuenta por el Tribunal calificador, para adecuar la conducta al tipo penal correspondiente, anteponiendo sus personales puntos de vista a los del juzgador, respecto al valor que arrojan determinados medios probatorios.

Pero por ninguna parte insinúa ni aduce razonamientos tendientes a comprobar que el comportamiento de su asistido configure otra ilicitud, diferente a aquella por la que fue juzgado y condenado pues toda la argumentación se concreta a establecer su inocencia por atipicidad de la conducta imputada.

Y en el caso de que fueran correctas sus afirmaciones en ese sentido, el reproche formulado a la sentencia resultaría de todas maneras fallido, como advierte la Procuraduría Delegada porque se omitió demostrar en el terreno probatorio y jurídico la existencia del verdadero delito.

La Sala comparte la calificación jurídica dada a los hechos por el Tribunal Superior de Aduanas toda vez que de las pruebas aportadas al sumario, valoradas en su conjunto, armonía y coherencia, emerge la evidencia inconstrastable de que el sindicado Garrido Sardi, en colaboración con Antonio José Izquierdo y María del Socorro Pastas de Chingal, introdujo al país, desde Tulcán (Ecuador) la mercancía de procedencia extranjera, eludiendo todo control aduanero sobre las mismas, adecuando de tal manera su conducta al tipo penal que describe el contrabando de primer grado.

El esfuerzo del recurrente por destacar la equivocación del Tribunal al calificar como delito lo que no tiene dicha connotación se limitó al planteamiento de posibles errores en la apreciación de los elementos probatorios, sobre la base de enfrentar su personal criterio a las razonadas y lógicas conclusiones a que llegó el juzgador en cuanto al mérito de convicción que arroja el material probatorio, sin lograr demostrar que tales yerros, si los hubo, fueron determinantes de una incorrecta calificación de la conducta investigada.

No prospera la impugnación.

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 y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida a nombre del procesado Miguel Felipe Garrido Sardi, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengás, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Anselmo Chaves Narváez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

NARCOTRAFICO. TRANSITO DE LEGISLACION

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

No son acertadas las pretensiones para que se tome de la Ley 30 de 1986 la descripción de la conducta contenida en el artículo 33 y del Decreto 1060 de 1984 —modificatorio del Decreto 1188 de 1974—, la sanción correspondiente. Porque la escogencia de uno de los dos preceptos obliga su aplicación total por tratarse de un solo tipo penal que no admite disección para tomar de él solamente lo favorable y conjugarlo con lo favorable de otro

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 046 del 19 de julio de 1988.

Vistos:

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Neiva, mediante sentencia de fecha dieciséis (16) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987), condenó a la señora *Alba Luz Useche de Torres* a la pena principal de tres años de prisión y cinco mil pesos de multa, como responsable del delito tipificado en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974. Recurrido el fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva modificó la cuantificación punitiva, e impuso a la procesada la pena principal de seis años de prisión y multa de cien mil pesos, atendiendo las prescripciones del mismo Decreto 1188 de 1974, modificado por el número 1060 de 1984, vigente al momento de la realización de los hechos juzgados.

Contra esta última determinación se interpuso el recurso extraordinario de casación y concedido que fuera, se presentó la demanda en debida forma. A su resolución procederá la Sala.

Hechos:

El día primero de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro, y atendiendo una orden de allanamiento expedida por el Juzgado Sesenta y Seis de Instrucción Penal Militar, personal del Departamento de Policía Huila penetró a la residencia de la señora Alba Luz Useche

de Torres, y en ella encontró una cantidad de base de coca (basuco), cuyo peso neto total arrojó posteriormente ciento treinta y seis (136) gramos.

La acusada, en sus intervenciones procesales, reconoció ser la portadora del alcaloide, si bien alegó a su favor circunstancias económicas apremiantes que la impulsaron a la realización de la conducta delictiva.

Actuación procesal:

El Juzgado Sesenta y Seis de Instrucción Penal Militar, en auto de fecha tres de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro, inició la investigación penal.

Dentro de la instructiva, se vinculó mediante indagatoria a la procesada Alba Luz Useche de Torres, como se dijo, reconoció ser la portadora de la sustancia incautada en su residencia, afirmó que tanto su esposo como los demás habitantes de la residencia desconocían su actividad ilícita, la cual apenas pretendía llevar a cabo, toda vez que no había vendido parte alguna del alcaloide, el cual, además, había recibido de manos de un señor a quien identificó como Pedro, amigo de su primo Aldemar Ramírez. Alegó igualmente que desde hace varios meses su esposo no recibe pago de sus servicios como chofer, razón por la cual debió asumir la implicada la carga de los gastos del hogar, situación esta que la puso en apremiantes circunstancias económicas, con elevadas deudas habida consideración de sus ingresos, y la necesidad de atender a sus pequeños hijos, uno de ellos de pocos días de nacido el día de su captura.

A más de la ratificación que se recibiera a los agentes del orden que participaron en el allanamiento, se recaudaron múltiples testimonios solicitados por el apoderado de la incriminada, según los cuales ésta debía efectivamente satisfacer las necesidades del hogar, ante lo cual debió asumir varias deudas, porque el dinero que recibía por concepto de salarios como Directora de la Escuela Artesanal de Palermo (Huila), no eran suficientes para cubrir los gastos.

En auto de cinco de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro, el Juzgado 66 de Instrucción Penal Militar decretó la detención preventiva de la acusada, si bien concedió a la misma la libertad provisional bajo caución, al suspender la detención preventiva teniendo en cuenta el poco tiempo transcurrido entre su captura y el momento de su último parto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 673 del Código de Procedimiento Penal.

En proveído de veinte de agosto de mil novecientos ochenta y seis el Comando de la Novena Brigada del Ejército Nacional ordenó la remisión del expediente a los Juzgados Penales del Circuito, por haber entrado en vigencia la Ley 30 de 1986, que suprimió la competencia que para estas materias venía siendo adscrita a la justicia penal militar.

Por auto del tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Neiva declaró

cerrada la investigación, y luego en auto del seis de mayo de mil novecientos ochenta y siete llamó a la acusada a responder en juicio criminal.

Tramitada la etapa del juicio conforme a la ley, se dictó el fallo de primer grado, y apelado que fuera éste, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva confirmó la sentencia de condena, modificando la cuantía de la pena principal impuesta. Contra esta determinación, se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se resuelve.

La demanda de casación:

Con base en la causal primera de casación —infracción directa por aplicación— indebida el censor formula un solo cargo contra la sentencia. El fundamento del mismo lo hace consistir en el hecho de que el Tribunal, al tasar la pena, no aplicó el contenido del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 que asigna al delito juzgado una sanción de cuatro (4) a doce (12) años de prisión, ni el artículo 301 del Decreto 050 de 1987 que estipula una rebaja de pena para el procesado que confiese en su primera versión.

Por el contrario, dice el recurrente, el fallador de segunda instancia aplicó indebidamente el artículo 2º del Decreto 1660 de 1984 (en alusión, obviamente al Decreto 1060 del citado año), en cuanto con base en él dedujo la pena imponible a la acusada.

Argumenta el demandante, entonces, que se debe aplicar el contenido del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 que prescribe pena mínima de cuatro años de prisión, con prescindencia de lo dispuesto en el literal c) del artículo 38 de la misma ley, por ser éste desfavorable a la procesada, y a más de ello, se debe reconocer la aplicación del artículo 301 del Decreto 050 de 1987, reconociendo la rebaja de pena que correspondería en virtud de la confesión hecha por la señora Useche de Torres.

La respuesta del Ministerio Público:

En su concepto de fondo el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal de manera concisa señala cómo la llamada *"lex tertia"* no ha tenido acogida dentro de la legislación ni la jurisprudencia nacionales, por tratarse de un híbrido entre dos legislaciones diversas de las cuales se pretende tomar lo más favorable al procesado, de cada una de ellas, para construir una tercera norma no querida por el legislador.

Afirmó igualmente que, estando vigente para la época de los hechos el Decreto 1660 de 1984 (en alusión al Decreto 1060 de dicho año), la pena se ha debido cuantificar de conformidad con este ordenamiento, que resultaba más favorable para la procesada que el de la Ley 30 de 1986, vigente ya al momento de la sentencia.

Finalmente, en torno a la reducción de la pena por confesión, se pronunció adverso a las pretensiones del recurrente, habida conside-

ración de que la procesada fue capturada en flagrancia. A su juicio, entonces, la demanda no prospera.

Consideraciones de la Sala:

Evidentemente, tal como lo señaló el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, el censor está intentando a través de su ataque, la creación de una ley que resultaría de la combinación de dos disposiciones totalmente diferentes en cuanto al momento de su expedición y que, por ello, se excluyen mutuamente.

No cabe duda que, si como lo pretende el casacionista, el fallador se equivocó al seleccionar la ley aplicable al caso materia de juzgamiento, se debe aceptar el contenido íntegro de la norma que se demanda, no solamente en cuanto a su descripción típica, sino, lo que es más importante aún, en cuanto a la penalidad señalada para la conducta sometida a juicio. Si se examina con detenimiento la situación, fácilmente se advierte en este caso que la ley vigente al momento de la comisión del hecho ilícito lo era el Decreto 1188 de 1974, modificado en cuanto al monto de la pena por el artículo 2º del Decreto 1060 de 1984, esto es, que la conducta descrita en el artículo 38 del primer Decreto citado, debe ser sancionada por la cantidad establecida en la norma 2ª de la codificación últimamente mencionada, integrándose así el precepto sancionador a través del supuesto de hecho contenido en una normatividad, y la pena determinable por medio de otro estatuto. De esta forma, procedió el Tribunal de segunda instancia, corrigiendo así la inaplicación del Decreto 1060 de 1984 en que había incurrido el juzgado de primer grado quien solamente graduó la punibilidad con base en el contenido del Decreto 1188 de 1974, ya modificado por el 1060 al momento de cometerse la infracción, y que por tanto era de forzosa aplicación al caso en estudio.

Nótese, sin embargo, que para nada discute, el censor, el llamado que el Tribunal hiciera del Decreto 1060 de 1984 para la graduación punitiva, como sí lo hace luego, con inconsistencia, al haberse negado a aplicar la Ley 30 de 1986.

Frente a esta última regulación, reclama el demandante la aplicación parcial de ella, porque pide que solamente se tome el presupuesto de hecho y parte de la punibilidad asignada, con desconocimiento de las circunstancias modificatorias de la pena.

El tipo penal, como se sabe, es la abstracta descripción que de una conducta reprochable hace el legislador, y a la cual asigna, como consecuencia lógica, una sanción más o menos grave de acuerdo con las circunstancias que él mismo ha evaluado. Así, dentro de la técnica legislativa utiliza descripciones que entrañan precepto y sanción, otras más complejas en las cuales añade circunstancias especiales de tiempo, modo, lugar, cuantía, etc., y otras que se denominan tipos penales en blanco sancionatorios, que contienen una referencia a la sanción, y remiten, para su completud, a otra definición de la conducta. Así, en la Ley 30 de 1986 se utilizó esta técnica legislativa y, describiendo la conducta básica en el artículo 33, se asignó a ésta una pena determinada que para nuestro caso cubre el lapso de 4 a 12 años de prisión, consti-

tuyéndose este artículo en el tipo básico de incriminación. Empero, y dada la gravedad del hecho, el propio legislador consideró necesario crear un tipo subordinado en el cual se sancionara más gravemente la conducta, dadas las especiales condiciones del sujeto agente de ella; por lo mismo, en el artículo 38 se creó una nueva norma que, siendo básicamente idéntica a la del artículo 33, exige condiciones especiales en el actor, pero que implica también una mayor sanción, dando origen a otro tipo penal diferente, pero íntegro.

Por ello, le asiste razón al Colaborador Fiscal cuando considera que es imposible acceder a las pretensiones del censor, para tomar de la Ley 30 la descripción de la conducta contenida en el artículo 33, y del Decreto 1060 de 1984 la sanción correspondiente a ella. El enfrentamiento es, entonces, entre dos leyes dispares que se pueden concretar de la siguiente forma: La primera, configurada por el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y el artículo 2º del Decreto 1060 de 1984, cuyo contenido sería: "El que sin permiso de autoridad competente introduzca en el país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, elabore, venda, ofrezca, adquiera o suministre a cualquier título, marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquiera otra droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, incurrirá... (art. 38 del Decreto 1188 de 1974), en presidio (prisión, aclara la Sala) de seis (Decreto 1060 de 1984, art. 2º) a doce años y en multa de cien mil a diez millones de pesos (Decreto 1060 de 1984)". La segunda de las leyes, conformada íntegramente por la Ley 30 de 1986 a través de sus artículos 33 y 38, tendría como texto: "El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá (art. 38), en prisión de ocho a doce años y multa en cuantía de diez a cien salarios mínimos cuando el hecho se realice por parte de quien desempeñe el cargo de docente o educador de la niñez o la juventud (arts. 33 y 38)".

De esta forma, son dos pues los preceptos configurados y de posible aplicación; la escogencia de uno obliga a su aplicación total por tratarse de un solo tipo penal que no admite disección para tomar de él solamente lo favorable y conjugarlo con lo favorable del otro, razón que lleva a concluir que ninguna violación directa a la ley cometió el Tribunal fallador en la sentencia de segundo grado, sino que, respetando los preceptos básicos de interpretación de la ley y las normas promulgadas, procedió correctamente al seleccionar la norma que consideró más favorable al procesado.

En cuanto a la falta de aplicación del artículo 301 del Decreto 050 de 1987 a que alude el demandante, y que en verdad constituye otro cargo contra la sentencia atacada, comparte la Sala las apreciaciones del Colaborador Fiscal, y renueva sus argumentos expuestos en proveídos anteriores, según los cuales no procede el reconocimiento de rebaja de pena cuando el procesado ha sido capturado en flagrancia, toda vez que el citado artículo expresamente exceptúa tales situaciones, por las razones que ya tantas veces se han mencionado en decisiones de esta Sala.

Pues bien, previa la orden de allanamiento, las autoridades penetraron a la residencia de la acusada Useche de Torres, y dentro de ella hallaron sustancias de prohibida tenencia y comercio, constituyéndose de esta forma la situación de flagrancia en el delito. Si el artículo 301 del Decreto 050 de 1987 excluye la rebaja de pena para estos casos, obvio resulta concluir que no es posible ir en contra de la disposición procesal comentada e imponer a la procesada una sanción que no le corresponde de acuerdo con la legislación quebrantando el principio de normatividad de las penas, de consagración legal y constitucional.

La demanda no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

1º REVISION

Para que la revisión pueda remover los efectos de inmutabilidad e irrevocabilidad propios de la sentencia que tiene el carácter de "res iudicata" es indispensable que por el recurrente se invoque y se ponga en evidencia, una cualquiera de las causales que taxativamente señala el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal

2º USURPACION

Conviene precisar, como ya lo ha hecho la doctrina nacional que la "posesión que otro tenga de un inmueble no debe entenderse en el sentido jurídico que le da el artículo 762 del Código Civil, sino en su sentido natural que comprende no sólo la posesión propiamente dicha sino la simple tenencia"

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada: Acta número 46 de julio 19 de 1988.

Vistos:

Se pretende la revisión de la causa adelantada contra *Benigno Enciso Lozano*, a quien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (noviembre 13 de 1986), confirmara en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Girardot (agosto 5 de 1986), que lo condenó a la pena de ocho (8) meses de prisión y a las accesorias de rigor, como autor material del hecho punible de "perturbación de la posesión sobre inmueble" (art. 368 del C. P.).

La validez de los fallos condenatorios la controvierte el recurrente al amparo de las causales 2ª, 3ª, 4ª y 5ª del artículo 231 del actual estatuto procesal penal, así:

Causal 2ª. "La querella, afirma el censor para que tuviera el carácter de validez, tenía que hacerse directamente por la persona que acreditara su interés como propietaria del inmueble. En el curso de este proceso, de acuerdo con la ley, la única persona que podía iniciar la querella era el representante legal de la Fundación 'Casa San Caye-

tano para Ancianos de Tocaima', o sea el doctor Gabriel Rosas López, y como la denuncia fue formulada por la síndica de aquella institución, la acción penal se inició y culminó con fundamento en una querella ilegítima".

Causal 3ª. Consistente en que con posterioridad al fallo condenatorio contra Enciso Lozano, por escritura número 206 del 25 de abril de 1986, se protocolizó ante la Notaría Única de Tocaima el proceso de sucesión testada del causante Juan Nepomuceno Cifuentes Murillo, en el cual se le adjudicaron al procesado Benigno Enciso Lozano en su condición de único heredero testamentario a título universal del extinto, todos los créditos que conformaban el activo de la sucesión.

Causal 4ª. La fundamenta el actor en "el hecho que, con posterioridad a la sentencia condenatoria, se demuestra que la decisión fue determinada por un hecho delictivo de los jueces y de terceros".

Afirma el recurrente que al proferir el fallo condenatorio de primer grado, la Juez Penal del Circuito de Girardot incurrió en prevaricato, toda vez que le dio pleno crédito a testimonios que no lo merecían, y además "los jueces en los trámites del proceso, han desarrollado una conducta contraria a la ley. No dieron trámite a los memoriales de solicitud de prueba, negaron recursos, el trámite de recusaciones, el trámite del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por inexistencia del delito; la notificación extemporánea de la providencia del cierre de investigación al Agente del Ministerio Público, hecho que impidió el recurso contra la providencia, según manifestación que consta en el expediente".

Causal 5ª. La sentencia condenatoria fue proferida con base en testimonios falsos.

Hechos por los cuales se condenó:

En los fallos de instancia se condensó el episodio delictivo que dio lugar al fallo condenatorio en los siguientes términos:

"Según la denuncia formulada por la señora Omaira Rodríguez el 3 de octubre de 1983 ante la Inspección de Policía de Tocaima, ocurrieron (los hechos) en el perímetro urbano del mismo lugar el 30 de septiembre de ese año. Relata que estando debidamente autorizada y en posesión de la casa de la calle 3ª número 8-66, de la cual tenía sus llaves, pues debería —conforme a la autorización referida—, arrendarla y el valor de los cánones respectivos pasarlos al ancianato del municipio quien es su propietario, pero ese día se sorprendió al pasar por frente a ella y observar que se estaban realizando algunos trabajos ordenados por Benigno Enciso, con los cuales se había derribado algunas paredes y puertas e igualmente se advertía la violación de la habitación donde el presbítero Isidro Peña guardaba objetos personales, elementos que fueron sacados al patio sin su consentimiento. Agrega que la casa la recibió de manos de Carlos William Franco Badillo quien le entregó las llaves y cuando Benigno Enciso se enteró de ello procedió a quitar la chapa y colocarle un candado alegando que tenía la posesión del inmueble. Aduce que el ancianato no había entra-

do en posesión de la casa porque quien se la vendió que fue don Nepomuceno Cifuentes se había reservado el usufructo para él y el padre Peña hasta cuando los dos fallecieran y actualmente sólo sobrevive el último y reside en el Municipio de Choachí en edad avanzada y delicado de salud, lo que le impide o dificulta viajar a reclamar".

Se considera por la Sala:

1º Mediante escritura pública número 414 del 8 de agosto de 1975, el señor Juan Nepomuceno Cifuentes Murillo transfirió a título de venta a favor de la "Fundación Casa San Cayetano para Ancianos de Tocaima", la nuda propiedad sobre la mitad proindiviso del inmueble urbano ubicado en aquella población en la calle 3ª número 8-66.

En la cláusula quinta del documento escriturario mencionado, el vendedor hizo constar literalmente que "se reserva para sí y para el señor presbítero Isidro de Jesús Peña, el derecho de usufructo de la mitad proindiviso del inmueble materia de la presente transferencia de todo el tiempo de vida de cada uno de ellos"; y en la cláusula siguiente dispuso el señor Cifuentes que "al fallecimiento de ambos, usufructuarios del derecho de usufructo reservado, éste se consolidará con la nuda propiedad formando un solo cuerpo cierto a favor de la "Fundación Casa San Cayetano para Ancianos de Tocaima".

2º Por escritura pública corrida ante la misma Notaría Unica de Tocaima el 16 de enero de 1979, Cifuentes Murillo, otorgó poder general al condenado Benigno Enciso Lozano, para que administre y vigile todos sus bienes y lo represente con amplitud en todos los negocios que de una u otra manera puedan afectar los intereses del mandante.

3º Por escritura pública número 33 del 30 de enero de 1979, don Juan Nepomuceno Cifuentes Murillo instituyó como único heredero a título universal "de todos mis bienes en general, muebles o inmuebles que posea al tiempo de mi muerte al señor Benigno Enciso Lozano".

4º Con posterioridad a la muerte del señor Cifuentes Murillo, el usufructuario sobreviviente, presbítero Isidro Peña, suscribe con fecha 21 de julio de 1983, una autorización por la cual faculta a la señora Omaira Rodríguez —síndica de la Fundación "Casa San Cayetano para Ancianos de Tocaima"— para que reciba "en nombre del infrascrito —único usufructuario del inmueble— las llaves que corresponden a sus entradas y salidas, para administrar, arrendar, y percibir los arrendamientos a favor del ancianato..."

5º De acuerdo con el texto de la escritura número 206 del 25 de abril de 1987 (allegada por el recurrente junto con su demanda de revisión), el proceso de sucesión testada del causante Juan Nepomuceno Cifuentes Murillo, y en donde fuera reconocido como único heredero el procesado Enciso Lozano, fue protocolizado ante la Notaría de Tocaima en aquella misma fecha.

En el documento comentado se hace constar que el proceso no amerita de su envío a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, en consideración a que dentro del inventario de bienes constitutivo

del acervo patrimonial adjudicado en su integridad a Enciso Lozano, *no existen bienes inmuebles.*

6º Al descorrer su traslado el señor Procurador Delegado en lo Penal, impetra de la Corte se deniegue la revisión del proceso, por virtud a que, en criterio del Ministerio Público, "lo que ha pretendido el censor con su libelo, es reabrir la controversia con los mismos elementos de juicio y probatorios que tuvieron la ocasión de estudiar y fallar el *a quo* y el *ad quem*".

Conclusiones de la Sala:

Reiteradamente ha expresado la Corte que "el recurso de revisión pretende remediar las consecuencias de un fallo condenatario injusto que ha hecho tránsito a cosa juzgada. Pero, para que la revisión pueda remover los efectos de inmutabilidad e irrevocabilidad propios de la sentencia que tiene el carácter de 'res iudicata', *es indispensable que por el recurrente* se invoque y se ponga en evidencia, *una cualquiera de las causales que taxativamente señala el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal (art. 231 del actual C. de P. P.)".*

En el evento que en esta oportunidad ocupa a la Sala, surge palpable la circunstancia de que el censor, apartándose notoriamente de las rigurosas directrices técnicas que informan este extraordinario recurso, ha pretendido, en aras de la prosperidad de su acción, reabrir el debate probatorio ya clausurado, con olvido de que no es esta una tercera instancia en la que se puede en sede de revisión someter a un postrero análisis todo el acervo de elementos de persuación que el juzgador ya tuvo ocasión de estudiar y ponderar al momento de emitir su fallo.

En este orden de ideas, y previa la advertencia que precede, entra la Sala a pronunciarse sobre cada una de las causales invocadas por el recurrente en su libelo:

A) *Ilegitimidad de la querella. En punto a este cargo, resulta claro para la Sala que el recurrente erróneamente estima que en tratándose del hecho punible de "perturbación de la posesión sobre inmueble" (art. 368 del C. P. de 1980), "la única persona que podía iniciar la querella era la que acreditara su interés como propietaria del inmueble".*

Sobre este aspecto conviene precisar como ya lo ha hecho la doctrina nacional, que para los efectos punitivos consagrados en el tipo básico a que se contrae esta causa, "la posesión que otro tenga de un inmueble no debe entenderse en el sentido jurídico que le da el artículo 762 del Código Civil, o sea en el de 'tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño', sino en su sentido natural que comprende no sólo la posesión propiamente dicha sino la simple tenencia".

En este orden de ideas, ha de convenirse que si en el proceso se demostró con prueba irrefutable, que a la muerte del causante Cifuentes Murillo, sobrevivía el otro usufructuario —presbítero Isidro de Jesús Peña— y que este último ejercía con toda objetividad los derechos que con justo título había adquirido por causa de la voluntad

expresada en tal sentido por quien había vendido el inmueble al ancianato, fue el sacerdote quien en primer lugar y de manera directa, soportó las consecuencias de la ilícita conducta de Enciso Lozano.

Esa circunstancia, no controvertida por nadie en el proceso, como que se estableció que el condenado violentó las puertas de la estancia reservada al sacerdote y sacó de allí sus pertenencias, invistió al titular del usufructo de la calidad de sujeto pasivo de la acción punible, y por ende en persona facultada para la formulación de la correspondiente querella penal.

Ahora bien, si la denuncia inicial fue presentada ante las autoridades por la señora Omaira Rodríguez —síndica del ancianato—, ello obedeció a que de acuerdo con el documento suscrito por el sacerdote y que obra al folio 6 del original, ella estaba autorizada expresamente por el padre Peña para administrar y velar por la parte del inmueble cuyo usufructo se había reservado para sí quien resultara víctima del despojo perpetrado por Benigno Enciso Lozano.

Por ello al comunicar a la justicia penal la realización del punible, estaba cumpliendo con los actos propios de la administración del mandato, como lo son en general la protección de los bienes entregados a su custodia conforme al artículo 2159 del Código Civil en concordancia con el 2160 de la misma obra.

La primera de las normas citadas dice expresamente:

"Artículo 2158. El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias *e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le hayan encomendado" (Las subrayas son de la Sala).*

No prospera, entonces, esta causal.

B) La segunda causal invocada por el censor, consiste en la protocolización de la sucesión testada a Cifuentes Murillo, circunstancia que tuvo cumplimiento ante la Notaría de Tocaima el 25 de abril de 1986, si bien constituye "hecho nuevo" y por lo mismo desconocido al tiempo del debate probatorio verificado en las instancias, no puede de manera alguna desvirtuar la responsabilidad criminal que en cabeza de Enciso Lozano siempre gravitó dentro del proceso.

En efecto, si el señor Cifuentes Murillo transfirió a título de venta el inmueble objeto del despojo al ancianato de Tocaima el día 8 de agosto de 1975, ninguna incidencia jurídica puede tener un acto notarial por el cual se protocoliza una sucesión testada, toda vez que el causante ningún pronunciamiento de disposición hizo sobre el inmueble que ya no le pertenecía.

Debe resaltarse una vez más, que es en la misma escritura de protocolización de la sucesión, así como en el respectivo inventario de

los bienes adjudicados a Enciso Lozano, en donde se hace constar que no existe ningún bien inmueble, y que ello obliga al funcionario competente a omitir el envío del expediente a la Oficina de Registro correspondiente.

Tampoco prospera este cargo.

C) *Acerca de las dos últimas causales esgrimidas por el recurrente, consistentes, en su criterio, en "haberse proferido la sentencia con fundamento en un hecho delictivo del juez", y en "haberse emitido el fallo con base en testimonios falsos", surge protuberante para la Sala que el censor —con reprochable menosprecio por la carga probatoria que le incumbía para dar sustento a estos dos cargos—, lo que pretende es que esta Corporación se desvíe de los estrictos parámetros que la ley le señala al recurso de revisión, concitándola a una improcedente y extemporánea evaluación probatoria.*

No sobra resaltar que en tratándose de las causales previstas en el nuevo ordenamiento adjetivo penal en los ordinales 4º y 5º del artículo 231, no es suficiente para la prosperidad del recurso con que el actor se limite a calificar de prevaricador al funcionario del conocimiento, o de falaces a los testigos cuyas deposiciones obran en los autos, sino que, como se ha venido exigiendo de manera uniforme y reiterada, "la demostración de la falsedad (y de la conducta ilícita en general, con incidencia sustancial en el fallo), debe hacerse en forma plena dentro del término probatorio del recurso, pues ella no puede establecerse con simples argumentos extraídos del contenido de la declaración que se dice falta, pues la revisión no tiene por objeto el que se estudien y analicen de nuevo las pruebas que fueron tenidas en cuenta en las sentencias ejecutoriadas, pues no es una tercera instancia".

Suficientes las anteriores argumentaciones, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

Resuelve:

Desestimar el recurso de revisión propuesto por el apoderado del condenado Benigno Enciso Lozano.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y consúltese.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

ESTAFA. FALSEDAD

Cuando se gira sobre formulario de chequera extraviada se crean documentos privados auténticos, en los cuales no es jurídico considerar que se hacen afirmaciones y así es preciso concluir que no se comete el delito de falsedad sino el de estafa consagrado en el artículo 356 del Código Penal

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 46 de julio 19 de 1988.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Quinto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali contra la sentencia de primero de octubre de 1987, por medio de la cual esa Corporación condenó a *Antonio Restrepo Martínez* a la pena principal de 9 meses de prisión, y a las accesorias de rigor, por los delitos de falsedad en documento privado y estafa.

Antecedentes:

El día 20 de noviembre de 1986 Antonio Restrepo Martínez fue capturado en el almacén "La Modista", de la ciudad de Cali, por haber cancelado allí una mercancía con un cheque de chequera extraviada. En días anteriores había realizado conducta idéntica en otros tres almacenes del mismo Municipio. En todos los casos Restrepo Martínez giró los títulos valores con su propia firma.

Por esos hechos el Juzgado Octavo Superior de Cali lo enjuició como autor de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, y el 9 de julio siguiente dictó fallo condenatorio en armonía con la acusación. Consultada la providencia, el señor Fiscal Quinto del Tribunal solicitó la nulidad con el argumento de que el juzgado no era competente, pues solamente se daba el delito de estafa, al no haber duda de que la firma del girador es auténtica. El Tribunal, con salvamento de voto del Magistrado Jorge Enrique Valencia Martínez, confirmó en su integridad la sentencia, mediante la suya que es objeto del recurso extraordinario de casación.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se abstuvo de conceptuar, acorde con el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal de 1971.

La demanda y consideraciones de la Corte:

Acude el actor al numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, afirmando que se está en presencia de la nulidad legal prevista en el artículo 210-1 ibidem, *porque tratándose de un delito de estafa (que en este caso se le hizo concursar con el de falsedad), el Juzgado Octavo Superior carecía de competencia para conocer de este proceso, y agrega que "la honorable Corte Suprema de Justicia ya lo ha venido reiterando, lo mismo que la doctrina, que el hecho de girar sobre formulario de chequera extraviada, con su propia firma, y de ello se obtiene provecho ilícito, es constitutivo de un delito de estafa, sin que se configure falsedad documental".*

En verdad, la tesis del casacionista es la que, mayoritariamente, ha venido sosteniendo esta Sala; así, en providencia de 13 de junio de 1979 y 5 de agosto de 1980, precisó que cuando el girador firma con su propio nombre, está creando un documento auténtico, *"en el sentido de que quien aparece como autor del mismo es la persona que lo ha elaborado y que ésta es quien hace en el escrito una serie de manifestaciones que pueden comprometerlo penalmente", a diferencia de quien imita o finge la firma de otro, evento en el cual sí se está frente al delito de falsedad material por creación total del documento.*

Más recientemente, en casación de 10 de noviembre de 1987, que también cita el actor, la Sala reiteró dichos planteamientos, de cara a un caso análogo al que aquí se examina:

"Un documento privado —y el cheque lo es— puede ser falsificado por creación total y ser pagado por el girado, en cuyo evento se ha elaborado un documento con valor probatorio y debe ser penado por falsedad quien lo creó y usó, pues no constituye ello una falsedad ideológica, sino una material.

"En el caso a consideración de la Sala, no ha existido creación total de documento privado falso pues el que emitió... es auténtico o genuino, teniendo en cuenta que fue él quien dio la orden incondicional de pago (art. 252 del C. de P. C.), pero no es veraz por no ser suya la cuenta corriente contra la cual giró. El cheque, en tales condiciones, formalmente es un documento pero realmente no puede prestar mérito probatorio frente al verdadero cuentahabiente porque no constituye prueba documental a él oponible, ni jamás podrá ser pagado por el girado, ni exigible judicialmente a ninguno de ellos".

Como antecedente y soporte de esos asertos, la Sala acudió al especial tratamiento que se le ha dado al cheque en los Decretos 1699 de 1964 y 1135 de 1970, y finalmente en el Código Penal de 1980, recordando también que en el mismo sentido se ha orientado buena parte de la doctrina patria y foránea.

La sentencia acusada en este caso, por el contrario, sostuvo criterio opuesto, o sea que el haber Restrepo Martínez girado con su propia

firma los títulos valores, "no hace a estos auténticos ni genuinos", porque el contenido de los mismos "es irreal", toda vez que el procesado no era el titular de las cuentas corrientes, ni tampoco disponía de los fondos respectivos.

Sin decirlo de forma expresa, el fallo impugnado se desplaza entonces a la falsedad de tipo ideológico, punto que igualmente fue objeto de examen por la Sala en la citada casación, con apoyo en proveído de noviembre 20 de 1974, en el cual afirmó esta Corporación:

"Tampoco puede hablarse de que en estos casos exista falsedad ideológica del instrumento. Es sabido que esta forma de falsedad documental consiste en que el verdadero autor del escrito haga en el texto del mismo afirmaciones que no correspondan a la verdad, estando obligado a manifestar ésta.

"Ahora bien, en nuestra legislación el cheque es una orden incondicional, dada a un banco, para que pague a una persona determinada, o al portador, una suma de dinero (art. 713 del Código de Comercio).

"Una orden, es bien sabido, no constituye afirmación de ninguna especie. Quien ordena está diciendo que debe hacerse algo. Pero no asevera nada.

"En derecho comercial, el cheque no encierra afirmación semejante ni ninguna otra. Se limita, como se deja dicho, a una orden escueta. En consecuencia, no puede darse en un título de esta especie la falsedad ideológica".

En síntesis, como Antonio Restrepo Martínez, creó documentos privados auténticos (cheques), en los cuales, además, no es jurídico considerar que hizo "afirmaciones", fuerza es concluir, con el casacionista, que no cometió delito de falsedad, sino el de estafa consagrado en el artículo 356 del Código Penal, en cuantía aproximada de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), motivo por el cual su conocimiento le corresponde al Juzgado Penal Municipal.

Al no ser competente el Juzgado Octavo Superior de Cali, se decretará la nulidad a partir del auto de cierre de investigación.

Prospera entonces el cargo y en dicho sentido se casará el fallo.

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

Resuelve:

1. *Casar* la sentencia recurrida.

2. *Decretar la nulidad* de lo actuado en este proceso a partir, inclusive, del auto de 24 de febrero de 1987, por medio del cual el

Juzgado Octavo Superior de Cali declaró cerrada la investigación (fl. 80). Por conducto del Tribunal de origen, remítase el expediente al reparto de los Juzgados Penales Municipales de la ciudad de Cali

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

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

EDGAR SAAVEDRA ROJAS Y

JORGE CARREÑO LUENGAS

Expediente número 2544. Casación. Procesado: Antonio Restrepo Martínez. Delito: Falsedad y estafa. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Aprobado: Acta número 046 del 19 de julio de 1988.

Por no estar de acuerdo con la decisión mayoritaria de la Sala, ahora reiteramos las razones de nuestro disentimiento, ya expresadas con anterioridad:

"En sentencia del diez de noviembre del año en curso, la Sala de Casación Penal de la Corte, por mayoría, casó la sentencia del Tribunal Superior de Cali, mediante la cual se había condenado al señor Vicente Muñoz Páez, como responsable de los delitos de falsedad en documentos en concurso con el delito de estafa.

La razón que tuvo en cuenta la Corte para la prosperidad de la demanda e invalidar el proceso, fue la inexistencia en su concepto del delito de falsedad en documentos privados, criterio mayoritario con el cual no estamos de acuerdo.

Las razones de nuestra inconformidad, son las siguientes:

Cuenta el proceso que el señor Vicente Muñoz Páez para cancelar el valor de unas mercancías adquiridas en un centro comercial de la ciudad de Cali, giró un cheque por considerable valor, que cuando el beneficiario presentó para su cobro, no le fue pagado, porque la chequera y por ende la cuenta corriente no pertenecía a quien había sido girado el título valor sino a un hermano suyo.

Entendió el Tribunal de Cali, en posición que compartimos, que por estos hechos era penalmente responsable el acusado de los delitos de falsedad en documentos y estafa. La primera conducta ilícita por haber elaborado en su integridad en documento falso y su uso subsiguiente y la segunda infracción porque el documento fue empleado como sistema engañoso para inducir en error y obtener por este medio un provecho ilícito con perjuicio para el patrimonio económico del ofendido.

La decisión mayoritaria de la Sala de Casación admite que en la elaboración de un título valor se puede incurrir en el delito de falsedad en documentos privados porque "... el cheque puede ser falsificado por creación y ser pagado por el girado en cuyo caso se ha elaborado un

documento con valor probatorio y debe ser penado por falsedad quien lo creó y usó...'

Se acepta igualmente, en la sentencia, que puede concurrir en muchos casos el delito de falsedad en documentos privados con la estafa, en lo cual se acoge el criterio tradicional de la Corte, expresado en diversas providencias, entre otras, en la sentencia del 23 de abril de 1985, suscrita como ponente por el Magistrado Alfonso Reyes Echandía.

No obstante la firmeza de las anteriores premisas, llega la decisión mayoritaria de la Sala, a desconocer en el caso que ahora se examina, la existencia de la falsedad documental con el argumento de que el cheque girado por quien no era titular de la cuenta corriente, no obstante que es falso o inexacto en su contenido, es auténtico o genuino por cuanto se conoce con certeza, quien fue su girador o autor y que aunque es formalmente un documento, no puede calificarse como un documento falso porque '...jamás podrá ser pagado por el girado ni exigible judicialmente a ninguno de ellos...'

Para nosotros, como lo ha expresado la Corte en la sentencia anteriormente citada, '...la falsificación del documento privado a que se refiere el artículo 221 del Código Penal comprende cualquier mutación de la verdad real, sea que ella se haya logrado mediante alteración física del escrito o en virtud de su creación integral, siempre que en cualquiera de tales casos, el documento así alterado se utilice probatoriamente...'

Indudablemente, la creación total de un título valor que ingrese luego por su uso en el tráfico jurídico es un hecho que debe ser reprimido por la ley penal. En el caso que se examina, el acusado en actitud dolosa, emitió un título valor como si el talonario o chequera le perteneciera, fingió la existencia de un emisor autorizado con la plena capacidad de engaño propia de la falsedad.

Y precisamente el dolo en la falsedad documental consiste en la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero, con la intención de perjudicar derechos ajenos.

Es cierto, que si nos atenemos a las normas civiles, el documento auténtico como enseña el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, es aquél sobre el cual existe la certeza en relación con la persona que lo ha firmado o elaborado.

Pero, en el campo penal y para el efecto de salvaguardar los intereses de la sociedad, sólo podrá considerarse como documento auténtico el emitido legalmente, autenticidad que debe predicarse del verdadero girador, del cuentahabiente, de la única persona autorizada por la ley y los reglamentos para otorgar el título valor y respaldarlo con su firma.

En estas condiciones, y para los efectos penales, sólo debe entenderse como documento auténtico o genuino, el que goza de certeza sobre la legalidad de su origen y su autor, pues si quien lo suscribe y respalda no está autorizado para hacerlo, sólo tiene el documento una

apariencia de autenticidad, de la que se vale precisamente el falsario para engañar y afectar la seguridad de la prueba documental.

Por eso expresa Vicenzo Manzini, que '...se hace uso de un documento falso, cuando se presenta como genuino, siendo materialmente falso, o como verídico, si es ideológicamente falso, en una relación cualquiera, para un fin jurídicamente relevante cualquiera, conforme a la naturaleza y destinación del documento mismo, siendo suficiente que se haga salir de la esfera íntima individual del agente, iniciando una relación cualquiera con otras personas o con la autoridad de modo que pueda producir efectos jurídicos...'

En el caso que se examina, se elaboró un título valor en su integridad, en chequera o formulario ajeno, sin autorización alguna para otorgarlo por persona ajena al cuentahabiente y con esa apariencia de autenticidad, usó el delincuente funcionalmente el documento en el tráfico jurídico, entregándolo al engañado beneficiario como garantía de pago, lesionado con este comportamiento la fe pública, la seguridad de la prueba documental y la confianza que el público debe tener en los títulos valores.

Es indudable, que existe un delito de falsedad en documento privado".

Jorge Carreño Luengas, Edgar Saavedra Rojas.

Fecha *ut supra*.

CASACION. Técnica

La Corte ha venido repitiendo de manera infatigable y lo reafirma una vez más, que el principio de no contradicción constituye la más elemental pero también la más insoslayable de las exigencias lógicas del recurso extraordinario de casación

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 47.

Vistos:

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Valledupar el 22 de julio de 1987, confirmatoria de la emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, que condenó al procesado *Juan Cubillos Barraza* a la pena principal de seis (6) meses de prisión y multa de un mil pesos por hallarlo responsable del delito de receptación, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional, interpuso su defensor recurso de casación que la Sala entra a decidir, agotada como se encuentra, la correspondiente tramitación.

Hechos y actuación procesal:

Los que dieron origen a la formación del proceso aparecen reseñados por el *a quo*, de la siguiente manera:

"Armando Enrique Rivero Royero el 1º de diciembre de 1983 en horas de la mañana dejó estacionado en el parqueadero del edificio de la Gobernación en esta ciudad su vehículo marca Renault 4, modelo 1979, color azul, placas IY-5113, servicio particular motor número 51001833, plaqueta de chasis número 65-20505. Desconocidos en la misma fecha se apoderaron de él.

"Instaurada la denuncia penal, agentes del Departamento Administrativo de Seguridad, sección grupo de policía judicial, fueron informados que el vehículo hurtado a Rivero al parecer lo tenía un profesor del Colegio Nacional Loperena de apellido Cubillos, residente en el barrio Garupal de la ciudad. Enterados de que el profesor en mención había viajado para Chimichagua en un Renault 4, color amarillo, el 28 de diciembre de 1983 se trasladaron hasta allá, donde localizaron un vehículo Renault 4, color amarillo, el cual reconoció como suyo el denunciante Rivero Royero. Capturado Juan Cubillos Barraza

y decomisado el automotor, constataron los agentes policiales, que éste se caracterizaba por ser un Reanult 4, tipo automóvil, clase sedán, color amrillo, placas RB-2641, modelo 1979, serie de motor número 296187, plaqueta de serie 4784303, serie de cabina número R-1123".

"Juan Cubillos Barraza, adquirió de Julio Camacho Cantillo con anterioridad al 1º de diciembre de 1983 un Renault 4, modelo 1979, placas RB-2641, motor número 296187, serie número 4784203, color amarillo, servicio particular matriculado en la oficina del Tránsito de Barranquilla (Atlántico), el cual dio a principios de diciembre de 1983 su propietario a un exalumno suyo, Iván Torres Maestre, para la reparación del motor, trabajo de latonería y pintura, por un precio de $ 80.000.oo.

"Luego se determinó que al vehículo automotor perteneciente a Armando Enrique Rivero Royero hurtado el 1º de diciembre le fue cambiado su color original (azul) por amarillo, las placas IY-5113 por las RB-2641 y las placas contentivas de los números de identificación por las del vehículo registrado a nombre de Juan Cubillos Barraza. Es decir, los aspectos externos (color, placas y plaquetas numéricas de identificación) del carro hurtado a Rivero Royero fueron trasladadas a las del profesor Cubillos Barraza, mientras que las piezas (motor, cabina y puerta) del carro de éste fueron vendidas por Iván Torres Maestre".

Adelantada la investigación por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Valledupar, despacho que ordenó la detención preventiva de los sindicados Juan Cubillos Barraza y Julio César Oliveros Villar, medida que posteriormente cobijó a Iván Torres Maestre, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad clausuró la etapa investigativa calificando el mérito del sumario con llamamiento a juicio de los dos últimos por el delito de hurto agravado y al primero de ellos, por el de receptación de que trata el artículo 177 del Código Penal.

Apelado dicho pronunciamiento, el Tribunal Superior de Valledupar lo revocó en cuanto al procesado Cubillos Barraza sobreseyéndolo temporalmente del cargo formulado y lo confirmó respecto a los demás (fls. 255 y ss. del expediente).

Separadas las investigaciones y practicadas las pruebas notadas de menos dentro de la reapertura del proceso, se cerró por segunda vez el ciclo investigativo procediéndose por el Juzgado Segundo Penal del Circuito a nueva calificación del mérito del sumario, con llamamiento a juicio de Cubillos Barraza por el delito de encubrimiento en la modalidad de receptación, decisión recurrida en apelación y confirmada en Sala mayoritaria por el Tribunal Superior (fls. 252 y 411 y ss. *ibídem*).

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública, el juzgado del conocimiento puso fin a la instancia condenando al acusado a la pena principal de seis meses de prisión y multa de un mil pesos, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional, fallo confirmado sin ninguna modificación por el Tribunal Superior de Valledupar, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

Bajo el ámbito de las causales primera y cuarta de casación del anterior Código de Procedimiento Penal, se formulan varios cargos a la sentencia impugnada, a saber:

Primero: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 177 del Código Penal que describe y sanciona el delito de receptación y falta de aplicación de las normas rectoras contenidas en los artículos 2º a 5º del mismo estatuto.

Sobre la base de que la vía escogida para el ataque impone al censor la aceptación de los hechos en la forma como los dio por establecidos el fallador, argumenta el censor que su patrocinado es inocente del delito imputado por ausencia de dolo en su comportamiento puesto que no ocultó, ayudó a ocultar ni aseguró el producto del hurto.

"En el sujeto Juan Cubillos Barraza —afirma— su intención era completamente diferente, porque desconoció la existencia del delito de hurto, no ocultó ni ayudó a ocultar el vehículo, pues al verlo arreglado en cumplimiento de lo pactado, lo quiso disfrutar de buena fe paseándose por las calles de Valledupar hasta ir al municipio de Chimichagua a visitar sus familiares y disfrutar de merecidas vacaciones. Su intencionalidad no era ocultar o proteger el bien adquirido para aprovecharse, sino que su buena fe ingenuamente lo llevaba a pensar que la obra de mejoramiento del vehículo había sido realizada a satisfacción, por consiguiente carecía de dolo en todas sus expresiones".

El Tribunal Superior no examinó los elementos estructurales de la norma presuntamente violada, "sino que subjetivamente la dio por tipificada en el accionar de Juan Cubillos Barraza, cuando en verdad su conducta no fue típica, antijurídica ni culpable; no lesionó por lo tanto algún interés tutelado por la ley y menos aún carecía de culpabilidad, es decir, era y es inocente".

Y acogiéndose al salvamento de voto del Magistrado disidente opina que el procesado no pudo cometer el delito por el cual fue juzgado y condenado, sino que incurrió en una de las contravenciones que afectan el patrimonio, concretamente la prevista en el artículo 52 del Decreto 522 de 1971, sancionada con multa.

Solicita en consecuencia, casar el fallo recurrido para que no se le aplique ninguna sanción al recurrente por ser inocente y en subsidio, se le imponga multa por quien corresponda, por tratarse de una simple contravención.

Segundo: Violación indirecta de la ley sustancial por errores de derecho en la apreciación de las pruebas, yerro que llevó al juzgador a aplicar en forma indebida el artículo 177 del Código Penal y dejar de aplicar las mismas normas rectoras de dicho estatuto punitivo.

Como pruebas erróneamente apreciadas menciona el demandante el dictamen simbólico rendido por peritos mecánicos para establecer las diferencias notorias entre los modelos 1970 y 1979 del vehículo Renault 4 y la confesión del sindicado, elementos de convicción que en su criterio fueron equivocadamente apreciados por el juzgador al asignársele al primero de ellos valor de convicción, pese a que fue

irregularmente producido y negarse la presunción de veracidad que ampara a la confesión.

Pide, infirmar la sentencia aunque no indica la decisión sustitutiva que deba adoptarse.

Tercero: Nulidad supralegal por quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional y los numerales 1º y 5º del 210 del Código de Procedimiento Penal, "al adelantarse contra Juan Cubillos Barraza un proceso en que debían investigarse un concurso de delitos: Hurto, daño en cosa ajena, falsedad y estafa que debía fallar juez competente: El Juez Superior de Valledupar, lesionándose el debido proceso y el derecho de defensa".

Manifiesta el impugnador, que por no haberse adelantado proceso en averiguación de los ilícitos mencionados, en concurso de hechos punibles, uno de los cuales, el de falsedad por alteración de las placuetas de identificación del motor, la cabina y el chasis del carro hurtado a Rivero Royero, conforme resulta de las conclusiones a que llegaron peritos del DAS y que desplazaba la competencia funcional al Juez Superior para conocer de todos ellos, se incurrió en nulidad por desacato a las formas del debido proceso y desconocimiento del derecho de defensa.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, examina cada uno de los cargos formulados comenzando por el de nulidad, para concluir que no se case la sentencia porque ninguno de ellos está llamado a prosperar.

Ocupándose de la causal primera de casación, en el marco de la cual se acusa la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial en forma directa e indirecta, recuerda la tradicional doctrina de la Corte sobre el particular en el sentido de que un planteamiento de tal naturaleza, por envolver una contradicción insuperable, constituye grave desatino lógico que hace inepta la demanda impidiendo la revisión de los cargos hechos a la sentencia.

Sugiere, sin embargo, que la Corte abandone esa rígida posición eminentemente formalista adecuando la técnica del recurso al debido ejercicio de todas las posibilidades de defensa del procesado "sin mayores limitaciones —desde el punto de vista de la no contradicción— que el quebrantamiento de dicho principio jurídico pero dentro del mismo interior de cada cargo individualmente considerado".

Acude a argumentaciones de variada índole aduciendo que esa rigurosa interpretación restringe la teoría del conocimiento hasta el punto de sacrificar en aras de la mecánica de la forma, el objetivo principal de derecho que no es otro que la realización de la verdad. Y citando en su apoyo la aclaración de voto de los Magistrados de la Sala, doctores Lisandro Martínez Zúñiga y Guillermo Dávila Muñoz (de 29 de octubre de 1986, en casación de Luis A. Arenas Ayala. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz), expresa "que el principio de no contradicción obra al interior de cada cargo, obligando

a las proposiciones que lo fundamentan una absoluta armonía. No sucede lo mismo con los cargos entre sí, pues como ya hemos visto, no son partes de una unidad; son simples hipótesis reunidas en torno a una demanda y nada más. Por consiguiente, si cada uno de los cargos ha sido propuesto 'en forma concreta, concreta y exacta' (aclaración de voto) son admisibles las contradicciones que presenten unos con otros y debe la Corte pronunciarse sobre todos ellos, reflexión que ponemos a continuación de ustedes, señores Magistrados, unida a los argumentos de la referida aclaración de voto".

Consideraciones de la Corte:

La Corte, ha venido repitiendo de manera infatigable, y lo reafirma una vez más, que el principio de no contradicción constituye la más elemental pero también la más insoslayable de las exigencias lógicas del recurso extraordinario de casación, al punto que su inobservancia por parte del censor en la formulación de los cargos, hace que la demanda se convierta en alegato insustancial, sin las proyecciones y alcances de una correcta petición de justicia.

Tal exigencia impone al demandante el deber de cuidarse, en no caer en contradicciones en el planteamiento general del libelo, en el desarrollo de los cargos que formula con base en una determinada causal y en la presentación de cada cargo en particular.

Tan pacífica y reiterada doctrina ha llevado a la Sala a predicar el quebranto de dicho principio, cuando a través de varias causales de casación se hacen planteamientos inconciliables y excluyentes; cuando dentro de la misma causal verbi gracia la primera, se aduce violación directa e indirecta de los mismos preceptos sustanciales, o se alega del mismo medio probatorio, error de hecho o de derecho por falsos juicios de existencia y de convicción, o cuando dentro del mismo cargo se presentan argumentaciones opuestas e irreconciliables entre sí.

La demanda, que delimita el ámbito de la impugnación, no es un escrito de libre forma y contenido, sino sometida a ciertas formalidades legales, cuyo incumplimiento autoriza su rechazo. Por eso, el artículo 576 del anterior Código de Procedimiento Penal establecía entre sus requisitos el de indicar "en forma clara y precisa" los fundamentos de la causal o causales invocadas, el que no se cumplía cuandos los motivos aducidos implicaban el planteamiento de situaciones contradictorias y excluyentes; y el nuevo Estatuto Procedimental enfatizando sobre este principio de orden lógico lo consagró expresamente como un requisito más de la demanda, prohibiendo rotundamente la presentación de cargos contradictorios al disponer que "si fueren varias las causales invocadas, se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una, sin que puedan plantearse cargos incompatibles entre sí" (art. 224-3 ibidem).

El Procurador Delegado, apoyándose en anteriores opiniones suyas, y en la mencionada aclaración de voto a la sentencia de 23 de septiembre de 1986, invita a la Corte a variar su "rígida" y "formalista" posición al respecto, propugnando porque se mantenga el principio de no contradicción, pero limitado exclusivamente al planteamiento de

argumentaciones incompatibles dentro del mismo cargo, sobre la base de que esa amplísima concepción de dicho principio restringe la teoría del conocimiento al punto de sacrificar la justicia al contenido de la forma, recortándole al procesado la utilización de todas las posibilidades necesarias para ejercitar a cabalidad el derecho de defensa.

A más de que el problema planteado ha perdido actualidad frente a la normatividad jurídica, no resultan atendibles las razones expuestas por la Procuraduría Delegada para un viraje jurisprudencial sobre este tema. En su afán de restringir al máximo el campo de aplicabilidad del principio de no contradicción, llega al extremo de desconocer las propias motivaciones de la aclaración de voto, citada en su apoyo, que acepta la existencia de argumentaciones excluyentes dentro de la misma causal invocada.

La incompatibilidad o contradicción persigue ante todo un propósito unitario que facilite el conocimiento global de la demanda a fin de detectar la idoneidad o viabilidad de la pretensión del actor y no se ve con suficiente claridad de qué manera pueda cercenarse caprichosamente el alcance del principio de no contradicción, impidiéndose por ejemplo —según conocido comentarista nacional— ser contradictorio en un cargo, para tolerar y aún auspiciar dicha contradicción en el conjunto de todas las censuras.

Razones de la más pura lógica enseñan, que dos proposiciones contradictorias sobre el mismo objeto, al mismo tiempo, desde el mismo punto de vista y en las mismas condiciones no pueden ser ambas verdaderas.

La Corte en reciente oportunidad, reafirmó una vez más su tradicional doctrina al respecto, cuando expresó:

"La praxis de la casación evidencia, como abuso de los recurrentes, la invocación de la nulidad del proceso. Esta reprochable posición les lleva a caracterizar como quebrantos del esquema básico del debido proceso, actuaciones de reducida entidad, que suelen exhibir en su producción inocuas irregularidades; y, en otras ocasiones no menos frecuentes ni menos irreflexivas, la nulidad invocada constituye razonamiento de palmaria incompatibilidad al cotejarse con otras censuras. Se ha vuelto común, sostener en un cargo la imposibilidad de dictarse sentencia, porque el trámite fue tan vicioso que no soporta una terminación de esta índole, para luego, en otro, que guarda con aquél obvia correlación, aseverar algo distinto, esto es, que sí es dable proferir sentencia absolutoria o de condena, aunque esta última de disminuido rigor. No quiere significarse con lo dicho, que por alegarse una nulidad se deduzca, en forma general y automática, la incompatibilidad con otras censuras, pues para llegar a esta conclusión debe advertirse la contradicción inconciliable entre estos múltiples planteamientos, considerada la demanda de manera conjunta, sin reducir el análisis comparativo a cada uno de los cargos formulados".

"Contra la criticada costumbre viene reaccionando la Sala de Casación Penal y, en los últimos tiempos, pregona la necesidad de revestir de seriedad las alegaciones que desarrollan censuras de nulidad, al punto que detectada una irreconciliable exposición de cargos, debe

asumir como consecuencia el exclusivo estudio del aspecto relacionado con la nulidad, para permitir así su estudio y definición oficiosos, desechando, por razones de técnica, las demás objeciones. La jurisprudencia no cesa de fijar los puntos más protuberantes de esta denunciada falta de técnica de las demandas de casación" *(Casación de Guillermo Castaño Díaz Granados, junio 22 de 1988. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).*

Claramente resulta entonces, que la invocación simultánea de las causales cuarta y primera de casación no implica forzosamente la presentación de cargos incompatibles pues el verdadero sentido de la jurisprudencia citada permite dicha posibilidad siempre y cuando que el impugnador que a ellas se acoge, sea previsivo en el planteamiento general de sus reproches evitando la presentación de argumentaciones o razonamientos que se contradigan y rechacen recíprocamente.

Examinada en su conjunto la demanda propuesta a nombre del procesado Cubillos Barraza evidencia total desconocimiento del principio de no contradicción, pues para fundamentar un quebranto de la ley sustancial por atipicidad de la conducta que supone la inexistencia del reato y la inocencia del acusado y a renglón seguido se propone una tacha de nulidad sustentada en una hipotética situación opuesta a la realidad procesal admitiéndose la concurrencia del delito cuya existencia se negó.

Las conclusiones a que conduce este doble planteamiento resultan inconciliables, toda vez que de aceptarse la primera argumentación debería seguirse la absolución del sindicado por ausencia de los elementos estructurales del tipo penal de receptación y de prosperar la segunda, conduciría a la anulación de lo actuado para considerar en forma más gravosa la situación del procesado, quien en tal evento debería soportar un nuevo proceso en averiguación de hechos punibles que nadie, distinto al recurrente, ha vislumbrado y que nada tienen que ver con la conducta endilgada al acusado.

Más aún, el demandante acogiéndose a la causal primera de casación incurre en la más común pero la más extravagante contradicción al proponer de una parte, violación directa de la ley por aplicación indebida de la norma sustancial que describe el tipo penal de receptación, y de la otra, violación indirecta de la misma disposición legal, por errores de derecho en la apreciación de los medios de convicción.

Constituye concepto básico en materia de técnica del recurso, unánimemente respetado, aceptar que quien acude a la violación directa de la ley muestra su conformidad con la situación fáctica que dio por establecida el fallador discutiendo únicamente la aplicación, selección o alcance jurídico de la norma aplicable al caso probado, lo que no acontece cuando la violación es indirecta, supuesto en el cual es imperativo el cuestionamiento probatorio de la sentencia demostrándose que por error de hecho o de derecho manifiestos en la apreciación de las pruebas que le sirvieron de soporte se infringió la ley sustancial por aplicación indebida o falta de aplicación.

Claro, resulta que estas dos modalidades pugnan entre sí, de manera inconciliable, no siendo factible a la Corte en sede de casación determinar la prevalencia de una sobre la otra.

Pese a las contradicciones y graves fallas de técnica que exhibe la demanda, la Sala estima conveniente analizar el cargo de nulidad para desestimarlo, como lo hizo el Procurador Delegado, fundado en razonables apreciaciones.

En efecto, plantear la nulidad del proceso por incompetencia del juez sobre la base de una hipotética concurrencia de hechos punibles, uno de los cuales desplazaría la competencia hacia un funcionario diferente al que intervino en este asunto, constituye imperdonable desacierto que pone de manifiesto la falta de interés jurídico en el recurrente, puesto que dicha argumentación conduciría eventualmente a hacer más gravosa la situación del procesado.

Cabe recordar que Cubillos Barraza, fue juzgado y condenado, en proceso separado, por el delito autónomo de receptación en razón de actuaciones suyas posteriores y desligadas de la consumación del delito de hurto atribuible exclusivamente a los sindicados Oliveros Villar y Torres Maestre, es decir, "fuera de los casos de concurso" en dicha infracción sin que, como es obvio, hubiera prestado su concurso en la realización del delito encubierto. No resulta entonces razonable pregonar un vicio de nulidad que afectaría no sólo este proceso, sino el adelantado en forma separada contra los sindicados de hurto, totalmente extraños a la suerte del recurso de casación interpuesto.

Bastan estas breves consideraciones, para rechazar, por improcedente, el cargo de nulidad formulado a la sentencia.

No prospera la impugnación.

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 Juan Cubillos Barraza, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

NARCOTRAFICO

La Corte dilucida el tema de la Ley 30 de 1986, a efecto de ofrecer una pauta que permita unificar los conceptos de las diminuentes en fenómenos atinentes al volumen de las plantaciones (art. 32, inciso 2º) o de la cantidad de la droga manipulada (art. 33, inciso 2º) o con la denuncia de otros autores, cómplices o encubridores (art. 45)

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 47.

Vistos:

Se ha recurrido en casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 28 de diciembre del año próximo pasado, por medio de la cual y por infracción a la Ley 30 de 1986, se impuso a *Noé Rodríguez*, cuatro (4) años de prisión y multa de diez (10) salarios mínimos.

Admitido el recurso y aceptada la demanda como ajustada a las formalidades de la ley (diciembre 10 de 1987 y abril 19 de 1988, respectivamente), se procede a desatar la impugnación interpuesta.

Hechos y actuación procesal:

A Noé Rodríguez, en un allanamiento efectuado en casa ubicada en el barrio Las Lomas de la ciudad de Girardot (Cundinamarca), diligencia cumplida el 19 de marzo de 1985, se le decomisaron setenta (70) gramos de marihuana.

La legislación de estado de sitio permitió que de este proceso conociera la justicia penal militar, en primera instancia, terminando la misma con sentencia de condena (seis años de prisión) en la Décima Brigada. El fallo de segundo grado fue emitido, como ya se dejó dicho, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al declarar la Corte la inexequibilidad de normas penales que permitían el juzgamiento de civiles por parte de funcionarios de las Fuerzas Armadas.

Razones del Tribunal:

Al transcribir la opinión de la Delegada se tendrá oportunidad de conocer su criterio, por la reproducción que al respecto hace el Ministerio Público.

La demanda:

Se invoca la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, en el primer cargo, y al efecto se indica:

"...Las pruebas que sirvieron para proferirse la aludida sentencia no se tradujeron en una responsabilidad del procesado como distribuidor o vendedor de la hierba incautada en su casa de habitación sino simplemente como tenedor de la misma.

"Y de ahí que lo correcto y legal era reformar tal providencia por parte del Tribunal, condenándolo al procesado como infractor del inciso segundo del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, dando aplicación al principio de favorabilidad previsto en el artículo 6º del Código Penal y dentro de los parámetros de los artículos 61 y 67 de la misma obra, ya que en virtud de esta ley, había quedado sin vigencia el citado Decreto 1060 de 1984.

"Fue así como el honorable Tribunal Superior de Bogotá, al concluir en la sentencia recurrida con la pena conocida, infringió de manera directa la ley sustancial, al darle una interpretación contraria a los términos allí expuestos, es decir, que si bien la cantidad de estupefacientes incautado superó la dosis personal sin exceder de la prevista en el inciso segundo del citado artículo 33 de la mentada ley, mal podría invocarse, como se hizo, lo que reza en el artículo 4º del Decreto 3788 de 1986, pues muy claramente aparece que dicha norma tiene aplicación cuando el estupefaciente no supera la dosis personal y que el sujeto activo lo tenga para su distribución o venta. Y este último extremo no se ha dado en los hechos investigados, vale decir, que ni en primera ni en segunda instancia, Noé Rodríguez, ha sido condenado como *distribuidor* o *vendedor* del estupefaciente sino como tenedor al conservarlo en su morada..."

Una segunda censura se apoya en la causal tercera del citado dispositivo, concretándose la nulidad a lo siguiente: Que estando en apelación la sentencia de primera instancia, en el Tribunal Militar, "entró en vigencia la Ley 30 de 1986 el 31 de enero del mismo año, razón por la cual el Magistrado ponente Francisco de Paula Rodríguez, se abstiene de seguir conociendo de tal proceso, al haber perdido la competencia para seguir conociendo del mismo la justicia penal militar, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la mentada ley.

"Sin embargo, la justicia castrense prosigue su conocimiento, haciendo caso omiso de lo dispuesto en un estatuto legal, siendo lo legal que se hubiere enviado u ordenado enviar el proceso al reparto de los Jueces Penales del Circuito de Girardot, quienes eran los llamados a decidir sobre las peticiones invocadas por el procurador judicial del encartado, presentándose entonces, al dictarse la conocida senten-

cia por parte del honorable Tribunal Superior de Bogotá, la causal invocada aquí, al proferirse sobre un juicio viciado de nulidad constitucional, al no haberse observado la plenitud de las formas propias del proceso, en razón de las fallas a que antes se hizo alusión, violándose flagrantemente lo que dispone el artículo 26 de nuestra Constitución Nacional".

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

Sobre la objeción relativa al fenómeno de nulidad que destaca el censor, la Delegada, en análisis que la Sala acoge *in integrum*, al punto que no se volverá detenidamente sobre la cuestión, se comenta: "No entendemos y tampoco el censor lo especifica, cuáles fueron '...las peticiones invocadas por el procurador judicial del encartado...', las que según él, debían haber resuelto los jueces penales del circuito de Girardot. Unicamente encontramos una reiteración de los argumentos que le sirvieron de sustento para impugnar la sentencia de primera instancia (167-1), los que luego serían examinados por la Corporación competente, esto es, el Tribunal Superior de Bogotá. Pero, además, no es cierto que '...la justicia castrense prosigue su conocimiento...' al entrar en vigor la Ley 30 de 1986. Por el contrario, la actuación procesal es clara en demostrar que una vez adscrita la competencia a la jurisdicción civil, se ordenó su envío, previa la abstención respectiva. Finalmente, debe recordársele al casacionista que la etapa en que se encontraba el proceso era la de segunda instancia y únicamente correspondía darle curso a la apelación o a eventuales solicitudes de libertad, no teniendo porqué retrotraerse el proceso a la primera instancia".

Y de la segunda tacha, explica:

"En verdad le asiste razón al censor en su impugnación pues lo ajustado a derecho era dosificar la pena de acuerdo con el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Nada distinto hemos comentado en ocasiones anteriores en presencia de hechos similares.

"Cuando el legislador se enfrentó al problema del narcotráfico debió deslindar campos (no con mucha claridad al principio) entre el comerciante de la droga y el consumidor. No podía tratarlos con igual severidad pues el primero era un delincuente que por lucro socavaba las bases de la sociedad y el segundo, un simple enfermo. Por ello, para aquél dispuso una represión mayúscula, catalogando su conducta como delito, mientras para este reservaba un régimen contravencional que con prioridad buscaba la rehabilitación sicofisiológica. La Corte, en mayo 6 de 1980 lo vio con claridad y apuntó:

" 'La conducta, no sobra reiterarlo, es totalmente ajena a situaciones que involucren o insinúen su tráfico. El agente activo de aquel comportamiento suele ser la víctima de ese comercio y no propiamente el explotador económico de tan reprochable negocio. La ley, que dispone a este respecto un tipo atenuado, mira a su autor como lo que comúnmente es, vale decir, un enfermo, susceptible más bien de recibir un tratamiento médico que una pena'.

"Más adelante, luego de señalar que el Decreto 1186 de 1974 reconoce esta distinción, señala que el estatuto '...reserva, sí todo el peso de su merecido rigor sancionatorio y el profundo y franco reproche social, para el que negocia con plantas, drogas o sustancias productoras de dependencia física o síquica...'

"No podía ser de otra manera y tal filosofía fue preservada en la Ley 30 de 1986, en donde todo lo referente al comercio ilegal de estupefacientes fue regulado en el Capítulo V, llamado 'De los delitos', mientras que lo relativo al 'Porte de dosis personal' y otras conductas menores fue normado en el Capítulo VI llamado al efecto 'De las contravenciones'.

"Sin embargo, y pese a esta claridad, el *ad quem* resolvió darle una interpretación personal a dicho estatuto, creando un híbrido que sólo agrega confusión al tema. Escuchémoslo: '...No se trata de conducta encuadrable en el inciso 2º del artículo 33, como equivocadamente a juicio de la Sala, lo anota el señor Fiscal en esta instancia, pues claramente ha de entenderse que las penas allí previstas y las cantidades de estupefaciente que se señalan, lo son para cuando se excede la dosis personal es preciso que se trate de drogadictos, pues no de otra manera se tomaría como parámetro la cantidad de fármaco que requiera una persona para satisfacer por una vez su necesidad conforme a la adicción que presente. Así mismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 4º del Decreto 3788 de 1986, reglamentario de la Ley 30 del mismo año, despejó las dudas que en un principio existieron en relación con el punto bajo comentario'.

"Ello quiere decir una de dos cosas, o que el drogadicto que comercie con estupefacientes, por el solo hecho de su enfermedad recibe un tratamiento más benigno que el simple traficante a secas, lo cual es un absurdo porque tanto uno como otro le están causando igual daño a la sociedad, o que el porte de las cantidades señaladas las considera el legislador como dosis de aprovisionamiento y por esto debe tratársele con consideración, interpretación que también se constituye en un desatino.

"Miremos las medidas que trae la norma. El mínimo es lo que excede la dosis personal y el máximo varía según el estupefaciente. Tomemos por caso la marihuana. Años atrás, el Legislador quiso establecer dosis máximas (Decreto 701 de 1976, art. 5º) y al respecto señaló para la marihuana 'hasta 28 gramos' y para el hachís 'hasta 10 gramos', cantidades que no fueron rechazadas por el Consejo de Estado por antitécnicas sino por la existencia del artículo 39 del Decreto 1188 de 1974.

"Ahora bien, si tomamos esto como punto de referencia vemos que 1.000 gramos de marihuana, esto es, un voluminoso kilo, debemos considerarlo como dosis de aprovisionamiento (si previamente hemos negado el comercio), lo que nos indicaría una suma de hasta 35 dosis, suficiente para varias semanas, incluso meses. Sin embargo, de tiempo atrás, se ha clarificado que la dosis de aprovisionamiento en realidad no puede ser otra cosa que la misma dosis personal. Escuchemos a la Corte:

"'La locución «dosis personal» de por sí fija un significado. No se trata de cantidades considerables sino de porciones mínimas destinadas al uso propio, desechándose como extraña a esta figura el suministro a terceros, aunque sea gratuito, y, con mayor razón, su tráfico, esto es su utilización económica. Ese consumo individualizado se enfatiza con la expresión legal de ingerir (introducir una cosa en otra), por una sola vez, la sustancia o droga pertinente. Pero esto no equivale a que la reducida cantidad destinada a ese uso tenga que aplicarse unitariamente, de modo integrado o total. No, la ley considera que esa máxima porción es lo que, de modo usual y por una ocasión puede satisfacer la necesidad del drogadicto. De ahí que se entienda por «dosis personal» tanto el consumo total de esa cantidad como el consumo fraccionado de la misma, cuando no se excede el volumen total que es propio a esta noción. Buscándose conservar este sentido y evitar restricciones inadecuadas (consumo de una vez de la máxima cantidad de droga considerada como dosis personal) se insinúa como más apropiada la locución «dosis de aprovisionamiento para uso personal» (proyecto de Ley número 13 de 1978, art. 1º, Anales del Congreso de 9 de agosto de 1978). Pero no se quiere con esta última expresión ni ampliar la cantidad del consumo personal ni menos dilatarlo indefinidamente en el tiempo, dando margen a la posesión de mayores cantidades de drogas o sustancias, lo cual propicia su aplicación a otros fines distintos al consumo personal, actividades estas verdaderamente delictuosas y sometibles a severas penas'.

"Y más adelante concluye:

"'En definitiva las dos expresiones se refieren a un porte destinado al consumo personal, directo, de escasa cantidad y ajeno por completo al propósito de suministrarla a terceros gratuitamente, por dinero o por cualquier otra utilidad' (mayo 6 de 1980, negrillas nuestras).

"Nada distinto prescribe el artículo 51 del estatuto vigente al señalar sanción contravencional para 'el que lleve consigo, conserve para su propio uso o consuma, cocaína, marihuana o cualquier otra droga que produzca dependencia, en cantidad considerada como dosis para uso personal...'

"Pero, además, la interpretación del *ad quem* da lugar a otras situaciones ilógicas. Merecería mayor sanción una persona que se le encontrara en su poder una o dos papeletas de marihuana para su comercio (Decreto reglamentario 3788 de 1986, art. 4º) que quien tuviera 20 ó 30 papeletas para el mismo fin, pero se demostrara su adicción. A la primera se le impondría un mínimo de cuatro años de prisión y a la segunda un año.

"También otras razones motivan el rechazo.

"Ellas versan sobre el aspecto formal de la norma en comento. Veamos. Si miramos los artículos 32, 33 y 34 del estatuto, como bien lo señala el actor, observamos que en cada uno el primer inciso señala la conducta genérica y el segundo una atemperante cuantitativa. Así el 32 establece límites en cuanto a las plantas decomisadas, mientras el 33 y 34 lo hace respecto a la droga incautada bien en poder de una persona, bien dentro de un inmueble.

"En ocasión anterior y frente a un caso similar, señalábamos:

"El artículo 33 es un tipo básico que se encuentra dividido en dos incisos. 'El primero, que describe en forma genérica la conducta reprochable, suministrando aparte de la consabida pena, varios verbos rectores y dos ingredientes normativos que buscan precisar su alcance: «El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis personal para uso personal» y «droga que produzca dependencia». En el segundo se relaciona una atenuante, obviamente respecto de la conducta expuesta en el primero, que se basa en la cantidad de droga incautada, la cual se cuenta desde lo que excede la dosis personal hasta cierta medida que varía según la naturaleza de la sustancia.

" 'Ello nos indica que el primer inciso persigue a los grandes traficantes, mientras que el segundo lo hace respecto de los pequeños y de ahí la diferencia punitiva. En ningún momento la segunda parte trata sobre los consumidores y la referencia a la dosis personal solamente tiene que ver con los límites en que se tiene que mover la atemperante'.

"Y tan ello es así que el segundo inciso se encuentra privado de verbos rectores por lo que es obvio que su complemento debe encontrarlo en el primero, varios de los cuales descartan al consumidor como vender, suministrar, financiar u ofrecer, conductas que sólo puede cumplir el comerciante, lo que nos llevaría a establecer discriminaciones odiosas e inconstitucionales, como lo demostráramos párrafos atrás.

"De otra parte, no podemos pasar por alto la referencia que el *ad quem* hace al Decreto 3788 de 1986 como sustento de su tesis, pues es claro que la norma únicamente buscaba llenar un vacío en el evento de que al comerciante se le encontraran dosis inferiores a la dosis personal, hecho que de no haberse regulado conduciría a la impunidad al cobijarlo el régimen contravencional. Al respecto, en ocasión anterior dijimos:

" '...vale la pena aclarar que, incluso, cuando las cantidades incautadas se encuentren dentro de las fronteras de la dosis personal, debe atenderse si ellas en verdad son para el propio consumo o, por el contrario, se tratan de «muestras» para el comercio ilegal, caso en el cual el inciso segundo tiene plena aplicación'.

"En consecuencia correspondía al *ad quem* aplicar el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 como quiera que la droga incautada (70 gramos de marihuana) excede la dosis personal pero no pasa de 1.000 gramos".

Consideraciones de la Sala:

Ya se ha dicho, y de ahí la improcedencia de la censura, que no hay motivo alguno para entender que el procedimiento seguido ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, no se ajustó plenamente a los preceptos legales. La continuidad del procedimiento, por razón de variaciones legislativas de esta índole, se cumplió a partir

de las diligencias que, conforme a la normatividad imperante, pudieron celebrarse y se celebraron ante la autoridad penal militar. Tan pronto ésta perdió su competencia, se aceptó esta realidad, pero sin que tal decisión implicase retrotraer la actuación válidamente realizada.

Y en cuanto a la indebida aplicación de la ley penal sustantiva (violación directa de la misma) debe anotarse que la argumentación ofrecida por la Delegada, a grandes rasgos, está dentro de la línea de criterio que la Corte expresará. Abundan los aciertos en sus reflexiones y sólo en una que otra glosa, de secundaria consideración, la Sala se aparta de ese su análisis.

La Corporación, quiere ser sintética en la dilucidación de este tema que no ha dejado de producir encontradas opiniones en los diferentes medios judiciales del país, a efecto de ofercer una pauta que permita unificar los conceptos sobre este particular punto.

1. *Indudablemente la Ley 30 de 1986, ha distinguido dos aspectos, dos situaciones fundamentales, por fuera claro está, de puntos como la destinación de inmuebles para actividades relacionados con los estupefacientes (art. 34); el estímulo y propagación de su uso (art. 35); la formulación ilegal de los mismos por profesionales de la medicina, la odontología, la enfermería, la farmacia, o sus auxiliares (art. 36); los suministros a menores de 16 años (art. 37), que debieron preverse como agravante; la procuración de la impunidad de estas infracciones (art. 39); la posesión de elementos aptos para el procesamiento de estas sustancias (art. 43):*

a) La que se relaciona con el consumidor o drogadicto, que se regula bajo un doble aspecto, aunque sin llegar su tratamiento benigno a la permisibilidad de la conducta. Se suprime si su carácter delictivo y se le considera como una contravención, *contemplándose el caso de la persona que por primera vez ha consumido esta clase de plantas o sustancias, las lleve consigo o las conserve para su propio uso o consumo en cantidad estimable como dosis personal o dosis de aprovisionamiento personal, evento en el cual puede optarse o por una sanción de arresto hasta por una máximo de treinta días y una multa de medio salario mínimo mensual, o, por el internamiento en establecimiento siquiátrico o similar, hasta obtener su aceptable recuperación, o por la entrega de este enfermo (que no requiere para ello llegar al grado de tenérsele por inimputable) a esta clase de instituciones, oficiales o privadas, para someterlo al tratamiento más aconsejable, incluido en éste el ambulatorio. La reiteración de esta conducta, dentro del término de doce meses, contados a partir, se entiende, de la fecha de la resolución que determine esta sanción, implica la aplicación de un arresto de un mes a un año y multa en cuantía de medio salario mínimo mensual (art. 51, Ley 30 de 1986). No sobra advertir que la repetición de una acción de esta índole, por fuera del señalado término, da lugar a considerar al procesado, cuantas veces cumpla este comportamiento en iguales circunstancias a las del señalado factor tiempo, como consumidor de primera vez;*

b) La del que cultive, conserve o financie plantaciones que son la materia prima, directa o transformada de las sustancias que pueden generar adicción o dependencia física o síquica, siendo indiferente el

destino que procure de las mismas (venta, distribución gratuita, permuta, etc.), conductas que se reprimen severamente —art. 32, inciso 1º y 38—; o la del que introduzca al país, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título esta clase de drogas, que recibe una sanción más severa —arts. 33, inciso 1º y 38—, en ambos casos afectivas de la libertad personal y del patrimonio económico.

Las diminuentes se relacionan con fenómenos atinentes al volumen de las plantaciones (art. 32, inciso 2º), o de la cantidad de droga manipulada (art. 33, inciso 2º); o con la denuncia de otros autores, cómplices o encubridores (art. 45).

Previo este señalamiento, que trata de destacar la discriminación que el legislador hace de las varias conductas a que da lugar este problema de los estupefacientes, debe abordarse la cuestión que interesa principalmente a este pronunciamiento.

A este respecto se anota:

1. La ley diferencia y no combina las respuestas de benignidad que le merecen las diferentes conductas relacionadas con los dos principales aspectos que forman el núcleo de esta legislación (arts. 32, 33 y 51). Si ha querido separarlas, hasta llegar a mudar la naturaleza del ilícito (contravenciones y delitos), no es dable entremezclar lo relacionado con el cultivo (art. 32), con lo del manejo de la droga (art. 33) y menos estas dos conductas con la situación del drogadicto o dependiente (art. 51). Cada una, en cuanto a su aspecto básico, exhibe una estructura propia y confina su contenido a sus exclusivas estructuras. La cuestión todavía es más visible entre la contravención (usuario de la planta o droga) y el delito (cultivador, conservador o financista del cultivo, y, traficante de la droga).

De ahí entonces que de manera fácil y segura pueda decirse que lo que se anota en beneficio del consumidor no se predica de la otra categoría, compuesta esta última de variadas modalidades delictivas.

2. Sería tan absurdo llevar el factor considerado en el inciso 2º del artículo 33, al artículo 32, como trasponer el inciso segundo de este último, al artículo 33. Cada uno tiene una diminuente especializada o singularizante, lo que no ocurre con la del artículo 45, que opera para todas las figuras delictivas, no así para la esfera contravencional. Tampoco es dable trasladar las diminuentes de los artículos 32 y 33, al caso del usuario, ya porque la conducta de este último esta disciplinada en forma completa en Título distinto (VI), previéndose la favorabilidad que el legislador ha decidido otorgarle, ya porque la razón de esas atenuantes (cantidad) no se compaginan con el criterio de dosis personal o de aprovisionamiento de dosis personal. Quien esté familiarizado con el tema, no puede compatibilizar los conceptos de dosis personal, que se refiere a porciones mínimas, con las cantidades considerables que determinan los incisos segundos de los artículos 32 y 33. Y menos todavía cuando en el artículo 2-j, determina la noción de "dosis de uso personal" desde el punto de vista cuantitativo. O se tendría entonces que reconocer que existe una dosis personal, definida

por la ley en la norma últimamente citada, y otra que viene dada, en forma de atenuación, por los mencionados incisos segundos de los artículos 32 y 33.

3. No resulta ilógico pretender que conductas de menor entidad como las previstas en los segundos incisos de los artículos 32 y 33, así se las anime de contenidos inmorales, lucrativistas y de destrucción de la mente, dignidad y posibilidades del ser humano, atraiga una menor represión, ya que no da lo mismo para el legislador, ni para los efectos de la conducta, que se comercie, v. gr., con 900 gramos de marihuana que con tres toneladas de la misma. Las consecuencias, en todo orden son evidentes y no es necesario destacarlas para comprender que en este tratamiento de benevolencia el legislador se muestra realista y justo. Bastaría decir que cuando se unifique la severidad de la sanción, en su máximo rigor, sin diferenciar las denominables cantidades mínimas de las que podrían mirarse como exhorbitadas, el delincuente procuraría correlacionar el mismo riesgo de sanción con la posibilidad de mayores facilidades de ganancia, provenientes estas del manipuleo de volúmenes impresionantes de drogas o plantaciones.

4. Algunos, para llegar a conclusión distinta a la que repudia esta decisión, exceden el valor y pertinencia de la expresión "salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal", locución empleada en el inciso 1º del artículo 33.

Pues bien, contra esta ligereza del concepto, es conveniente advertir que lo que se toma como argumento en tal sentido tiene un efecto totalmente distinto, llegándose en este terreno a estas posibilidades: a) Que la salvedad *se relacione con una situación distinta a la que la norma va a contemplar ("sin permiso de autoridad competente"), pues puede ocurrir que exista esta autorización (caso de la dosis terapéutica, art. 2, letra i), o que de no hacerse tal advertencia que tiene un encuadramiento legal diferente como contravención (art. 51), algunas de las hipótesis contempladas por este precepto, y que se rozan con la dosis personal y reclaman tratamiento dentro de esta eventualidad, quedarían no como dosis personal sino como conducta propia del artículo 33; o, b) El legislador está indicando que todas las hipótesis del artículo 33 sin que pueda exceptuarse el inciso segundo, nada tienen que ver con la dosis personal y de ahí la sustracción que de la misma hace con el sustantivo salvedad (de salvo: Razonamiento o advertencia que se emplea como excusa, descargo, limitación o cortapisa de lo que se va a decir o hacer).*

Pero lo que termina por arrojar luz definitiva sobre el punto es la forma como se inicia el segundo inciso, que establece el término ad quem *de la cantidad de droga dentro de la cual opera la diminuente: "Si la cantidad de droga excede la dosis para uso personal sin pasar..."; o sea, que donde termina la dosis personal (letra 'j' del art. 2), empieza a computarse lo relativo a esta diminuente.*

De ahí, precisamente, que la diminuente del artículo 33, inciso 2º, nada tenga que ver con una conducta ya disminuida en su propia naturaleza y tratamiento, como es la de la dosis personal. La menor o mayor cantidad de droga utilizable en la dosis personal, de una vez

o de manera fraccionada, determinará la dosificación de la pena aplicable al consumidor o la escogencia del tratamiento siquiátrico o similar, señalados en el artículo 51.

También conviene observar que en cuanto a dosis terapéutica, ésta no se limita a las cantidades determinadas para la dosis personal, que pueden superarse si así lo prescribe el médico de acuerdo a las necesidades clínicas del paciente, y, de otro lado, que mientras la conducta que se relaciona con la dosis personal tiene las represiones previstas en el artículo 51, a título de contravención, la que involucra la dosis terapéutica no es sancionable, ya que la ley le otorga el carácter de un obrar secundum jus: *Se trata simplemente de un tratamiento profesional en el cual puede acudirse a medicación de sustancias que, bajo otros condicionamientos, serían de prohibida utilización.*

La Sala, por último, quiere anotar lo siguiente del drogadicto que se lucra o entrega a cualquier título a terceros esta clase de plantas o sustancias. Si lo que es objeto de esta ilícita actividad está por debajo del límite máximo considerado en la atenuación, se aplicará la sanción que determina el inciso segundo del artículo 33. La solución se facilita porque tanto para el delito como para la contravención se prevé una pena privativa de la libertad, sin que sea impertinente y sí aceptable, afirmar que la sanción de prisión —art. 33, inciso 2º— que debe purgarse efectivamente, se redima mediante internación en establecimiento siquiátrico, o similar. *Se conjuga así la sanción propia al tráfico de estupefacientes y lo que puede ser propósito rehabilitador del adicto a la droga. Excúlyese, sí, el tratamiento ambulatorio y la entrega a la familia o establecimientos privados de asistencia siquiátrica o similar.*

El Decreto reglamentario 3788 de 1986, artículo 4º, en nada modifica esta serie de planteamientos, pues por contrario modo lo que hace es indicar que las cantidades consideradas por la ley como propias a una dosis personal si se destinan a terceros, a cualquier título, implica una conducta que debe sancionarse según lo establecido en el artículo 33, pero, claro está, dentro del esquema de la atenuación que contempla su inciso segundo.

Estas razones indican la procedencia de la censura en cuanto a la violación directa de la ley y así se resolverá.

Por ser más desfavorable se dejará de aplicar el Decreto 1188 de 1974, adicionado por el Decreto 1060 de 1984, normas bajo cuya vigencia el sentenciado cometió el delito del cual se le ha declarado responsable.

La pena imponible que señala el inciso 2º del artículo 33, oscila entre uno y tres años de prisión y multa en cuantía de dos (2) a cien (100) salarios mínimos mensuales.

Las modalidades del hecho, la personalidad del procesado, la cantidad de droga incautada, indican que la pena privativa de la libertad debe señalarse en catorce (14) meses de prisión y la multa en cuatro (4) salarios mínimos mensuales.

Así se sustituye la pena impuesta en el fallo del Tribunal.

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

Resuelve:

1º *Casar* el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechado el 28 de diciembre del año próximo pasado, contra Noé Rodríguez, y en su lugar condenar a éste a purgar catorce (14) meses de prisión y al pago de cuatro (4) salarios mínimos mensuales, como responsable del delito descrito y punido en la Ley 30 de 1986.

Las accesorias se conservan pero con la modificación propia a la variación introducida a la pena privativa de la libertad.

2º El sentenciado fue capturado el 20 de marzo de 1985 (fl. 1) y dejado en libertad el 31 de julio del mismo año (fl. 115). Según constancia de folio 26 vuelto del cuaderno del Tribunal, para el 31 de julio de 1987 estaba nuevamente privado de libertad, situación que a la fecha de este proveído todavía perdura. Lo cual quiere decir, entonces, que Noé Rodríguez ha purgado la pena en forma efectiva, imponiéndose por tanto su libertad inmediata, siempre y cuando que otra autoridad, por motivo distinto a este proceso, no lo solicite. Su sitio de reclusión actual es la Cárcel de Girardot (Cundinamarca). Se librarán los oficios correspondientes.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Guillermo Dávila Muñoz, Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, José Ignacio Talero Lozada, Conjuez; *Edgar Saavedra Rojas.*

Gustavo Morales Marín, Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION. PRESCRIPCION DE LA PENA

Cuando el fallo de primera o de segunda instancia se halla recurrido, la captura del procesado no interrumpe la prescripción de la pena, así como tampoco la de la acción penal. Lo mismo ocurre con la comisión de un nuevo delito por el acusado

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 048 (Julio 28 de 1988).

Vistos:

En providencia de 31 de mayo último esta Sala dispuso oír el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal respecto de la posible aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal anterior con relación a los procesados *Gumersindo Durán Gómez* y *Zenén García*, por muerte del primero y prescripción de la acción penal para el segundo.

El señor Procurador ha solicitado de la Corte se abstenga de dar aplicación a la norma antes citada por considerar que, en sede de casación, no es competente para pronunciarse al respecto.

Los siguientes son los argumentos de la Delegada para sustentar su criterio:

"a) El artículo 15 del Código de Procedimiento Penal establece que el proceso sólo tendrá dos instancias salvo las excepciones legales.

"Estas últimas se refieren a los procesos de única instancia que se tramitan ante la honorable Corte Suprema de Justicia.

"Se afirma así, un principio ya decantado por la jurisprudencia, considerado siempre como fundamental, en cuya virtud se pregona que el recurso de casación no constituye una tercera instancia.

"Si lo anterior es cierto, resulta incuestionable que la honorable Corte, en sede de casación, no puede debatir cuestiones propias de las instancias, tanto más cuanto que el principio de la limitación del recurso, impide a tan alto Tribunal adentrarse en la consideración de situaciones que no hubiesen sido alegadas por el recurrente como motivos de casación.

"Impertinente sería traer a colación las innúmeras sentencias donde la honorable Corte, con muy sabias razones acoge los anteriores predicamentos.

"No puede desconocerse que muy diferente es la posición de los falladores de instancia y de la honorable Corte, frente al proceso y, en el recurso extraordinario de casación, pues al paso que los primeros tienen competencia para pronunciarse en torno a todos y cada uno de los aspectos del proceso, el Tribunal de casación, atado se encuentra por la demanda y por las causales taxativamente señaladas por la ley como sustentos del recurso.

"En este orden de ideas, considera esta Procuraduría que la honorable Corte, en casación, no debe entender de cuestiones propias y exclusivas de las instancias, como ésta que se le plantea de la prescripción de la acción penal frente al sentenciado Zenén García;

"b) Además de lo anterior, fuerza es relievar que el sentenciado Zenén García no recurrió del fallo de segundo grado, debiendo concluir entonces que su situación jurídica quedó definitivamente plasmada con aquel proveimiento, no siendo de recibo, tratar de revivir procesos finiquitados totalmente.

"Aún en el evento de que el sentenciado Zenén García hubiese recurrido en casación, no podría la honorable Corte resolver sobre la prescripción de la acción penal, por las siguientes y potísimas razones:

"a.1. De antiguo se ha venido pregonando que la prescripción de la acción es la sanción impuesta por el Legislador al Estado, cuando éste no cumple con la obligación de sancionar los ilícitos penales, dentro de los términos que para tales efectos se acuerdan en los Códigos de procedimientos.

"Si esta apreciación es valedera no cabría invocar esta figura jurídica, cuando el Estado ha cumplido con la obligación de sancionar dentro de los términos previstos.

"Estos términos no pueden rebasar la sentencia de segundo grado, pues el proceso cuando más sólo puede tener dos instancias.

"a.2. Quienes sostienen que los términos anteriores se prorrogan por efectos del recurso de casación, pues la sentencia no ha ganado ejecutoria, se aferran a una interpretación literal de agunos artículos del Código Penal, sin parar mientes en que tales textos deben mirarse como integrantes de un ordenamiento y por tal razón han de interpretarse en forma armónica con el resto de disposiciones.

"El Capítulo Quinto, del Título III, del Libro 1º del Código Penal, visto en su conjunto, permite concluir que el término de prescripción de la acción penal se inicia en el momento de la consumación del hecho punible y concluye con la sentencia de segundo grado. A partir de ese momento, surge otra figura jurídica, completamente diferente a la anterior: La prescripción de la pena.

"De no ser lo anterior así, no tendría sentido alguno el artículo 89 del Código Penal.

"'*Interrupción del término prescriptivo de la pena:* La prescripción de la pena se interrumpirá cuando el condenado fuere aprehendido en virtud de la sentencia'.

"En efecto:

"Si pendiente la resolución del recurso de casación, el acusado es aprehendido en razón de una sentencia de condena, se interrumpirá el término de prescripción de la pena. Si este término se interrumpe, es porque estaba corriendo. ¿Desde cuándo? Desde el momento mismo en que se agotó la segunda instancia.

"Ha de entenderse entonces que desde aquél instante quedó ejecutoriada la sentencia, pues el recurso extraordinario de casación, como acción de impugnación, no constituye una tercera instancia y tan sólo tiene la virtualidad de suspender los efectos de la cosa juzgada;

"d) El caso del sentenciado Gumersindo Durán Gómez bien merece acotación especial:

"Tal como se dijo, Durán Gómez fue condenado en definitiva a purgar treinta años de presidio, interpuesto el recurso extraordinario de casación y cuando ésta aún no había sido fallado, dejó de existir en la Penitenciaría de Tunja, el 29 de noviembre de 1984 (fl. 867, cuaderno Nº 9), mientras purgaba la pena impuesta.

"Su situación jurídica se encuentra normada entonces por el artículo 76 del Código Penal, que reza:

"'La muerte del sindicado extingue la respectiva acción penal. La del condenado, la pena...'

"El recto entendimiento de esta norma permite concluir que cuando el deceso del justiciable se produce en la etapa del sumario, se opera el fenómeno de la extinción de la acción penal respecto de él; mas cuando este fenómeno ocurre, en la etapa del juicio, surge la figura jurídica de la extinción de la pena.

"Si el Estado, frente a Gumersindo Durán Gómez cumplió con su obligación de investigar los punibles a él atribuidos y de sancionarlo dentro de los términos legales y si además el sentenciado purgó hasta donde físicamente pudo, la pena impuesta, parécele a esta Procuraduría un contrasentido invocar ahora la figura jurídica de la precripción de la acción penal.

"Surgiría entonces el fenómeno de la prescripción de la pena, pero como ya se vio, mal podría la honorable Corte en sede de casación, ocuparse de estos temas, propios de las instancias".

Consideraciones de la Corte:

En el mismo orden en que la Delegada expone sus argumentaciones para concluir que la Corte, en sede de casación, no tiene competencia para pronunciarse respecto de la aplicación del artículo 163 del

Código de Procedimiento Penal, procede la Sala a dar respuesta a sus planteamientos, apoyada no solamente en los textos legales aplicables al caso concreto, sino a su ya reiterada posición sobre el tema.

Sea lo primero señalar que este proceso se rige por el Código de Procedimiento Penal anterior pues solamente se halla pendiente de resolver el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto por varios de los procesados y algunos defensores, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar con fecha 17 de junio de 1982 (art. 677 del Código de Procedimiento Penal vigente).

No obstante lo anterior y como quiera que la Delegada hace referencia expresa a preceptos del nuevo ordenamiento procedimental, la Sala al dar respuesta a sus interesantes planteamientos, se referirá a tales disposiciones.

a) Es absolutamente cierto que el proceso penal, salvo las excepciones legales, tiene solamente dos instancias. Esto lo determina la actual codificación procesal penal en su artículo 15 pero, ello de modo alguno, impide que la Corte en sede de casación (recurso extraordinario), pueda atender asuntos que aparentemente son del resorte del juzgador de primera ó de segunda instancia.

El artículo 163 del Código de Procedimiento Penal que rige este asunto (Decreto 409 de 1971) enseña que "*en cualquier estado del proceso* en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que *la acción penal* no podía iniciarse o *proseguirse*, el juez, previo concepto del Ministerio Público, *procederá, aún de oficio*, a dictar auto que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el procesado".

Uno de esos motivos, es el de la prescripción de la acción penal y la extinción de ella, por muerte del procesado. La misma causal se halla prevista en el artículo 34 del actual Código de Procedimiento Penal.

La prescripción, o sea el transcurso del tiempo cuando el Estado no logra, en un determinado lapso, establecer la existencia o inexistencia de un hecho punible o la responsabilidad o inocencia de una persona, la ley considera que existen intereses superiores que hacen imperativo el agotamiento de la acción penal, como lo es, entre otros, el derecho del imputado a que se libere de la persecusión procesal

Ahora bien. Como la Delegada afirma que la Corte no tiene competencia para pronunciarse en sede de casación sobre temas como el de la prescripción, debe la Sala consignar la evolución jurisprudencial sobre la materia y determinar si en efecto, la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal anterior (art. 34 del actual) puede ser adoptada por la Corte o si dicha decisión corresponde exclusivamente a los juzgadores de instancia, como se afirma.

Inicialmente la Corte sostuvo que el único competente para decidir sobre la prescripción de la acción era el juez de primera instancia, cuando en auto de 15 de diciembre de 1964 se abstuvo de revisar, como juzgador de segunda instancia, la consulta de un proveído calificatorio del mérito del sumario. Dijo la Sala en aquella oportunidad:

"Pero se advierte que la acción penal se halla prescrita, pues los hechos denunciados tuvieron lugar con anterioridad al mes de octubre de 1949, por lo cual el auto de sobreseimiento consultado habrá de revocarse por la Sala con la finalidad distinta de que el Tribunal *a quo* decida, por ser de su incumbencia, sobre la aplicación del artículo 153 del estatuto procesal por ese concepto" (G. J. Tomo LXXIX, pág. 368).

Ya para 1962 la Sala, en providencia de 26 de febrero, admitió la competencia del juez de segunda instancia para pronunciarse sobre la prescripción de la acción penal cuando afirmó "...Por lo demás, nada impide que tal decisión se haya tomado en segunda instancia, porque como muy bien lo dice el Tribunal *ad quem*, ello, 'en manera alguna da a tal proveído el carácter y calidad de sentencia principal', ya que esta superioridad puede dictar la providencia de que trata tal disposición, como quiera que ella pueda dictarse *'en cualquier estado del proceso'*. Tan evidente es lo anterior que bien podría considerarse como un posible delito de abuso de autoridad... el hecho o circunstancia de no dictarse ese proveído cuando hay lugar a ello..." (G. J. Tomo XCVII, pág. 178).

Y en proveído de 10 de noviembre de 1958, extendió dicho criterio a la Corte en sede de casación, cuando dijo: "La sentencia sobre prescripción de la acción penal y la consiguiente cesación del procedimiento puede y debe dictarse dice el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, 'en cualquier estado del proceso'. Lo cual quiere decir que en el momento mismo en que se compruebe plenamente la inexistencia del hecho imputado, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, el juez debe dictar sentencia en que así lo declare. El 'juez' de que habla la ley no es solamente el que conoce del proceso en primera instancia. Lo es también el que conoce de segunda y del mismo carácter participa la Corte en casación. Por consiguiente, la sentencia sobre cesación de procedimiento puede dictarla *el juez a quo*, o *el juez ad quem*, o *la Corte como Tribunal de casación*".

"Es cierto que la sentencia de que se viene hablando 'debe ser consultada', pero ello no quiere decir que cuando no pueda serlo no deba dictarse. A nadie se le ocurriría sostener que la Corte no puede dictar sentencia sobre cesación del procedimiento en los negocios que conoce en única instancia por no tener superior jerárquico con quien consultar su decisión".

"Cuando la ley dice que la sentencia *debe ser consultada*, presupone que quien la dicta tiene superior ante el cual pueda surtirse ese grado de jurisdicción. Si no la tiene, ello no quiere decir que deba abstenerse de dictar sentencia. Solamente así se cumplen las finalidades de la disposición consagrada en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal sobre la inmediata cesación del procedimiento '...en cualquier estado del proceso...' en que las causas para decretarla se presenten" (G. J. Tomo LXXXIX, págs. 587, 588 y 1958).

Y respecto de la aplicación del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal vigente, la Sala en providencia de 12 del presente mes y año al responder a la Delegada, puntualizó:

"La respuesta a la anterior solicitud plantea un problema de fondo, que no encuentra solución en el citado artículo 34 (que únicamente señala las causales que dan lugar a la cesación y el momento procesal adecuado para disponerla) y que es necesario resolver por la Sala: ¿Puede el juez *ad quem* ordenar la cesación de procedimiento regulada en el referido texto legal? Para responder acertadamente este interrogante, es preciso distinguir varias hipótesis:

a) El *ad quem* debe desatar el recurso interpuesto contra una providencia en la cual el funcionario de primera instancia se pronunció sobre la cesación o no cesación de procedimiento. Evidentemente que en este caso tiene plena competencia para decidir sobre ello, porque esa es precisamente la materia objeto del recurso;

"b) El *ad quem* debe resolver la apelación interpuesta contra un auto en el cual no se trató la cesación de procedimiento. En esta hipótesis es necesario hacer una nueva distinción, según sea la naturaleza de la causal que pretenda tenerse en cuenta como fundamento para disponer en la segunda instancia la finalización del proceso:

"b.1. Si se trata de una causal objetiva (como la muerte del procesado, la prescripción de la acción penal, la amnistía, el desistimiento, la oblación, la descriminalización de la conducta) es claro que el juez *ad quem*, al igual que esta Sala aunque actúe como Tribunal de casación, no solamente pueden sino que deben ordenar la cesación de procedimiento. Obsérvese que cuando se presenta una cualquiera de estas causales objetivas, el Estado de inmediato pierde la competencia para continuar desarrollando la acción penal; lo único que puede hacer el *ad quem* es reconocer la ocurrencia de la causal y ordenar la cesación del proceso por haberse extinguido la acción penal y carecer, por tanto, de competencia para desatar el recurso interpuesto";

"b.1. Si la causal que se pretende invocar por el *ad quem* o que ante él se aduzca, no es de carácter eminentemente objetivo, sino de aquellas que requieren de una valoración subjetiva o de responsabilidad, considera la Sala que disponer la cesación de procedimiento no es posible, por carecer el *ad quem* de competencia para ello, toda vez que ésta, ante los claros y enfáticos términos del artículo 538, está circunscrita a 'decidir sin limitación alguna, *sobre la providencia impugnada*', únicamente. Al contrario de lo que sucede cuando se trata de una causal eminentemente objetiva, en este caso el Estado conserva su plena competencia para seguir impulsando y desarrollando la acción penal, y entonces el *ad quem* debe cumplir con la obligación de desatar el recurso".

"La economía procesal 'invocada para posibilitar en la hipótesis que se comenta el pronunciamiento por parte del juez de segunda instancia, no es argumento válido, porque dicha «economía procesal» no fue prevista por el legislador como factor o fuente de competencia, y por ende, mal puede enfrentársele al amplio pero al mismo tiempo limitante texto del artículo 538 ya citado. Además, la «economía procesal» que con esta prórroga de competencia se busca, no siempre resulta convincente a los fines del proceso, pues a veces la celeridad puede entorpecerlos. Téngase en cuenta, también, que cuando como en el caso *sub exámine*, la apelación se haya otorgado en el efecto

devolutivo, el *ad quem* desconoce el desarrollo ulterior de la investigación, cuyos resultados han podido haber variado en virtud de pruebas practicadas con posterioridad a la remisión del expediente. No conviene que un juez decida sobre la acción penal sin estar en posición de todo lo actuado y sin conocer, por ende, la realidad que él encierra, que puede ser muy distinta de la que alcanza a conocer en el cuaderno que se le ha remitido, el cual constituye su única fuente de conocimiento sobre lo que se investiga. Puede, así mismo, esta pretermisión de instancia dar lugar a pronunciamientos judiciales enfrentados, pues por haberse concedido el recurso en el efecto devolutivo, el funcionario de primer grado conserva competencia para seguir actuando'.

"En síntesis, pues, sólo ante la presencia de causales eminentemente objetivas puede el juez *ad quem* ordenar la cesación de procedimiento, porque en el momento mismo de estas presentarse la acción penal se extingue y con ella muere también la competencia" (Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz).

En el presente caso resultaría contrario al anterior criterio que se insistiera en surtir un traslado en sede de casación para que el defensor de Gumersindo Durán Gómez presente demanda en busca de la invalidación del proceso o de sentencia sustitutiva, cuando la muerte del procesado, de suyo, extingue la acción penal o la pena, según el caso. Y, respecto del procesado Zenén García, ocurre algo similar, pues el traslado como parte no recurrente se halla consagrado con la finalidad exclusiva de que se presente alegato de oposición o de coadyuvancia, actuación que sólo puede cumplirse por quien ostenta la calidad de parte y cuando tiene interés jurídico para intervenir en el recurso extraordinario de casación.

Por ello, cuando la acción se halla prescrita respecto de un procesado, este no tiene interés para intervenir en el recurso extraordinario propuesto por otra cualquiera de las partes, salvo que, expresamente renuncie a la prescripción en su debida oportunidad.

Y si como ya se dijo, la prescripción o la extinción de la acción, limita la competencia del juzgador, actuación distinta a su declaratoria, resulta viciada de nulidad absoluta;

b) Contrariamente al pensar de la Delegada considera la Sala que la situación jurídica del procesado Zenén García no quedó definitivamente plasmada en la sentencia de segundo grado al no haberse interpuesto el recurso extraordinario de casación por él o su apoderado pues, ella no ha hecho tránsito a cosa juzgada ni puede ejecutarse hasta tanto no se decida el recurso interpuesto por sus compañeros de causa y defensores.

En efecto. Como anteriormente se dejó consignado, *las partes tienen la facultad de impugnar o no el fallo de segundo grado dictado por los Tribunales Superiores. Cuando lo hacen, tienen el carácter de recurrentes y si se abstienen de hacerlo o dejan vencer los términos para ejercitar el citado derecho, se constituyen automáticamente en partes no recurrentes.*

En este último caso y cuando los recurrentes han presentado la demanda correspondiente por medio de abogado y la Corte la admite por reunir los requisitos formales, el no recurrente puede comparecer al proceso para oponerse a las pretensiones de la demanda, solicitando a la Corte que no se case el fallo impugnado. Es el caso del absuelto cuando el fallo es impugnado por el Ministerio Público o la parte civil; o de coadyuvancia, cuando la parte no recurrente acoge las pretensiones de la demanda y solicita de la Corte el quebrantamiento de la sentencia recurrida, bien sea para que se declare la nulidad del proceso o para que se dicte providencia sustitutiva cuyo contenido resulte más favorable que el de la decisión censurada.

Como puede verse, ni en el primer caso, así como tampoco en el segundo, puede hablarse de situaciones jurídicas definidas, pues ello sólo está reservado para decisiones que ponen fin al proceso, es decir, cuando hacen tránsito a cosa juzgada.

Con base en el anterior criterio, solamente puede hablarse de prescripción de la pena cuando desde la ejecutoria del fallo definitivo (sentencia condenatoria) ha transcurrido un tiempo igual al fijado en ella como sanción privativa de la libertad, pero en ningún caso inferior a cinco años y en este mismo lapso en tratándose de penas no privativas de libertad.

Dicho término se interrumpe cuando el condenando *fuere aprehendido en virtud de la sentencia o si cometiere nuevo delito mientras corre el término prescriptivo.*

Cabe afirmar entonces que cuando el fallo de primera o de segunda instancia se halla recurrido, la captura del procesado no interrumpe la prescripción de la pena, así como tampoco la de la acción penal. La pena en este evento no puede prescribir, ya que desde el mismo momento de la ejecutoria de la sentencia, procede su ejecución. Y la segunda tampoco se ve afectada ya que ella depende exclusivamente del tiempo, independientemente de la captura o no del procesado.

Lo mismo ocurre con la comisión de un nuevo delito por parte del acusado. Si la sentencia se halla ejecutoriada, el término prescriptivo de la pena se ve interrumpido automáticamente y desde esa misma fecha se iniciaría nuevamente dicho lapso y simultáneamente en el nuevo asunto, se inicia el término prescriptivo de la acción penal. En cambio si no se ha dictado fallo definitivo o proferido no ha alcanzado ejecutoria, la comisión de un nuevo hecho punible, no afecta la prescripción de la pena que, como ya se dijo, no se ha iniciado.

En el caso concreto, Zenén García fue condenado en sentencia de primer grado de fecha 30 de noviembre de 1977 una vez concluyó el Consejo Verbal de Guerra a la pena privativa de la libertad de *cinco (5) años de presidio (hoy prisión)* como *cómplice no necesario* en el delito de secuestro de Nelson J. Machado, sanción que fue confirmada por el Tribunal Militar el *17 de junio de 1982*. La Corte no ha decidido el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segunda instancia.

El Comandante de la Quinta Brigada mediante Resolución número 100 del 27 de octubre de 1977, convocó un Consejo Verbal de Guerra

en la Guarnición de Cúcuta, a partir de las 8:00 horas del día *2 de noviembre siguiente*. Esta fecha es la que tendrá en cuenta la Sala para realizar los cómputos pertinentes con el fin de establecer si la acción penal se halla o no prescrita respecto del procesado Zenén García.

Como ya se dejó precisado en providencia de 27 de abril del año próximo pasado, para los efectos de la prescripción de la acción penal, el actual Código Penal (Decreto 100 de 1980) resulta más favorable para el procesado ya que el delito por el cual se le juzgó y halló responsable (art. 283, agravado por los numerales 4º y 5º de la Ley 21 de 1973) permitía imponer como máximo, pena privativa de la libertad de veinte (20) años, que disminuida en una sexta parte (art. 20) es decir en tres (3) años y cuatro (4) meses, o sea que frente al Código Penal de 1936 su comportamiento prescribiría en *dieciséis (16) años y ocho (8) meses*. En cambio, el artículo 268 de la actual legislación, tiene prevista como pena máxima privativa de la libertad la de quince (15) años de prisión, aumentada hasta en la mitad en razón de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 270 *ibidem*, para una pena máxima imponible de veintidós (22) años y seis (6) meses, la que resulta disminuida por la circunstancia prevista en el artículo 24, es decir, en una sexta parte que equivale a tres (3) años y nueve (9) meses, para quedar fijada en un máximo de *dieciocho (18) años y nueve (9) meses de prisión*.

Pero como en este caso resulta igualmente aplicable el artículo 84 del Código Penal, el término prescriptivo se reduce en la mitad, es decir, la acción prescribe en *nueve (9) años, cuatro (4) meses y quince (15) días*, lapso que se encuentra superado teniendo en cuenta que desde la iniciación del Consejo Verbal de Guerra (2 de noviembre de 1977) han transcurrido *diez (10) años y casi nueve (9) meses*, razón por la cual habrá de declararse la improcedibilidad de la acción respecto del citado procesado, ordenando la cesación de procedimiento en su favor, al tenor del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal anterior.

Y si se atendiera el concepto del señor Procurador Delegado, la pena impuesta en la sentencia de segundo grado (cinco —5— años de prisión) estaría igualmente prescrita ya que dicho fallo se pronunció el 17 de junio de 1982, es decir, hace más de *seis (6) años* y el procesado no fue capturado en ese lapso.

En cuanto al procesado Gumersindo Durán Gómez, se halla debidamente acreditado su fallecimiento en el Hospital San Rafael de Tunja, el 27 de noviembre de 1984, según consta en la partida de defunción expedida por el señor Notario Segundo del Circuito de Tunja visible a folio 857 del cuaderno de la Corte, razón suficiente para declarar la cesación de procedimiento por extinción de la acción penal.

Finalmente, como el procesado José Vicente Zabala Amézquita demanda de la Corte el reconocimiento de la rebaja prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, se le hará saber que la Corte solamente es competente para dar curso a su petición cuando ella comporta el beneficio de libertad provisional, en cuyo caso es necesario que el procesado acompañe los documentos a que se refiere el artículo 628 *ibidem*. El simple reconocimiento de la reducción de pena,

por confesión, es de competencia exclusiva del juez de primera instancia al tenor del artículo 616 del Código de Procedimiento Penal vigente.

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

Resuelve:

1º *Declarar prescrita* la acción penal en estas diligencias respecto del procesado Zenén García. En consecuencia, se ordena la cesación del procedimiento en su favor.

2º *Declarar extinguida* la acción penal respecto del procesado Gumersindo Durán Gómez por hallarse debidamente acreditada su muerte. En consecuencia, se ordena la cesación de procedimiento en su favor.

3º *Abstenerse* de dar curso a la petición de rebaja de pena por confesión, elevada por el procesado José Vicente Zabala Amézquita, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

En firme la providencia de 31 de mayo último, dése cumplimiento al numeral quinto (5º) de la misma.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

APELACION

En el nuevo Código de Procedimiento Penal, las excepciones a la consecuencia del efecto suspensivo (su no cumplimiento mientras no se encuentre en firme), tienen que consagrarse de manera expresa, situación que no ocurría para la sentencia en el Procedimiento Penal de 1971

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 49.

Por vía de apelación, revisa la Sala el auto de 26 de febrero del presente año, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué dispuso la detención preventiva de la doctora *Lucy Amparo Sánchez Quintero*, Juez Primera Penal Municipal del Líbano, por el delito de prevaricato.

Antecedentes:

En el Juzgado Primero Penal Municipal del Líbano, a cargo de la doctora Lucy Amparo Sánchez Quintero, se inició un sumario por el delito de lesiones personales en contra de Juan Manuel Muñoz Peñuela, a quien previa indagatoria se le dictó auto de detención, con libertad provisional por estimarse que en el evento de condena la pena no excedería de 3 años de prisión. El 8 de julio de 1986 el sumario fue calificado con auto de proceder y la juez consideró que el sindicado requería "tratamiento penitenciario", motivo por el cual le revocó la libertad, y a los 8 días expidió la orden de captura, la cual no se hizo efectiva, procediéndose entonces a emplazarlo y declararlo sindicado ausente, designándosele como defensor de oficio al mismo profesional que lo venía asistiendo en la instrucción, doctor José Bercelio Angel, quien apeló dicha providencia solamente en lo que atañe a la revocación de la libertad y la consecuente expedición de la orden de captura. El 9 de octubre se concedió el recurso en el efecto devolutivo y las copias del expediente fueron remitidas, correspondiéndole conocer al Juzgado Segundo Penal del Circuito del Líbano, que las regresó para que la impugnación se concediera correctamente, es decir en el efecto suspensivo, cumplió lo cual revisó la totalidad del encausamiento y le impartió confirmación, mas revocó el punto materia del recurso por considerar que el sindicado Muñoz Peñuela sí sería acreedor a la condena de ejecución condicional, ya que no necesitaba tratamiento

penitenciario. Rituada la causa, la doctora Sánchez Quintero profirió el 8 de septiembre de 1987 sentencia condenatoria e impuso al procesado la pena principal de 32 meses de prisión y las accesorias de rigor. Por otra parte, reiteró sus planteamientos del auto de proceder, para concluir en que el procesado sí necesitaba tratamiento penitenciario. En consecuencia, le revocó la libertad y al otro día libró orden de captura. Recurrido el fallo, el Juzgado Segundo Penal del Circuito revocó nuevamente la negativa a concederle el sustituto penal, y, por tanto, canceló la orden de aprehensión.

El 10 de septiembre de 1987 el defensor del procesado, doctor José Bercelio Angel, presentó denuncia penal contra la juez Sánchez Quintero por los delitos de "prevaricato y abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto", afirmando que la juez concedió el recurso contra el auto de proceder en efecto devolutivo "en un afán por continuar las pesquisas tendientes a capturar a mi mandante", y, en segundo lugar, que "ayer 9 de septiembre (sic) la juez dicta sentencia en la cual condena a mi defendido a 32 meses de prisión, sentencia de la que no me aparto en ese aspecto pero que la agrava afirmando que pese a lo que diga el superior o lo que conceptúe la fiscalía, ella sigue considerando que este individuo es peligroso y por tal razón insiste en que se le debe capturar y hacer pagar la condena y así ha procedido, revocando el beneficio de libertad que había concedido el superior y librando orden de captura en contra de mi mandante. Con su conducta considero que ha violado la ley, pues como lo ha comentado sabe que el superior revocará la orden de captura, pero entre el lapso de la captura y la providencia del superior, mediará un tiempo en el cual o mi mandante va a la cárcel caso en el cual pierde su año de estudio o mi mandante se oculta o huye para evitar la captura caso en el cual también perderá su año lectivo, conducta que se aparta totalmente de la recta administración de justicia, de la interpretación de la función y del sentido de la ley, y no sé qué clase de intereses tiende a favorecer o a qué personas protegerá" (fl. 3 vto.).

Luego de algunas diligencias preliminares el Tribunal abrió investigación y escuchó en indagatoria a la sindicada, a quien le resolvió la situación jurídica dictándole auto de detención por dos delitos de prevaricato por acción: El primero, consistente en haber violado el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal (de 1971, que era el que gobernaba el proceso por lesiones personales) en cuanto a la concesión del recurso contra el auto de proceder, y el segundo, por violación al artículo 208 *ibidem*, ya que la juez no esperó a que la sentencia estuviera ejecutoriada para dar cumplimiento a la orden de revocación de la libertad provisional allí misma dispuesta, sino que al día siguiente de proferido el fallo expidió el oficio para que el procesado fuera aprehendido. "Se debe evidenciar —dice el auto— que esta orden se dio contraviniendo también lo reglado en el artículo 217 del actual ritual penal" (fl. 111). El Magistrado David Rafael Castelbondo salvó el voto, por considerar que los hechos no eran constitutivos de prevaricato sino de abuso de autoridad.

Señala el Tribunal, de otra parte, que el primer prevaricato aparece cometido en vigencia de la Ley 2ª de 1984, y el segundo bajo el imperio del nuevo Código de Procedimiento Penal, que expresamente

prohibe la excarcelación para esta clase de punible. Por favorabilidad dio aplicación a la ley permisiva (2ª de 1984) y concedió a la juez la libertad provisional caucionada con dos salarios mínimos.

Contra dicha medida cautelar se interpusieron los recursos de reposición (como principal) y apelación (subsidiariamente) por el defensor de la doctora Sánchez Quintero, quien en primer lugar sustenta que como el apoderado de Muñoz Peñuela únicamente recurrió el auto de proceder respecto de la negativa de libertad, es explicable que la juez haya acudido al efecto devolutivo, y, además, que, acorde con el artículo 486 del Código de Procedimiento Penal, la orden de detención debía cumplirse de manera inmediata. Si ello se predica del auto de proceder —dice el recurrente— con mayor razón debe hacerse de la sentencia. "En consecuencia —colige—, tampoco la acusada incurrió en prevaricato cuando libró la orden de captura subsecuente al fallo condenatorio de primera instancia que profirió contra el mencionado Juan Manuel Muñoz Peñuela" (fls. 132).

El Tribunal mediante auto de 7 de abril último no repuso su anterior decisión, y concedió la apelación. Vuelve aquí a insistir el Tribunal en que "dos son las situaciones que en opinión de la Sala, por mayoría, configuran el delito de prevaricato por acción: Una, plasmada en el auto fechado el 9 de octubre de 1986 visible a folio 29, la otra en el oficio del 9 de septiembre de 1987, que corre a folio 56 de este proceso" (fl. 134).

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que se confirme la providencia, pues "encontramos muy puestos en razón los planteamientos del Tribunal cuando afirma que aparecen evidentes dos quebrantamientos de la ley penal. El primero de ellos al haberse concedido en efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto contra el auto de proceder, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal a la sazón vigente, y el segundo cuando al proferir sentencia condenatoria contra Muñoz Peñuela, dispuso librar orden de captura en su contra, lo que efectivamente hizo, inmediatamente, contrariando lo establecido en el artículo 208 del mismo estatuto procedimental, en una forma evidentemente dolosa".

Se considera:

1. Es cierto que de conformidad con el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal de 1971 el recurso de apelación interpuesto contra el auto de proceder debe concederse en el efecto suspensivo. La juez aquí sindicada lo concedió, por el contrario, en el efecto devolutivo, por medio de auto de 9 de octubre de 1986, que se viene considerando prevaricador, y cuyo tenor es el siguiente:

"*Concédase en el efecto devolutivo el recurso de apelación* oportunamente interpuesto por el defensor de oficio, doctor José Bercelio Angel, contra el auto de proceder en cuanto a la parte que hace mención a la revocatoria del beneficio de libertad provisional que venía gozando su representado y a la orden de captura impartida por este Despacho en su contra en el susodicho auto. Lo anterior de conformidad con el artículo 196, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal.

El cual se concederá una vez quede ejecutoriada la providencia recurrida, a la vez que se remitirá el cuaderno de copias al Juzgado Penal del Circuito Reparto de la localidad para que resuelva lo pertinente" (fl. 29).

El precepto en el cual basó la funcionaria su decisión, dice: "Los autos interlocutorios dentro del juicio son apelables en el efecto suspensivo, excepto los que se refieren a la detención o libertad del procesado". Entendió, pues, la juez, que como el defensor no había manifestado su inconformidad con la vocación a juicio, sino solamente en punto a la libertad, era el devolutivo el efecto que procedía: Este criterio no se exhibe arbitrario ni caprichoso para que se le pueda catalogar de prevaricante, ya que, como se vio, encuentra respaldo aparente en la ley. Ocurre, sin embargo, que el recurso de apelación otorga al *ad quem* la facultad de revisar *la totalidad de la providencia* impugnada (art. 3º. Ley 17 de 1975), y esta capacidad legal no puede cercenársela el recurrente al limitar la apelación a uno solo o a varios de los asuntos objeto de la decisión. Si apela y sustenta oportuna y debidamente su recurso, por ministerio de la ley el juez *ad quem* queda facultado para pronunciarse sobre todo el proveído, aunque, como ya ha sostenido esta Sala, sólo tenga la obligación de referirse en concreto a la materia tratada en el memorial de sustentación. Dijo al respecto esta Corporación en auto de 11 de noviembre de 1986:

"...La parte, al hacer uso de esta carga, debe saber que corre el riesgo de que se le desmejore su situación, no sólo respecto del cargo combatido, sino de los que ha aceptado sin protesta alguna, y debe saber, también, que su inconformidad, si es debidamente argumentada, puede comprometer, con los mismos riesgos, a las demás partes que no impugnaron la providencia, tal como lo dispone el artículo 197 *bis* ya citado (3º Ley 17 de 1975), es decir que, en principio y dentro de una sana interpretación integrada de los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984 y 197 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de apelación impone al *ad quem* únicamente la obligación de revisar y pronunciarse sobre la parte de la providencia impugnada que fue objeto de sustentación, pero no le restringe la posibilidad legal de afectar con su determinación otros puntos de la decisión protestada, que el recurrente, por voluntad o descuido, no incluyó en su memorial sustentador".

En dicho orden de ideas, la juez ha debido conceder el recurso de apelación contra el auto de proceder en el efecto suspensivo; pero resulta obvio que el haberlo hecho en el devolutivo, sólo conforma un error en la interpretación del articulado correspondiente, equivocación que, por lo tanto, y tal como se precisó líneas arriba, no puede configurar prevaricato.

En cuanto a la orden de captura que la funcionaria expidió sin que estuviera ejecutoriado el pliego de cargos, basta decir que esa actuación que se le censura tiene respaldo claro en el artículo 486 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

> "Ejecución inmediata de detención y embargo. La apelación del auto de proceder no impedirá la ejecución de la detención del procesado ni de las medidas preventivas sobre sus bienes si hubieren sido ordenadas en dicha providencia".

Por este aspecto, entonces, el comportamiento de la doctora Sánchez Quintero es igualmente atípico.

2. En cuanto *al segundo cargo que también ha sido considerado como prevaricato, el Tribunal precisó lo siguiente al no reponer el auto de detención: "...Hasta el momento aparece palmar que la contradicción entre la ley procesal que dispone que la sentencia no puede ejecutarse hasta que no se halla en firme, y la titular del Juzgado Primero Penal Municipal del Líbano, actuó de modo diametralmente distinto" (fl. 135).*

La referida "ley procesal" es el artículo 208 del Código de Procedimiento Penal de 1971, que dice:

> *"Cumplimiento de las providencias en el juicio. Salvo lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 179, en el curso del juicio ninguna providencia se cumplirá mientras no esté ejecutoriada".*

El mencionado inciso 2º se refiere a los autos de sustanciación que no se notifican y que son de cumplimiento inmediato: En estas condiciones, no cabe predicar de ellos ninguna clase de ejecutoria, pues, repítese, no son notificables, siendo dable colegir, por tanto, que ese precepto no es, hablando con propiedad, ninguna clase de excepción a la regla del artículo 208; en cambio, la excepción es la que figura en el inciso 2º del artículo 196 del estatuto que se viene citando, cuyo tenor es el que sigue:

> *"Los autos interlocutorios dentro del juicio son apelables en el efecto suspensivo, excepto los que se refieren a la detención o libertad del procesado".*

Mas resulta que la providencia que dictó dentro del juicio la funcionaria acusada, no fue un auto interlocutorio, sino una sentencia, en la cual se consideró que el procesado no tenía derecho a la condena de ejecución condicional, y con base en esta consideración se le revocó la libertad provisional y se ordenó su captura. Además, téngase en cuenta que la apelación contra la sentencia debe concederse en el efecto suspensivo por mandato expreso del artículo 197 del Código de Procedimiento Penal de 1971, lo cual implica que, recurrida, no se le puede dar cumplimiento en ninguna de sus partes, y si se quiere hacer una excepción a esta regla general, debe el legislador consagrarla expresamente, como lo hizo para el auto de proceder en lo que atañe a la detención y al embargo en el artículo 486 atrás copiado: Pretender extender este precepto a la sentencia, entrañaría sin duda alguna una aplicación analógica en perjuicio del procesado, lo cual, es bien sabido, no está permitido.

Es cierto que esta Sala, en casación del 27 de julio de 1982, que le sirve de apoyo al defensor de la juez Sánchez Quintero, dijo: "...si se llenan los requisitos para dictar sentencia definitiva condenando a una persona, con mayor razón hay en esta determinación los elementos que permiten ordenar que se le prive de la libertad, mientras se consulta la sentencia o se surte la apelación", texto del cual es factible entrever que no hay obligación de esperar la ejecutoria del fallo para que la privación de libertad allí dispuesta se cumpla de inmediato. Empero, ya se vio cómo esa interpretación no es la más acertada.

No sobra señalar que, ya en casos gobernados por el nuevo Código de Procedimiento Penal, las decisiones sobre libertad y detención deben cumplirse, sin ninguna limitante, *de manera inmediata. En efecto, su artículo 198 dice:*

> *"Cumplimiento inmediato. Las resoluciones relativas a la libertad y detención y las que ordenen medidas preventivas, aun cuando estén contenidas en providencias apelables en el efecto suspensivo, se cumplirán de inmediato".*

Adviértase que dicha disposición corrobora el aserto hecho líneas atrás, en el sentido de que las excepciones a la consecuencia del efecto suspensivo (su no cumplimiento mientras no se encuentre en firme), tienen que consagrarse de manera expresa, exigencia que, como ya se dijo, no ocurría para la sentencia en el procedimiento penal de 1971.

La diversidad de criterios jurídicos sobre el punto, nacida de una hermenéutica del articulado correspondiente, desde luego que impide endilgarle a la juez del Líbano una decisión "manifiestamente" contraria a la ley (art. 149 del C. P.): Ya se vio como la misma Corte proveyó en sentido similar al que se le reprocha a la funcionaria acusada.

Todo lo dicho significa que también por este aspecto la conducta de la juez deviene atípica, y, por ende, el auto de detención que se le dictó por el delito de prevaricato será revocado.

Dicha revocatoria, sin embargo, no comporta la cesación de procedimiento que solicita el defensor, pues ésta no procede en segunda instancia sino cuando se está en presencia de causales eminentemente objetivas, naturaleza de la cual no participa la atipicidad. Al respecto, dijo la Sala en auto de 12 de julio del año en curso:

"Si se trata de una causal objetiva (como la muerte del procesado, la prescripción de la acción penal, la amnistía, el desistimiento, la oblación, la descriminalización de la conducta) es claro que el juez *ad quem*, al igual que esta Sala aunque actúe como Tribunal de casación, no solamente pueden, sino que deben ordenar la cesación de procedimiento. Obsérvese que cuando se presenta una cualquiera de estas causales objetivas, el Estado de inmediato pierde la competencia para continuar desarrollando la acción penal; lo único que puede hacer el *ad quem* es reconocer la ocurrencia de la causal y ordenar la cesación del proceso por haberse extinguido la acción penal y carecer, por tanto, de competencia para desatar el recurso interpuesto.

"Si la causal que se pretende invocar por el *ad quem* o que ante él se aduzca, no es de carácter eminentemente objetivo, sino de aquellas que requieren de una valoración subjetiva, o de responsabilidad, considera la Sala que disponer la cesación de procedimiento no es posible, por carecer el *ad quem* de competencia para ello, toda vez que ésta, ante los claros y enfáticos términos del artículo 538, está circunscrita a 'decidir sin limitación alguna, *sobre la providencia impugnada*', únicamente. Al contrario de lo que sucede cuando se trata de una causal eminentemente objetiva, en este caso el Estado conserva su plena competencia para seguir impulsando y desarrollando la acción penal, y entonces el *ad quem* debe cumplir con la obligación de desatar el recurso".

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

Resuelve:

1. *Revocar* el auto de 26 de febrero del presente año, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué decretó la detención preventiva de la doctora Lucy Amparo Sánchez Quintero.

2. No disponer la cesación de procedimiento solicitada por el defensor de la doctora Sánchez Quintero, por las razones expuestas en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

LIBERTAD CONDICIONAL
CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR

Por favorabilidad, para los efectos del beneficio de libertad condicional previsto en el artículo 72 del Código Penal y 71 del Código de Justicia Penal Militar, debe aplicarse el primero sin consideración a lo normado en el artículo 74 del segundo estatuto

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 49.

Vistos:

El apoderado del procesado *Guillermo Ramírez Suárez* solicita para su patrocinado el beneficio de libertad provisional, por pena cumplida, con invocación del artículo 72 del Código Penal, Leyes 32 de 1971 y 48 de 1987, así como la aplicación del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal vigente, por confesión.

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares ha emitido concepto desfavorable para la excarcelación del procesado ya que no acredita el cumplimiento del factor cuantitativo de la sanción a que se refiere el artículo 74 del Código de Justicia Penal Militar, aplicable a este caso concreto por haber sido condenado por más de dos infracciones.

Consideraciones de la Corte:

El Tribunal Superior Militar mediante sentencia de fecha 5 de octubre de 1987, confirmó la dictada por la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal convocado en el Cuartel General de la Quinta Brigada de fecha 22 de abril inmediatamente anterior, por medio de la cual se condenó al capitán del ejército (r.) Guillermo Ramírez Suárez a la pena privativa de la libertad de *seis (6) años de prisión* como autor responsable de los delitos de Falsedad, Peculado y Hurto calificado.

El procesado fue detenido el 1º de octubre de 1985, es decir, ha descontado de la sanción impuesta *treinta y cuatro (34) meses y un*

(1) día. Por trabajo acredita 5.852 horas que le dan derecho a rebaja de *ocho (8) meses y ocho (8) días*, para un acumulado parcial de *cuarenta y dos (42) meses y nueve (9) días*.

El Tribunal Superior Militar en providencia de 16 de diciembre de 1987, otorgó al procesado la rebaja de pena prevista en la Ley 48 de 1987, es decir, una sexta parte de la pena impuesta en las instancias que equivale a *doce (12) meses*, los que sumados al parcial anterior, arroja un total de *cincuenta y cuatro (54) meses y nueve (9) días*, tiempo suficiente para acreditar el cumplimiento del requisito cuantitativo que exige el artículo 72 del Código Penal, norma aplicable por resultar más favorable al procesado que el artículo 74 del Código de Justicia Penal Militar, de acuerdo con lo dicho por esta Corporación en diferentes pronunciamientos.

En providencia de 10 de noviembre de 1987 se dijo:

"Es entendido, entonces, que si el Código Penal ordinario y el de Justicia Penal Militar, son ordenamientos orientados a la consagración de conductas punibles y muchas normas coinciden en su contenido literal, salvo lo relacionado con el sujeto activo de la infracción (parte especial), las contenidas en el último estatuto son a no dudarlo a las personas mencionadas expresamente en el artículo 170 de la Constitución Nacional y en casos taxativamente señalados en la Carta, precisamente por constituir un conjunto de disposiciones especiales".

"Pero respecto de las normas contenidas en el Libro Primero, tal como lo destacó la Sala en su fallo de 7 de febrero de 1984 y lo ratificó en la sentencia de 25 de abril de 1986 citada por la Delegada, el mandato del artículo 375 del Código Penal, es norma que hace extensivos los principios contenidos en la Parte General a toda la legislación colombiana, con las restricciones previstas en las disposiciones especiales".

"... ... ..."

"A este respecto cabe anotar que la norma prevista en el Código de Justicia Penal Militar resulta restrictiva frente a lo normado por el artículo 72 del Código Penal, que como ya se dejó dicho, las disposiciones del libro primero de este estatuto, se aplican extensivamente en toda la legislación colombiana, máxime que por mandato constitucional y legal (arts. 6º de los Códigos Penal y Penal Militar) la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable..."

Quiere decir lo anterior que para los efectos del beneficio de libertad condicional previsto en el artículo 72 del Código Penal y 71 del Código de Justicia Penal Militar, debe aplicarse el primero sin consideración a lo normado en el artículo 74 del segundo estatuto, ya que las cuatro quintas partes de la sanción impuesta para la procedibilidad del subrogado, resulta desfavorable para los intereses del procesado, frente a las dos terceras que exige el estatuto Penal ordinario.

Por ello, el tiempo que lleva el procesado en detención efectiva, sumado a las rebajas a que tiene derecho, resulta suficiente para predicar el cumplimiento del factor objetivo a que se refiere la norma invocada por el memorialista.

En cuanto a la reducción de pena prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, resulta improcedente ya que en oportunidad pasada el peticionario demandó su aplicación ante el Tribunal Superior Militar quien en providencia de 17 de noviembre de 1987, negó tal beneficio con fundamento en el criterio expuesto en la sentencia de segundo grado cuando se pronunció respecto al procesado Córdoba Mosquera, decisión que mantiene su vigencia, así ella no sea compartida por la defensa.

Por este aspecto, es decir, por confesión, no puede la Sala reconocer rebaja alguna para predicar el cumplimiento de la pena impuesta al procesado Guillermo Ramírez Suárez, pero tal circunstancia (su versión ante el instructor) sí refleja una personalidad que hace viable el beneficio de libertad provisional ya que los hechos a él imputados representan su primera incursión en el campo delictivo y son sus propios superiores quienes dan cuenta de su buena conducta anterior. Esto unido a su excelente conducta dentro del establecimiento carcelario y su permanente trabajo, llevan a la Sala a presumir su rehabilitación para vivir en sociedad y serle útil en el futuro, razón por la cual le otorgará su excarcelación previa caución prendaria por la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.oo) que depositará a favor del Comando de la Quinta Brigada del Ejército con sede en Bucaramanga y la suscripción de la diligencia de buena conducta y presentaciones personales cada quince (15) días ante la misma autoridad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares,

Resuelve:

1º *Conceder* al procesado Guillermo Ramírez Suárez el beneficio de libertad provisional previa caución prendaria por la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.oo) que depositará a favor del Comando de la Quinta Brigada y la suscripción de la diligencia de buena conducta y presentaciones personales cada quince (15) días ante la misma autoridad.

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

3º Para el cumplimiento de esta providencia se comisiona al señor Comandante de la Quinta Brigada con sede en Bucaramanga a quien se le librará la respectiva comunicación telegráfica.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CASACION. VEREDICTO

No es posible entrar a examinar la procedencia de la contraevidencia, que no está contemplada como motivo de casación, porque se llegaría así a una causal no prevista

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 051.

Vistos:

El procesado *Luis Ignacio Díaz Díaz* y su defensor interpusieron casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de marzo 20 de 1987, por la cual esta Corporación confirmó en su integridad el fallo de febrero 19 del mismo año proferido por el Juzgado Primero Superior de ese Distrito, el cual condenó al acusado a la pena principal de 96 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y al pago —en abstracto— de los perjuicios ocasionados como responsable del delito de tentativa de homicidio agravado en la persona de Gonzalo Guevara Martínez, hechos ocurridos en las horas de la noche del 14 de febrero de 1984 en la vereda El Portachuelo, jurisdicción del municipio antes citado.

La Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal se opuso en su concepto a las pretensiones del actor.

Hechos:

De acuerdo al proceso, el Tribunal los relató de la siguiente forma:

El martes 14 de febrero de 1984, como a eso de la una de la mañana, cuando Gonzalo Guevara Martínez se encaminaba a su morada de regreso de la faena laboral que había desarrollado en Belencito y cruzaba por cerca de la escuela de La Mesa, en la vereda de 'El Portachuelo' de la jurisdicción municipal de Santa Rosa de Viterbo, alguien que lo esperaba en la vera del camino, insidiosamente lo atacó con arma de fuego lesionándolo de un disparo hacia el brazo derecho y en el tórax. Como el atacado llevara consigo una linterna con la que instintivamente enfocara a su agresor, asevera que ya por sus destellos, ora por el reflejo de la luna, reconoció plenamente que quien así obró fue su vecino

y único enemigo que tenía en la vereda señor Luis Ignacio Díez Díaz. Agrega que a gritos pidió auxilios a los vecinos delatando la identidad de su agresor y como nadie lo escuchara, se encaminó a la residencia de su compadre José Reinaldo Díaz Cediel quien con su esposa lo condujo rápidamente al hospital de esta ciudad y de aquí a la clínica de Sogamoso en procura de auxilio médico, siendo así como salvó su vida".

Actuación procesal:

Iniciada la investigación y con base en las pruebas recibidas, se dispuso la detención del procesado. Una vez perfeccionada y habiéndose acreditado los antecedentes de enemistad entre el incriminado y la víctima; oídos numerosos testimonios y practicada la inspección judicial al lugar de los hechos se cerró y calificó con enjuiciamiento contra Luis Ignacio Díaz Díaz por tentativa de homicidio agravado providencia revocada por el Tribunal al resolver apelación, para sobreseer temporalmente y ordenar la práctica de determinadas diligencias.

Realizadas las pruebas ordenadas, se cerró nuevamente la investigación y se calificó con llamamiento a juicio para el procesado por tentativa de homicidio agravado. Ejecutoriada esta providencia se efectuó la audiencia, habiendo respondido el jurado de acuerdo con las peticiones de la defensa, que el procesado no era responsable "por falta de prueba suficiente", veredicto declarado contraevidente en providencia confirmada por el Tribunal. Realizada nueva audiencia, el jurado, de acuerdo con la solicitud del Ministerio Público, afirmó la responsabilidad del acusado, con base en lo cual se dictó la sentencia de primera instancia.

Recurrida esta, se confirmó por el Tribunal con negación de nulidades propuestas por el defensor mediante el fallo recurrido en casación.

La demanda:

Con resumen de los acontecimientos y de la actuación procesal, invoca el actor contra la sentencia las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal derogado (art. 226 Código vigente), en el orden expresado y formula con base en las mismas los cargos que se proceden a examinar, en primer término referentes a nulidad, ya que debe analizarse preferencialmente la validez de la actuación.

Causal cuarta: Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad.

Primer cargo: Consiste en que al declarar contraevidente el juzgado —en decisión confirmada por el superior— el veredicto emitido por el primer jurado, existiendo sólo prueba indiciaria contra el procesado, se desconocieron las normas procesales sobre el valor del veredicto del jurado y se abusó de la facultad de declarar la contraevidencia (arts. 535, 565 de P. P.), con desconocimiento de las formas propias del juicio y en consecuencia de la norma constitucional.

Alude el actor a las formas propias del juicio, dirigidas a lograr un juzgamiento con el pleno de las garantías legales de manera amplia y suficiente para que la sanción impuesta no sea el resultado de actuación arbitraria. Así, no bastaba que el juzgador declarara la inicial respuesta del jurado contraevidente, sino que debía examinar si existiendo únicamente prueba indiciaria podía adoptar tal determinación ante la falta de elementos de juicio suficientes que formaran la convicción de responsabilidad.

Cita las normas del anterior estatuto procesal atinentes al jurado, redacción del cuestionario, respuesta y la facultad de desecharla por tal motivo y la obligación de los jueces de conciencia de resolver conforme a su convicción íntima. Igualmente hace referencia al concepto de prueba evidente, en relación con la facultad del juez, menciona autores para concluir que se incurre en la situación expresada cuando el jurado se aparta ostensiblemente de la realidad procesal, que su respuesta debía ser de sentido diferente, sin que baste la simple oposición, pues, se requiere que esta aparezca "a primera vista", sin necesidad de un examen detenido de la prueba. Lo cual impide adoptar tal decisión cuando existe prueba indiciaria, de lo contrario significa aplicar los mismos principios que rigen en los juicios que se fallan en derecho y que los jurados deciden conforme a su convicción.

Se refiere a los declarantes y al dicho del ofendido para concluir que en este caso sólo existe prueba indiciaria y que así al no ser posible declarar la contraevidencia y violar por tanto las normas indicadas, se incurrió en nulidad constitucional por desconocerse las reglas propias del juicio.

Segundo cargo: Con el mismo fundamento constitucional, radica en la defectuosa redacción de los cargos por no corresponder éstos al auto de proceder y resultar imprecisos.

Transcribe el cuestionario y la parte resolutiva del auto de proceder y observa que el cargo se concretó en homicidio tentado y en el cuestionario se preguntó por la intención de matar, en discordancia con el enjuiciamiento "...porque una cosa es ser responsable de un homicidio tentado, y otra ser responsable de haber tenido la intención de matar...". Pues si en el artículo 323 del Código Penal no se menciona la intención, no se podía interrogar al jurado sobre este aspecto sin violación del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, incurriéndose en la discordancia afirmada y en imprecisión del cargo. Cita jurisprudencia sobre la importancia de la exacta redacción del cuestionario y reitera su petición de nulidad.

Causal primera: Violación de la ley sustancial.

Afirma el actor que se violaron en forma directa los artículos 323 y 22 del Código Penal y por aplicación indebida el artículo 324 del mismo estatuto.

Lo primero porque el Tribunal no tuvo en cuenta que según el artículo 22, en caso de tentativa, la sanción estará entre la mitad del mínimo y las tres cuartas partes de la pena para el delito consumado. Así la pena procedente era de 60 y no de 96 meses.

Estima que conforme al texto del precepto indicado la pena que debe tenerse en cuenta es la señalada para el homicidio simple y no para la figura agravada conforme al artículo 324, pues, se refiere únicamente al homicidio consumado y no a una forma imperfecta como es la tentativa y por lo tanto para la agravación de la sanción debía acudirse al artículo 66 de la misma codificación.

Por la misma razón afirma que se dio aplicación indebida al artículo 324 y la sentencia debe ser invalidada para reducir la pena a 60 meses, en lugar de la impuesta (art. 583, Có de P. P., derogado, art. 228 Código vigente).

Concepto de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal

Solicita desestimar las acusaciones formuladas por cuanto en relación con la contraevidencia, es facultad de los falladores que no puede examinarse en casación y el interrogatorio al jurado se ajusta a los requisitos de ley. En relación con la causal primera, rechaza el cargo porque aceptar el planteamiento equivaldría a desconocer también las atenuantes existentes cuando el delito no se consume, además de que la norma relativa a la tentativa se aplica al delito correspondiente y no únicamente a un tipo básico. Señala una falta de técnica en la proposición de la acusación, porque lo que se deduce en el fondo es la interpretación errónea del citado artículo 22, en cuanto se le atribuye un efecto que no estaba destinada a producir.

Se considera:

No obstante el orden seguido por el recurrente, se examinan en primer término los cargos relacionados con la causal cuarta, puesto que de prosperar estos no sería necesario entrar a analizar los concernientes a la primera.

En cuanto a la causal de nulidad, cabe anotar inicialmente, que la norma procesal permite al juez de derecho declarar que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos cuando así aparezca del proceso. Se le da en esta forma una amplia facultad para adoptar tal decisión, con el objeto de corregir el error en que incurran los jueces de conciencia en perjuicio de la justicia, cuando la realidad probatoria del proceso conduzcan a una conclusión contraria a la tomada.

Pero esta facultad no es ilimite, puesto que se encuentra supeditada, en primer término, al examen que debe realizar el fallador a fin de establecer si la respuesta del juri *resulta acorde con los elementos de juicio existentes o por el contrario difieren ostensiblemente de la realidad procesal. Análisis que corresponde hacer al funcionario de acuerdo a su prudente criterio para luego adoptar la decisión respectiva. En segundo lugar, la atribución tiene otra limitación, cual es que el juez no puede por segunda ocasión decretar la contraevidencia, por consiguiente el veredicto en este caso será definitivo y debe acogerse.*

Observada la situación existente en este proceso, no se acredita en manera alguna el quebrantamiento de las formas procesales que conduzca a una invalidación en atención a la norma constitucional. Porque el juez del conocimiento al hacer la evaluación necesaria del proceso para proferir su resolución, concluyó que la respuesta inicial del jurado no tenía ningún asidero legal. Providencia que apelada por el defensor fue refrendada por el Tribunal Superior, luego también de detenido y concreto análisis de las pruebas, observándose de esta manera todas las garantías del debido proceso.

Refiere, sin embargo, el actor el quebrantamiento afirmado al hecho de que siendo insuficiente la prueba en su concepto y únicamente deducido el cargo como resultado de cuidadosas inferencias y detenido examen de los elementos de convicción, que no puede exigirse al jurado dado que procede en conciencia y no se le pide ponderado examen, al no acogerse la respuesta se llegó a desconocer las formas propias del juicio.

Mas tal razonamiento es inaceptable, porque si bien la facultad del juez que, como se vio, es amplia aunque ejercida como se anotó antes, no puede recortarse en la forma interpretativa que lo requiere el recurrente. Recordando además que el derecho del procesado estuvo plenamente garantizado mediante los recursos pertinentes, los cuales fueron propuestos y resueltos en debida forma. Lo contrario equivaldría a que se podría entrar en el recurso extraordinario por esta vía indirecta a examinar la procedencia de la contraevidencia que no está contemplada como motivo de casación, instaurándose así una causal no prevista, como también a llevar por este mismo medio a impugnar en casación las pruebas para determinar el fundamento o sustentación del veredicto, lo cual es totalmente improcedente y desconocería la naturaleza del recurso. Sin que al proceder en la forma expresada pueda entenderse, por lo tanto, que se aplican respecto al veredicto y a su interpretación las mismas normas o principios que cuando se decide en derecho.

Expresa en cuanto a este motivo de impugnación la Procuraduría Delegada:

"En los asuntos que deben ventilarse ante el jurado de conciencia como violación de las formas propias del juicio los errores de apreciación o valoración probatorias, equivale a introducir la causal primera de casación dentro del marco de la causal cuarta, es decir, desconocer que una y otra tienen ámbitos de alegación diferentes y que la naturaleza del juicio con intervención del *iuri* impide el ejercicio de control, por fuera de las instancias, sobre las valoraciones probatorias".

"También conduce a que indirectamente se revise de fondo el acierto o desacierto que sobre el mismo tópico se produjo en las providencias interlocutorias, con lo que se rompe el esquema del recurso, ya que no procede sino contra las sentencias. Y ello, finalmente, conduciría a que la Corte, so pretexto del desenvolvimiento formal del juicio, ingresara al terreno que la ley dejó exclusivamente para los falladores de instancia, como es el control probatorio ínsito en la facultad de declarar la contraevidencia".

Con base en lo expuesto aparece claramente que son improcedentes las alegaciones formuladas por el demandante ya que las formas del juicio fueron debidamente observadas, por lo tanto ningún soporte tiene la nulidad.

La segunda acusación con apoyo en esta causal se fundamenta en que la pregunta al jurado adolece de imprecisión y está en desacuerdo con el auto de proceder, lo cual determina la violación de las garantías procesales.

La acusación se planteó ante el jurado en los siguientes términos:

"...El procesado... es responsable, sí o no, de haber tenido intención de matar a Gonzalo Guevara, habiéndolo colocado en condiciones de inferioridad, según hechos que tuvieron ocurrencia a eso de la una de la mañana del día 14 de febrero de 1984, en la vereda de El Portachuelo, sitio adyacente a la escuela de La Mesa, jurisdicción municipal de Santa Rosa de Viterbo, cuando para dar principio a la ejecución del hecho, accionó su arma de fuego (escopeta), por una sola vez, lesionándole el brazo y el tórax derechos, pero que por circunstancias ajenas de su voluntad no se perfeccionó o consumó el delito...". Interrogante que el jurado contestó afirmativamente.

Examinada esta proposición en relación con la acusación hecha, aparece infundada porque se ajustó al cargo formulado en el enjuiciamiento y se tradujo en forma clara y suficiente al presentar al jurado el homicidio tentado con la agravación referida en la providencia.

El hecho de que se interrogara sobre la intención de matar no representó un desvío respecto al cargo referido, sino que al contrario se requería para precisarlo ya que concretamente se debía responder si el procesado teniendo la intención de matar no logró este resultado por motivos independientes a su voluntad. En tal forma debía comprenderse dicha intención en la pregunta, no obstante que en la actual redacción del Código no se incluya expresamente en la norma que contempla el homicidio, por referirse a la parte general del estatuto.

En consecuencia por dicho motivo carece de solidez, agregando que la pregunta se presentó en términos adecuados y suficientes, sin que pueda alegarse lesión alguna de los derechos o garantías procesales, ni ocasionar por lo tanto invalidez.

En términos similares examina la Procuraduría este cargo para concluir en su rechazo, al decir:

"Prescindir de la intención de matar en el interrogatorio presentado al Tribunal popular en este asunto, como parece lo pretende el censor, equivaldría a producir un cuestionario plagado de ambigüedad, como que precisamente era la dirección de la voluntad la que permitía diferenciar claramente entre el tipo penal de lesiones personales (resultado finalmente obtenido) y el tipo penal del homicidio, acompañado del dispositivo amplificador de la tentativa".

Anota también que al jurado se le interrogó por tentativa de homicidio agravado, siendo imprescindible preguntar sobre la intención, pues los cuestionarios deben describir hechos y no denominar infracciones.

Se concluye que por este aspecto tampoco resulta afectada de invalidez la actuación.

En cuanto al cargo de *violación directa de la ley sustancial* al igual que los anteriores debe rechazarse por ser infundada ante una adecuada interpretación de las normas.

En criterio del actor, la violación consiste en que tratándose del delito imperfecto, sólo se puede relacionar la tentativa con el delito consumado sin tenerse en cuenta agravantes, como son las contenidas en el artículo 324 respecto al homicidio y concretamente la indefensión, con el efecto final de reducir la pena imponible.

De aceptarse tal criterio, se llegaría a la consecuencia inadmisible de que el legislador pretendió omitir, en el caso de tentativa, circunstancias especiales de agravación a las cuales reconoció especial entidad y significación, hasta el punto de agravar notablemente la pena respectiva, criterio este que no corresponde a una lógica interpretación de las normas legales y representaría una restricción no prevista y que, como se desprende de lo expuesto, carecería de fundamento alguno. Fuera de que como lo observa la Procuraduría "...aplicar su tesis conduciría a desconocer los atenuantes cuando el ilícito quedaba interrumpido por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto que actúa".

De otra parte el hecho debe ser examinado con todas sus modalidades, como lo han efectuado los falladores, sin que con fundamento en interpretaciones legales puedan ignorarse algunas de aquellas a las cuales la ley reconoce un efecto específico y concreto. Así ocurriría en este caso al pretender, por tal vía, dejar sin efecto la agravación por la indefensión e inferioridad de la víctima, únicamente con referencia y apoyo en una interpretación excesivamente restringida.

La observación de la Procuraduría sobre falta en la presentación de este cargo, si bien se ajustaría más exactamente a una errada interpretación de la norma —como lo anota— ya que esta no fue ignorada sino que se le habría dado un sentido distinto al que correspondería, no es motivo suficiente para prescindir del examen respectivo ya que la impugnación contiene los elementos sustanciales necesarios.

Este cargo no puede prosperar.

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

Resuelve:

Desechar la demanda de casación.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

PROCESADO. DEFENSOR

El alcance del artículo 126 del Código de Procedimiento Penal, para que prevalezcan las pretensiones del defensor sobre las del procesado, se reduce a las etapas del sumario y de la causa, pero no al trámite de los recursos de casación y revisión

De conformidad con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, sólo quien interpone un recurso puede desistir de él

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 50 de agosto 3 de 1988.

Vistos:

De la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla (marzo 17 de 1988), en contra de *Oscar Rafael Fernández Cantillo, Beatriz del Carmen Paredes Hurtado* y *Adalberto Charris Gómez*, por el delito de hurto, recurrieron en casación los defensores del primero y último de los procesados.

Una vez que fuera concedida la impugnación (abril 25 de 1988), el sentenciado Charris Gómez desistió de tal recurso. El Tribunal, en proveído de abril 29, dijo: "Como el procesado Adalberto Charris Gómez, no interpuso el recurso de casación, no puede desistir de él, y por tanto, no hay lugar a considerar su escrito. El recurso en mención fue interpuesto por su defensor, al igual que por el defensor de Oscar Fernández Cantillo".

La ponencia inicial, a cargo del Magistrado Guillermo Duque Ruiz, ofrecía esta doble determinación: Una, con la cual se estuvo unánimemente de acuerdo, admitía el recurso introducido a nombre de Fernández Cantillo; y, la otra, rechazada con el concurso del conjuez sorteado para dirimir la votación que resultara empatada, negaba al procesado Charris Gómez, la facultad de desistir de su recurso, con base en el artículo 126 del Código de Procedimiento Penal, que preceptúa: "Facultades del procesado en su defensa. El procesado, para los fines de su defensa, tiene los mismos derechos de su defensor, excepto, sustentar los recursos de casación y de revisión, si no fuere abogado titulado. Cuando existan pretensiones contradictorias entre el procesado y su defensor, prevalecerán estas últimas".

Aún dentro de la opinión que prohijó la ponencia desechada bien habría podido llegarse a conclusión diferente al advertir que nunca, desde cuando el señor Charris Gómez intentó la cuestionada desistencia, su apoderado manifestó interés contradictorio, esto es, la de mantener la impugnación y aprestarse para presentar la demanda correspondiente, en su oportuna hora. De ahí, entonces, que no era el caso de aplicar tal norma que mantiene intactas las atribuciones defensorias de los procesados, mientras no contradigan las actitudes de sus mandatarios. Pero, por lo importante de la cuestión, la Sala tratará en este proveído de fijar el alcance del cuestionado artículo del procedimiento penal.

Y a ello se pasa.

Un proceso técnicamente ideado, no parea la simultánea intervención de un procesado (o un demandante o demandado) y sus apoderados. Al primero le suele dejar incólume la facultad de un nombramiento en confianza y le preserva el enteramiento de las decisiones tomadas a su favor o en su contra. A lo sumo se agrega la posibilidad, luego de este conocimiento, de introducir un recurso. Pero nada más.

La legislación penal colombiana, la anterior, enfatizaba en esta dualidad y no aportaba una solución legal en el caso de diferencias entre el mandante y el mandatario, entre el incriminado y el togado. Por doctrina algunos hacían prevalecer la voluntad de este último. Hoy se ha acogido, en el artículo 126 este criterio, y, también por decisión de la Sala de Casación Penal, se veda al procesado la facultad de solicitar copias del expediente. En algo se ha remediado la cuestión, pero es dable afirmar que el proceso penal colombiano, por obra de esta múltiple y coexistente atribución de procesados y apoderados (agravada con el reconocimiento del abogado sustituto), es preciado objetivo de desorden, de obstaculización y, en fin, de cierto sensible caos. Basta pensar cómo inescrupulosos apoderados, buscando este deterioro del sumario y de la causa, pero esquivando el rigor de la sanción disciplinaria, se prevalen del procesado para dirigir peticiones que personalmente no se atreverían a firmar.

Por fuera de estas generales observaciones, es necesario enfatizar que el artículo 126 reduce su alcance a las etapas del sumario y de la causa, en primera y segunda (o única) instancia, fases estas en las cuales el Estado se preocupa celosamente por el derecho de defensa y debe, por tanto, preferir las manifestaciones del abogado, mas no así en la casación ni en la revisión, siendo factible en estos recursos extraordinarios que el procesado, que ya conoce con exactitud el alcance de la sentencia pronunciada, cumplida en un debido proceso, imponga su voluntad en cuanto al desistimiento de la impugnación extraordinaria, sin tener que acudir a la revocatoria del mandato, que puede retardar el inmediato efecto que se persigue con el desistimiento (impedir por ejemplo que se registre un proyecto, acto que por sí ya impone la obligación de pronunciar la resolución pertinente —art. 215—) y que incluso le puede agravar la situación contractual con su apoderado.

Durante la tramitación del proceso, en las dos (o única) instancias, al Estado no le puede ser indiferente la gestión del defensor y de ahí que le premuna de una prerrogativa como la del artículo 126; pero,

en los recursos extraordinarios, la indiferencia es la nota distintiva, pues tanto da que se interpongan y sustenten como que no ocurra lo uno ni lo otro. Esta fundamental diferencia permite entender que, en este estadio de actuación procedimental, el sentenciado es absoluto dueño de su destino y pueda desistir del recurso extraordinario intentado, sin acudir a la revocatoria del mandato.

De no, tendría que entenderse que aún en la casación debe designarse apoderado de oficio que la sustente y cambiar el sistema en cuanto a la revisión, para permitir que esta se lleve a cabo por quien actuara como defensor y que contratada una asistencia profesional esta debe entenderse, no como se entiende normalmente —asistencia para las dos instancias—, sino con la obligada actividad de la casación. Y adelgazando más esta sutil hilandería jurídica, los que exorbitan la intervención del experto, llegarían a recomendar, en aras de ese científico aporte, la prohibición de revocar el poder conferido si esta manifestación no contiene la simultánea designación de un nuevo abogado.

Carrara, auscultando una opinión muy obvia pero desarrollada con su genial maestría, afincaba la necesidad de la publicidad del proceso en que el juez pudiera ser calificado en razón de la justicia de sus decisiones y en que el sujeto directo de estas pudiese llegar a entender la legalidad y acierto del pronunciamiento hecho en su contra. No hay mejor justicia ni mejor administrador de ella que cuando se logra producir en el ánimo del sentenciado la convicción de haber sido tratado justicieramente. Pues bien, con la supremacía del querer de un apoderado sobre lo que piensa y siente el sentenciado, en casación, o revisión, se intenta algo muy distinto, o sea, que cuando el sentenciado, conocedor de la pena que se le ha impuesto asiente a ella y la palpa como justa y quiere aceptarla sin más, no puede evidenciar este ánimo y propósito con el desistimiento sino que debe atenderse a la disconformidad del apoderado quien ignorándose si lo hace por buenas o malas razones, podrá seguir actuando hasta tanto no se le revoque el mandato.

Si la tesis que se propugna, de tan ajustado equilibrio y suma equidad, pues da mayor y decisivo poder a la voluntad del apoderado durante las dos instancias, etapas durante las cuales es dable, y así lo toma la legislación y la jurisprudencia, considerarle como defensor y vincular su gestión a la debida defensa, pero que reconoce esta supremacía del querer del procesado durante los recursos extraordinarios, específicamente el de casación, no pudiera entenderse como se ha expresado, la lógica elemental indicaría que presentado un desistimiento la respuesta al mismo sería la inmediata inacción del apoderado y la renuncia de su poder. O será que se quiere hacer prevalecer sobre el derecho que ya tiene el sentenciado a aceptar el fallo, los intereses recónditos de un togado o saturar a la administración de justicia de recursos extraordinarios, tan constantemente introducidos por sospechosos apetitos de lucro, hasta volverlos ordinarios y llegan a consolidar, más bien, una tercera instancia?

Las cosas, por último, deben mirarse en forma directa: Para que imponer el trámite de la revocatoria (más oneroso, más impedido, más complicado, más retardatario, etc.) y no el simple y directo desisti-

miento, que se puede incluso presentar aprovechándose cualquier notificación? No se quiere permitir que se vaya con inmediatez al fondo la cuestión, sino que se la obstaculiza con formalismos insubstanciales y contraproducentes. El procedimiento es bien distinto a estas evasivas, distorsiones y rodeos.

Dos finales anotaciones: Una, que lo contradictorio de una pretensión (hipótesis que anima el art. 126) supone el mantenimiento del proceso al punto que ésta pueda posibilitar la realización del interés que se ha reconocido como prevaleciente; pero, no alcanza al evento en el cual la actitud del procesado debe y puede dar al traste con la pretensión misma, en su integridad, pues resultaría obvio por sustracción de materia advertir la inexistencia de pretensiones (no posiciones) encontradas. La transacción, cuando la misma procede válida y legítimamente, el desistimiento, etc., no conforman propiamente el núcleo de las pretensiones encontradas que trata de resolver la premencionada norma, sino que son puntos esenciales que van directamente y con plena eficacia a alterar la permanencia de la pretensión; y otra, el artículo 126, que reglamenta específicamente lo relativo a la casación y a la revisión, sólo excluye, en estos recursos, como facultad del sentenciado lo relativo a sus correspondientes sustentaciones, dejando intacto, claro está, lo que se vincula al desistimiento de estas impugnaciones.

Lo anotado es suficiente para destacar la pertinencia de la tesis que restringe la aplicación del artículo 126 del Código de Procedimiento Penal, a las etapas de la primera y la segunda (única) instancias, así se trate del sumario o causa, dejando al procesado la libertad de desistir, directamente del recurso extraordinario de casación o revisión.

Cuando se elimine la intervención del procesado, en el proceso, con facultades similares a las de su apoderado, se podrá impedir que desista de este modo y con esta inmediata validez. Antes no.

De ahí, entonces que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelva:

1. *Admitir* el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Oscar Rafael Fernández Cantillo, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, fechada el 17 de marzo del año en curso, por el delito de hurto.

Al recurrente, por el término de treinta (30) días, se le correrá el traslado pertinente para la presentación de la demanda; y,

2. *Admitir el desistimiento* manifestado por Adalberto Charris Gómez, en cuanto al recurso de casación interpuesto por su defensor.

Notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Con salvamento de voto; *Guillermo Dávila Muñoz*, *Jorge Carreño Luengas*, Con salvamento de voto; *Gustavo Gómez Velásquez*, *Rodolfo Mantilla Jácome*, *Lisandro Martínez Zúñiga*, *Didimo Páez Velandia*, Con salvamento de voto; *Edgar Saavedra Rojas*, Con salvamento de voto; *Carlos Upegui Zapata*, Conjuez.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES GUILLERMO DUQUE RUIZ, JORGE CARREÑO LUENGAS DIDIMO PAEZ VELANDIA Y EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Referencia: Radicación 2888. Casación. Proceso contra Oscar Rafael Fernández Cantillo y otro. Aprobado: Acta número 50 de agosto 3 de 1988. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez.

La ponencia original, además de admitir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Oscar Rafael Fernández Cantillo, en relación con lo cual no había ninguna discrepancia, rechazaba el desistimiento presentado por Adalberto Charris Gómez, con fundamento en las siguientes razones que no fueron acogidas por la mayoría de la Sala:

a) De conformidad con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, sólo quien interpone un recurso puede desistir de él: *"El recurrente* podrá desistir de los recursos antes de que el proceso entre a despacho para decidir" (Sin subrayas en el original). Como quiera que quien interpuso el recurso de casación no fue Charris Gómez sino su defensor, era éste y no aquél quien podía válidamente desistir del mismo;

b) De no aceptarse esta tesis, que fue la sustentada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, con el argumento de que ella se basaba en una norma (art. 215) incluida dentro del Capítulo (V) referente a los "recursos ordinarios" y que por tanto no resultaba aplicable en lo tocante con los "extraordinarios", era preciso decidir, entonces, cuál de las dos voluntades era preponderante: Si la del defensor que interpuso el recurso para que la Corte conociera en sede de casación del fallo condenatorio, o la del procesado que expresamente manifestaba una voluntad contraria.

Si por "contradictoria" se entiende, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española (Vigésima Edición), "cualquiera de dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que la otra niega, y no pueden ser a un mismo tiempo verdaderas ni a un mismo tiempo falsas", es claro que las pretensiones de Charris Gómez y de su defensor bien se merecían este calificativo. El primero no quería que la Corte conociera del fallo que lo condenó, al paso que el segundo, al interponer el recurso de casación, había manifestado, expresamente, su voluntad de que tal decisión sí fuera estudiada por esta Sala, sin que en ningún momento hubiera desistido de su empeño;

c) Establecido, pues, que las pretensiones del procesado Charris Gómez contrariaban las de su defensor, se imponía buscar si en el Código de Procedimiento Penal existía alguna norma que sirviera para

resolver este conflicto de voluntades. La ponencia rechazada por la mayoría de la Sala, estimó que el asunto sí había sido previsto de manera expresa por el legislador, en el artículo 126 de la citada codificación, que a la letra prescribe: "El procesado, para los fines de su defensa, tiene los mismos derechos de su defensor, excepto, sustentar los recursos de casación y de revisión, si no fuere abogado titulado. *Cuando existan pretensiones contradictorias entre el procesado y su defensor prevalecerán estas últimas*" (Sin subrayas en el texto original).

Que prime siempre la voluntad del defensor, fue, pues, la solución adoptada en forma explícita por la ley y esto es aplicable durante todo el desarrollo del proceso. Es, además, un criterio consecuente con la "defensa técnica" que garantiza el Código de Procedimiento Penal, que es, según lo entiende la doctrina, la que se lleva a cabo no ya por el mismo procesado (esta es la llamada defensa material) sino por un defensor, que por mandato legal debe tener la calidad de abogado titulado. Sería un contrasentido del legislador el exigir que todo procesado tenga un defensor, para luego permitirle que lo desautorice en los asuntos en que aquél es experto y él ordinariamente lego;

d) Sostenerse como se hace en la decisión mayoritaria, que el artículo 126 "reduce su alcance a los efectos del sumario y de la causa... *mas no así en la casación ni en la revisión*", es un retroceso jurisprudencial porque implica afirmar que el proceso penal para los efectos del ejercicio de la defensa termina con la producción del fallo de segunda instancia, tesis esta abandonada por la Corte, con ponencia del Magistrado doctor José María Velasco Guerrero, en providencia del 27 de febrero de 1970.

Con posterioridad, el 15 de marzo de 1979, esta Corporación reiteró la tesis auspiciada por el honorable Magistrado Velasco Guerrero, cuando luego de hacer muy juiciosas reflexiones sobre el derecho de defensa, concluyó: "Todo esto se predica, como es obvio, del proceso penal en general, sin embargo de lo cual podría pensarse que esta normación no tiene vigencia y actuación dentro del trámite del recurso extraordinario de casación, ya que se podría afirmar que el proceso penal, para los efectos del ejercicio del derecho de defensa, termina con la producción del fallo de segunda instancia, y que el recurso extraordinario de casación, que no queda incluido o no se lo considera como etapa del proceso para tales efectos se regiría por normas especiales.

"Esta tesis, como es sabido, la sostuvo la Corte hasta el 27 de febrero de 1970 cuando por providencia de que fue ponente el señor Magistrado Velasco Guerrero, la modificó para afirmar, que también el defensor de oficio podía, no solamente interponer el recurso extraordinario de casación sino también sustentarlo mediante la correspondiente demanda. En dicha providencia dijo la Corte:

"'El proceso ciertamente es un conjunto de actividades que el juez y las partes realizan para convertir la pretensión punitiva del Estado en un derecho subjetivo completo que se origina en la violación penal y culmina en la declaración de certeza judicial inamovible, contra la cual no cabe interponer recurso alguno, cuando adquiere el imperativo de la cosa juzgada. El proceso penal admite diversas etapas de

procedimiento: La de primer grado, la de apelación o consulta y el recurso extraordinario de casación. Pero cada una de estas fases procesales no es un esquema rígido, clausurado en sí mismo. Son estructuras dinámicas, progresivas, diversos momentos de la actuación, vinculados entre sí, y configurante de una totalidad, una divisible, pero armónica y conclusa, de carácter inmutable... Sumario, juicio y recurso extraordinario de casación, son, en materia penal, fases o grados de la evolución formativa del proceso. El recurso extraordinario de casación se origina en el juicio, pero no es parte integrante suya, ni lo es inherente con fuerza obligatoria. Interponerlo es facultad discrecional de las partes... Ejercitarlo es derecho incuestionable del defensor de oficio o designado por el sindicado, pues tiene el deber consecuente o con aquella norma imperativa de asistirlo en las diligencias en que su presencia sea prescrita por la ley y representarlo en todos los demás actos del proceso' ";

e) Por último, como en la providencia suscrita por la mayoría de la Sala se acude a la autoridad de Carrara, para avalar su concepción, parece pertinente transcribir lo que el aludido maestro escribió el 10 de noviembre de 1872, bajo el título de "ABOGADO Y DEFENSOR":

"...Para mí el cargo de defensor debe ser independiente, y ha de estar sujeto sólo a lo prescrito por las leyes y por su conciencia. Y cuando haya formulado una solicitud, porque en orden a ella conscientemente ha emitido el doble juicio de que esa petición es conforme a las leyes y útil a la defensa, me repugna admitir que al acusado lo pueda reducir a silencio, o que el Tribunal pueda, ante el disentimiento del reo, encontrar razón suficiente y perentoria para rechazar esa solicitud, aunque el defensor insista en ella pertinazmente y no sea repudiada por ninguna ley. Si me equivoco, que otro me corrija..."

(Opúsculos de Derecho Criminal; Vol. V, pág. 261).

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Fecha *ut supra*.

CASACION. Intervinientes

Para recurrir en casación no basta con que al recurrente se le haya reconocido su calidad de parte en el juicio, sino que es indispensable, además, que tenga un interés jurídico para recurrir

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 51. Agosto 9 de 1988.

Vistos:

Reconstruido en lo posible este proceso, debe decidir la Corte sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó con modificaciones, la del Juzgado 39 Penal del Circuito de la misma ciudad y por la cual se condenó a *Javier Cifuentes Mora*, a la pena principal de diecinueve (19) meses de prisión como responsable del delito de abuso de confianza.

Hechos:

Se encuentra en la sentencia de primera instancia el siguiente relato de los hechos que dieron origen a la investigación:

"...En el caso de ocupación, el procesado Cifuentes Mora exigió la entrega de cuatro cheques en blanco de la cuenta corriente de Jairo Diego Escobar para solucionarle el sobregiro suscitado por él en su cuenta corriente; tales instrumentos negociables le fueron entregados bajo condición de que no podía llenarlos ni transferirlos sin autorización previa del denunciante y que una vez subsanada la situación del sobregiro, fueran devueltos al titular de la cuenta corriente a que pertenecían; sin embargo, el enjuiciado desatendiendo el destino que debía de dársele, indicado por el tradente, los llenó, se apropió de ellos y los transfirió a las señoras Mercedes González Cifuentes y Aida Cerón de Romero, obteniendo un provecho ilícito como fue la consecución de la suma de dos millones cuatrocientos mil pesos de los cuales también se apropió al no devolver estos dineros y menos,

recoger los títulos valores para devolverlos a su dueño. En síntesis, el aquí procesado a más de darle un uso indebido a los cheques a él confiados, se apropió de ellos, puesto que su propósito era no devolverlos".

Debe agregarse a lo anterior, que el exgerente Cifuentes una vez en poder de los cheques girados en blanco, llamó a su oficina a las señoras Mercedes González y Aída Cerón de Romero, de quienes recibió la cantidad de dos millones cuatrocientos mil pesos, haciéndoles creer mediante maniobras engañosas, que dicho dinero constituía un crédito a favor de Jairo Diego Escobar por un término de 15 días que les brindaba la oportunidad de obtener doscientos mil pesos de intereses y que se respaldaría con los cheques girados en blanco por éste. Afirman en sus declaraciones las señoras González y Cerón de Romero, como se lee en la sentencia de primera instancia "...ya en el momento de cobrar los mencionados dineros ($ 2.400.000.oo), Javier Cifuentes empezó a dar evasivas y les mostraba cheques de millón y pico a nombre del cliente; que en agosto de ese año, Javier las autorizó para llenar dos de los cheques entregados y fue así como él mismo llenó el cheque del Banco Nacional (el Nº 372046) por la suma de $ 555.000.oo y uno del Banco Popular lo llenaron ellas por la suma de $ 255.000.oo, según instrucciones del sindicado, cheques que fueron presentados para su cobro e impagados por fondos insuficientes los que fueron presentados nuevamente y se presentó la misma situación; que ante la insistencia de ellas, Javier les dio un cheque de la cuenta personal de su esposa por la suma de $ 450.000.oo, el que fue devuelto con un pago parcial de dos mil y pico de pesos y cuenta cancelada; que luego les dio un recibo de una consignación que había hecho a nombre de 'CROM LTDA' por la suma de $ 330.000.oo, pero posteriormente el cheque de la consignación fue devuelto por cuenta saldada, que ante la reclamación insistente de ellas, el sindicado les dijo que podían llenar el tercer cheque del cliente, ellas se lo llevaron y él lo llenó a máquina por la suma de $ 1.610.000.oo, el que al ser cobrado fue devuelto por fondos insuficientes que en vista del no pago de tales cheques, fueron entregados al doctor Carlos Restrepo para su cobro judicial instaurándose las correspondientes demandas ejecutivas, no sólo contra el sindicado sino contra Jairo Diego Escobar Cuervo y la esposa del sindicado Elizabeth de Cifuentes. Afirma la testigo que luego se enteró que el sindicado había viajado a los Estados Unidos de Norteamérica".

Por estos hechos fue condenado el señor Javier Cifuentes Mora por un delito de abuso de confianza.

Demanda de casación:

Dos cargos formula el censor contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, ambos al amparo de la causal cuarta de casación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior.

En el primer cargo demanda el actor la nulidad del proceso, "por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción". Insiste el casacionista en que de acuerdo a lo establecido en el Código Penal de 1980 vigente para la época en que fueron girados y transferidos los cheques, la conducta

imputada al acusado no constituye un delito de abuso de confianza, como equivocadamente lo entendió el Tribunal, sino un delito de falsedad en documento privado. Sustenta así el cargo el recurrente:

"...Ciertamente, esta conducta aparecía en el artículo 415 del Código Penal de 1936, incorporada al capítulo del abuso de confianza y otras defraudaciones, sin embargo, la intención de sacarla de dicho capítulo, porque a juicio de la comisión participaba más de la naturaleza de los delitos contra la fe pública, surgió desde el proyecto de 1976 quien la incluyó en su artículo 286, como falsedad por abuso de firma en blanco; luego la comisión de 1978 y por último en la comisión final, como artículo 275. Aunque lo cierto es que en el momento de la redacción del texto que se convirtió en ley, la norma no apareció por parte alguna. Corre en nuestro auxilio, sin embargo, la conclusión de todas las comisiones redactoras en el sentido de que se trataba de una forma de falsificación, de donde debe inferirse que innecesario resultaba, dentro del sistema simplificador utilizado, crear una norma independiente para esta conducta.

"Las anteriores apreciaciones nos sirven para afirmar que en el proceso en referencia, se incurrió en la causal de nulidad consagrada en el artículo 210, ordinal 5ª, del Código de Procedimiento Penal, por error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción en el auto de proceder, ya que los hechos o mejor, la prueba recaudada apunta hacia el punible de *falsedad en documento privado* y se lo llamó a juicio por el delito de *abuso de confianza*".

Segundo cargo:

Lo hace consistir el actor, en que el auto de proceder no fue notificado personalmente al procesado no obstante que éste se hallaba detenido por cuenta de otra autoridad judicial. Afirma que esta irregularidad constituye nulidad de carácter legal y además supralegal por quebrantar el derecho de defensa.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal por la época, en concepto que en copia autenticada se agregó al proceso, se muestra contrario a la prosperidad de la demanda afirmando en primer lugar, que el actor carece de interés jurídico, para recurrir, pues solicita se condene a su asistido por un delito de mayor gravedad como es la falsedad documental en relación con el abuso de confianaz por el cual fue sentenciado.

Agrega el Ministerio Público, que si el abuso de confianza por las circunstancias específicas de agravación que conlleva puede llegarse a considerar como merecedor a una mayor punibilidad, la demanda carece de fundamento, pues si bien la transferencia irregular de un documento firmado en blanco, constituye en la actulidad un delito de falsedad documental, en el caso que se examina, se presenta en concurso heterogéneo con el delito por el cual fue sentenciado contra el patrimonio económico y por tanto, no existe error en la denominación jurídica de la infracción, sino incompleta calificación.

En relación con el segundo cargo que se formula contra la sentencia al amparo de la misma causal de nulidad, expresa el señor Procurador que si bien es verdad que el acusado Cifuentes no fue notificado personalmente del auto de proceder estando detenido, ello obedeció a que el juzgado no tuvo conocimiento de su captura y por ello fue emplazado y designado un defensor que representó sus intereses en el proceso.

Concluye el Ministerio Público, solicitando no casar la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Corte:

Primer cargo: Una de las finalidades del recurso de casación es la de procurar corregir el agravio inferido al sentenciado que haya resultado perjudicado en sus intereses con una decisión injusta. De ahí que en sede de casación la personería para impugnar o derecho impugnaticio, sólo lo tenga quien siendo parte en el proceso ha sufrido además un perjuicio por haber recaído sobre él un fallo injusto que lo lesiona en sus intereses. Por eso se afirma, que la medida del recurso la da el agravio y que aquél no podrá prosperar cuando sus resultados lejos de corregir el supuesto perjuicio, puedan traducirse en eventos que comprometan al acusado sometiéndolo al riesgo de una situación penológica más grave.

Estos fenómenos jurídicos responden a la legitimatio ad processum *y la* legitimatio ad causam, *según las cuales, para recurrir en casación no basta con que el recurrente se le haya reconocido su calidad de parte en el juicio, sino que es indispensable además, que tenga un interés jurídico para recurrir.*

Por eso ha sostenido la Corte que "...En términos generales para recurrir en casación no es suficiente que quien interpone el recurso extraordinario sea parte en el proceso respectivo, o que la ley lo haga titular del recurso, se requiere además, que el recurrente sufra agravio con las determinaciones de la sentencia. La lesión que el fallo cause al impugnante hace patente el interés jurídico para recurrir, o sea, el derecho subjetivo al recurso.

"Por consiguiente, no puede interponer el recurso de casación aquél sujeto procesal que no ha sufrido perjuicio alguno, o que habiéndolo recibido renuncia, expresa o tácitamente, al desagravio, con su silencio.

"En este proceso y con relación a este último cargo, se tiene:

"a) No se puede entender cómo la aplicación en la sentencia de una norma más benigna pueda lesionar a quien favorece. En efecto la frustración contemplada en el Código anterior fue suprimida como figura autónoma en el nuevo estatuto penal y refundida en la tentativa con ventajas penológicas evidentes que por lo mismo excusan su demostración; y.

"b) No es posible aceptar que exista interés para formular este cargo. Si, como se advierte, la sentencia no perjudica al recurrente

sino que, por el contrario, le degrada la imputación favoreciéndolo de modo indiscutible, el interés jurídico para impugnar desaparece.

"En conclusión, si el reproche no puede ser propuesto por el recurrente, no hay motivo valedero para que prospere" (Corte Suprema de justicia, sent. septiembre 18 de 1984).

Por ello, tiene toda la razón el señor Procurador Delegado cuando afirma que el recurrente en el caso que examina carece de interés jurídico para recurrir en relación con el primer cargo, cuando pretende que a su asistido no se le condene por el delito de abuso de confianza sancionado con pena de prisión de 1 a 5 años para que se le juzgue por un delito de falsedad documental que conlleva un aumento punitivo, y según el cual resultaría condenado a una pena privativa de 1 a 6 años con la gravosa posibilidad para el procesado de que en una nueva calificación se le adjudique una conducta concursal como es el posible delito por estafa por la defraudación al patrimonio económico de que fueron víctimas las señoras Mercedes González y Aída Cerón de Romero.

Por esto el cargo no puede prosperar, pues es inadmisible que quien representa los intereses del procesado, esté propiciando una situación desde todo punto de vista más perjudicial y gravosa para los intereses del sindicado. No hay entonces "motivo valedero" para que una petición de esta naturaleza prospere.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo: Lo hace consistir el censor en que no se notificó en debida forma el auto de proceder al sentenciador, quien estando detenido tenía derecho a recibir notificación de dicho proveído.

Como bien lo anota la Procuraduría Delegada, este cargo tampoco prospera.

Si bien es cierto que la notificación no se efectuó en forma personal, ello tiene una explicación que justifica plenamente la actuación judicial. El señor Cifuentes había sido capturado, pero este hecho no fue puesto oportunamente en conocimiento del juzgado. Por ello, se le emplazó, se le designó defensor de oficio y el propio procesado compareció al proceso en la etapa de juzgamiento y ejercitó a cabalidad todos sus derechos. De ahí que no pueda afirmarse, que se violaron las formas propias del debido proceso o que se hubiese limitado o restringido el derecho de defensa del sentenciado.

Además, trátase de una nulidad subsanable y la supuesta irregularidad se allanó ante el silencio de las partes.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *No casa* la sentencia recurrida a nombre del procesado Javier Cifuentes Mora, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

TENTATIVA. TIPICIDAD

El fenómeno de la tentativa es un mecanismo amplificador del tipo, no se trata de otra infracción, solamente de un hecho punible no llevado a feliz término

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 051 del 9 de agosto de 1988.

Vistos:

El Tribunal Superior Militar, en sentencia del veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), confirmó el fallo de primer grado proferido el día quince (15) de julio del mismo año por el Comando de la Base Aérea de Madrid (Juez de Primera Instancia), en contra del señor suboficial Técnico Tercero *Camilo Isidro Guayazán Moreno*, quien resultó condenado a la pena principal de treinta (30) meses de prisión como responsable del delito de hurto militar.

Contra el mencionado fallo, el defensor del procesado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación que luego de haberse declarado admisible por la Corte, se resolverá en esta sentencia.

Hechos:

El día veinte (20) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987), en horas de la tarde, personal del Departamento de Inteligencia de la Base Aérea de Madrid sorprendió al suboficial Guayazán Moreno en momentos en que en un vehículo Land Rover pretendía sacar de las instalaciones militares citadas unos equipos de aeronavegación de propiedad del Estado, que antes se encontraban en el taller de helicópteros de la misma base militar.

Actuación procesal:

El Juzgado 44 de Instrucción Penal Militar inició la investigación de rigor mediante auto calendado el veintitrés (23) de febrero del año anterior, y ordenó la práctica de las diligencias instructivas necesarias al esclarecimiento de los hechos.

Por auto del cinco (5) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987), el juzgado instructor decretó la detención preventiva del acusado, por el delito de hurto militar.

Mediante Resolución número 002 de primero (1º) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987), el Comando de la Base Aérea de Madrid convocó a Consejo de Guerra Verbal al acusado, como sindicado del delito de hurto militar, cuya audiencia se llevó a cabo a partir de las ocho de la mañana del día siete (7) de julio del mismo año, concluyendo con veredicto de responsabilidad en contra del procesado.

Acogiendo el veredicto de los vocales, el juez de primera instancia dictó sentencia condenatoria el día quince (15) de julio del año anteriormente citado, la cual fue apelada por la defensora del implicado.

El Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar, haciendo suyos los planteamientos de la defensora, solicitó en la instancia la declaratoria de nulidad de lo actuado al considerar que el enjuiciamiento se ha debido producir por el delito de hurto militar en *grado de tentativa*, y no como hecho consumado, en atención a que los elementos fueron recuperados en la misma base militar, antes de que salieran de la esfera de protección del Estado, la cual se extiende a todas las instalaciones, razón por la cual estima que el apoderamiento no pudo consumarse por parte del procesado.

En su sentencia del veintiocho de septiembre, el Tribunal se apartó del criterio de su colaborador fiscal, y confirmó la decisión condenatoria por el delito de hurto consumado.

La demanda:

En la demanda de casación presentada ante esta Corporación, el defensor del encausado solicita la declaratoria de nulidad de lo actuado, aduciendo que en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, toda vez que el delito imputado de hurto militar como hecho consumado, no ha debido imputarse a su patrocinado quien solamente desarrolló el tipo penal en grado de tentativa.

En apoyo de su pretensión, el libelista se ocupó de señalar las diversas teorías que doctrinalmente se exponen en cuanto al momento consumativo del hurto, para señalar luego que si el "objeto material sobre el cual recae la ilicitud de su comportamiento no alcanzó a salir de la esfera de vigilancia y control del dueño o tenedor legítimo", no puede hablarse de un delito consumado, sino que la conducta solamente puede reprocharse en grado de tentativa.

Concepto del Procurador Delegado:

En breves consideraciones, el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares sostiene que en el expediente se halla plenamente acreditado el hecho que el acusado se apoderó de los bienes materia de la infracción, y si bien estos no alcanzaron a salir de las instalaciones militares en donde se encontraban, sí se produjo su apoderamiento

por parte del acusado, quien —de esta forma— debió ser enjuiciado (como lo fue), por el delito de hurto consumado y no meramente tentado. Como consecuencia, solicita a la Corte desechar la demanda y no casar el fallo.

Consideraciones de la Sala:

Tal como lo alega el censor, es hecho cierto que el numeral 5 del artículo 210 del Decreto 409 de 1971, aplicable al caso en estudio, consagra como causal de nulidad el "haberse incurrido en el auto de proceder un error relativo a la denominación jurídica de la infracción". En lo que no acierta el demandante, empero, es en la comprensión del fenómeno allí consagrado.

En efecto, *el error en la denominación jurídica de la infracción, se refiere a aquella equivocación en que pueda incurrir el juzgador al imputar al procesado una figura jurídica distinta a la que recoge abstractamente el comportamiento desarrollado por el procesado, es decir, cuando se profiere auto de llamamiento a juicio por un delito diverso al realmente cometido.*

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el censor invoca la citada causal de nulidad, entendiendo que el delito de hurto militar en grado de tentativa —que invoca— es diferente al hecho punible de hurto militar consumado, incurriendo en grave yerro al no advertir que la denominación jurídica de la infracción es la de hurto militar, y que su consumación o imperfección no desplaza la adecuación típica a otra figura, sino que es un factor que tiene relevancia para efectos punitivos. En efecto, vale destacar que el fenómeno de la tentativa es un mecanismo amplificador del tipo, tal como se ha elaborado dentro de la doctrina, que simplemente señala una aproximación al delito perfecto, pero que no afecta el encuadramiento de la conducta dentro de la abstracta descripción que la ley hace del delito; no se trata de otra infracción, solamente, de un hecho punible no llevado a feliz término. El hurto tentado —no sobra repetirlo— no deja de ser hurto, es recogido por el tipo pero de manera imperfecta, y por ello su punibilidad es menor, referida a la misma señalada por la ley para la infracción consumada.

En consecuencia con lo anterior, no es posible invocar errónea denominación jurídica de la infracción en estos eventos, porque el delito ha sido correctamente calificado por el juzgador.

Valga aquí, para reiterar lo dicho, citar la sentencia de 29 de septiembre de 1983 en la cual se afirmó:

> *"En efecto, para que se configure la causal de nulidad antes mencionada, por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, consagrada en el artículo 210-5 del Código de Procedimiento Penal, es necesario, como lo ha sostenido esta Sala en reiterados fallos, que los hechos materia de la investigación y la prueba aportada al proceso demuestren que se ha realizado determinado hecho punible con su respectiva denominación y sin embargo proceda el juez a imputar otro al procesado, en abierta oposición al material probatorio allegado y al análisis cumplido en la motivación de la providencia".*

Si el delito cometido, entonces, lo fue el de hurto militar, y por tal hecho se elevó el pliego de cargos, no ve la Sala en dónde pueda existir el error alegado por el recurrente. El reclamo que contiene la demanda no es causal de nulidad, y cuando mucho, podría presentarse al amparo de la causal primera de casación, por haberse dejado de aplicar las normas relativas al fenómeno de la tentativa, camino que no escogió el libelista y que no puede la Corte, oficiosamente, estudiar por prohibición de la técnica propia del recurso.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CASACION. Admisión

La expresión "sentencia" para los efectos del recurso de casación no constituye un término ambiguo o equívoco, sino que su sentido gramatical y jurídico ha sido siempre el de decisión de condena o absolución que en forma definitiva resuelve un proceso criminal

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado: Acta número 52 de agosto 17 de 1988.

Vistos:

De plano procede la Sala a resolver el recurso de hecho interpuesto por el apoderado de la parte civil en el proceso que por el delito de "Prevaricato" se adelantó en contra de *Gustavo Ahumada Peñate* exalcalde municipal de Puerto Colombia (Atlántico), contra la decisión del Tribunal Superior de Barranquilla por la cual esa corporación se abstuvo de conceder el recurso de casación que pretendía obtener la invalidación del auto de cesación de procedimiento proferido por el Juez Noveno (9º) de Instrucción Criminal de la capital del Departamento del Atlántico.

Actuación procesal:

1º El sumario se inició por virtud de la denuncia formulada contra el alcalde de Puerto Colombia (Gustavo Ahumada Peñate), por el representante legal de la sociedad mercantil "Magur Ltda.", con asiento en Barranquilla, y en relación con algunas actuaciones del citado mandatario municipal, que en criterio del querellante constituían un delito de "prevaricato", además de otras infracciones atentatorias igualmente del bien jurídico de la recta administración pública.

2º Culminada la etapa instructiva pertinente, el Juez Noveno de Instrucción Criminal radicado en Barranquilla, decidió por auto del 17 de febrero del corriente año, ordenar la cesación de todo procedimiento en contra de las personas vinculadas formalmente a las sumarias, por cuanto a juicio del juzgador los hechos denunciados no constituían conductas típicas susceptibles de represión penal.

3º Por causa del recurso de apelación interpuesto oportunamente por el apoderado de la parte civil en contra del auto que decretó la cesación de procedimiento, subió el expediente al Tribunal Superior de Barranquilla, y esta corporación en providencia calendada el 28 de abril último, resolvió confirmar íntegralmente la decisión materia de la alzada.

4º Mediante escrito del 14 de mayo, el señor apoderado de la parte civil acude ante el Tribunal Superior en solicitud de que se le conceda el recurso de "casación" contra "la sentencia" (sic) de segunda instancia que había decidido de manera definitiva el asunto criminal.

5º El Tribunal Superior respondió al abogado interesado en la concesión del recurso por auto del 17 de mayo del año en curso, manifestando la imposibilidad jurídica y fáctica de acceder a tal petición, en consideración a que el proceso ya había sido devuelto al juzgado de origen, en razón a que se habían surtido las notificaciones propias de las decisiones interlocutorias emanadas del juez de segunda instancia.

6º No obstante la contundencia de las razones esbozadas por la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Barranquilla al abstenerse de cualquier pronunciamiento sobre el pretendido recurso de casación, el apoderado solicitó reposición del auto comentado en el párrafo anterior, insistiendo en la conducencia del otorgamiento del extraordinario medio de impugnación.

7º Como quiera que el Tribunal se abstuviera nuevamente de cualquier determinación sobre la petición del litigante, éste decidió solicitar las copias pertinentes ante el juzgado de primer grado, y obtenidas acudió ante la Corte con el propósito de que sea esta corporación la que conceda el recurso que le fuera denegado por el Tribunal *ad quem*.

Se considera por la Sala:

Debe la Sala resolver negativamente el recurso de hecho interpuesto por no compartir la tesis sostenida por el impugnante al afirmar que toda providencia que anticipadamente pone fin a un proceso criminal tiene los mismos efectos que una sentencia definitiva con relación al recurso de casación penal.

Basta para que la Sala rechace el recurso de hecho intentado por el peticionario, con que se recabe acerca de que es el propio código instrumental penal el que prescribe como requisito sine qua non *para la viabilidad de la casación, que este extraordinario medio de impugnación sólo procede "contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial" (art. 218 Nuevo Código de Procedimiento Penal).*

Ahora bien, la expresión "sentencia" para los efectos del recurso de casación no constituye un término ambiguo o equívoco, como lo ha entendido el recurrente, sino que su sentido gramatical y jurídico ha sido siempre el de decisión de condena o absolución que en forma definitiva resuelve un proceso criminal.

Réstanos sólo, para abundar en razones clarificadoras del asunto, acotar que "de estos contenidos normativos (arts. 169 y 171, hoy 185 y 186, C. de P. P.), se desprende con toda claridad que la sentencia es aquella pieza procesal que decide en forma absolutoria o condenatoria sobre lo principal del juicio y con fundamento en un auto de proceder —hoy resolución acusatoria—, lo que evidencia que no son sentencias en sentido estricto ninguna resolución calificatoria del sumario que ponga fin al proceso, ni la providencia especial del artículo 163 —hoy 34— del C. de P. P." (Comentarios al art. 218 del nuevo estatuto procesal penal, doctor Gustavo Gómez Velásquez).

En este orden de ideas, siendo absolutamente indiscutible que la providencia recurrida no constituía "sentencia definitiva", la Sala se abstendrá de conceder —por improcedente—, el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil en este caso.

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

Resuelve:

Declarar improcedente el recurso de casación interpuesto en este proceso, y ordena la devolución de la actuación al Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Barranquilla para que forme parte del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

ESTAFA. FALSEDAD

En el evento que se gire cheque en "cuenta que no corresponde al girador", la conducta se ubica como falsedad si se trata de imitación o fingimiento de firma y como estafa cuando se estampa la propia con apariencia de ser el cuenta-habiente

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 52.

Vistos:

Se decide el recurso de casación impetrado contra la sentencia expedida el 17 de junio de 1987 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual, al confirmarse la de primera instancia, se condenó a *Humberto Estrada Ruiz* a la pena principal de once meses de prisión por los delitos de falsedad en documento y estafa, cometidos en concurso simultáneo.

Hechos y actuación procesal:

El 13 de octubre de 1984 Humberto Estrada Ruiz manifestó estar interesado en comprarle a Eduardo Cardona Aguirre un automóvil marca "Simca" que éste estaba vendiendo, y tras celebrarse el correspondiente contrato de compraventa, le giró dos (2) cheques por la suma total de $ 180.000 contra una cuenta del Banco Comercial Antioqueño de esa ciudad, de los cuales uno era postfechado —para cobro el 28 del mismo año—, y cuyo pago respaldó con una letra de cambio por igual valor, recibiendo el mismo día del pacto el bien transferido; pero cuando el vendedor pretendió cobrar el primero de aquellos títulos-valores, fue aprehendido por agentes secretos, a raíz de lo cual se enteró de que correspondía —como el otro— a chequera robada, y que por tanto su girador no era el cuentahabiente.

A la investigación, que se inició cinco días después del contrato, fue vinculado Humberto Estrada Ruiz, quien confesó haber girado los cheques sin ser suyos, pues no tenía cuenta en el banco al cual correspondían; en la misma se estableció que la firma impresa por éste en los cheques y en la letra de la negociación, no correspondía a la del verdadero cuentahabiente. El sindicado fue llamado a juicio por los delitos de falsedad en documentos privado y estafa por el Juzgado

Octavo Superior de Cali, en contra de la opinión del agente fiscal, quien consideró que sólo hubo el delito de estafa debido a que la expedición de los cheques en chequera ajena, firmados por quien los giró, "con su verdadero nombre", fue apenas el medio idóneo para engañar al denunciante. Aquella calificación prevaleció hasta la sentencia de segunda instancia, también en desacuerdo con el fiscal de la Sala, que en el trámite de la apelación argumentó en el mismo sentido en que lo hizo el del juzgado. Dicho fallo, contra el cual se alza el presente recurso extraordinario, contó con un salvamento de voto, cuyo signatario se inclina por la calificación única como delito de estafa.

La demanda:

Fue instaurada por el señor Fiscal Quinto de la Corporación de origen, y el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se abstuvo de ampliarla.

Contiene un solo cargo a la sentencia de segundo grado, consistente en haber sido proferida en juicio viciado de nulidad de orden legal (art. 210, ord. 1º, C. de P. P. 1971) por falta de competencia del juzgado que calificó el mérito del sumario, debido a que habiéndose cometido sólo el delito de estafa y no el de falsedad, correspondía hacer la calificación al juez penal municipal y no al superior.

En demostración de su tesis advierte que tanto la jurisprudencia como la doctrina han concluido que "el hecho de girar sobre formulario de chequera extraviada, con su propia firma, es constitutivo de un delito de estafa, sin que se configure la falsedad documental". Cuestiona la argumentación del fallo acusado, en el cual, según el demandante, se confunde "el medio para la creación del documento" como es la utilización con firma propia, de un cheque por quien no es el titular de la cuenta, "con el documento mismo" que es el documento expedido exclusivamente por los bancos. Añade que aquel título así expedido no se convierte en documento falso, lo cual es totalmente distinto al hecho de que el respectivo banco no lo pague por "ausencia de contrato de cuenta corriente con el girador"; y observa que "las apariencias del formulario, y aún de la firma giradora... tiene que ver exclusivamente con el engaño"; son los medios propios para la configuración del delito de estafa, y para que se pueda pregonar el de falsedad, éste debe darse paralelo pero con sus elementos propios.

Agrega que también el legislador deslindó esas dos conductas cuando desde la expedición de los Decretos 1699 de 1964 y 1135 de 1970 "consagró los eventos de giro irregular de cheques" entre los que incluyó "la emisión o transferencia a cualquier título, de cheques que no correspondía a la cuenta del girador", y en apoyo cita providencia del 15 de agosto de 1980, de esta Sala, en la que se desató una colisión de competencia, y opiniones de dos tratadistas nacionales.

En su conclusión demanda la nulidad del proceso a partir e inclusive del auto de cierre de la investigación.

Consideraciones de la Corte:

Asiste la razón al funcionario recurrente y por ello se atenderá su reclamo, a fin de que el mérito sumarial sea calificado por el juez competente en virtud de haber cometido el acusado solamente el delito de estafa, y el fallo, proferido igualmente por el funcionario que corresponde.

La emisión de cheque de cuenta ajena por quien firma con su propio nombre, ha venido considerando de antiguo la jurisprudencia de esta Sala (providencias del 13 de junio de 1979, 15 de agosto de 1980, noviembre 10 de 1987 y más recientemente, 22 de julio del presente año), constituye creación de un documento auténtico "en el sentido de que quien aparece como autor del mismo es la persona que lo ha elaborado y que ésta es quien hace en el escrito una serie de manifestaciones que pueden comprometerlo penalmente, a diferencia de quien imita o finge la firma de otro, evento en el cual sí se está frente al delito de falsedad material por creación total del documento".

En la tarea de dilucidar el asunto, se acudió a la interpretación de la legislación que cita el demandante (Decretos 1699 de 1964, art. 16, y 1135 de 1970, art. 1º num. 4) —cuya inquietud en este caso es la misma que en otras ocasiones ha planteado con éxito en sede de casación y contra sentencias del mismo Tribunal del cual procede la ahora acusada— y a su ubicación frente al Código Penal de 1980. Se expresó así la Sala en el fallo de noviembre 10 de 1987, en caso similar a este:

> *El giro de cheques contra cuenta que no corresponda al girador, de tiempo atrás el legislador le dio tratamiento especial ya para sustraerlo del tipo penal de la estafa, al que pertenece por su propia naturaleza, y darle entidad de conducta antisocial (Decreto 1699...), ora para considerarlo un delito innominado de carácter especial (Decreto 1135...), ya para reintegrarlo implícitamente al tipo penal ordinario de la estafa (Código de 1980).*
>
> *El Código Penal de 1980, al derogar la legislación especial del Decreto 1135 de 1970 hizo una redistribución, expresa en unos casos e implícita en otros, de las diversas conductas allí referidas seguramente en atención a las precisiones que había logrado al respecto la doctrina y la misma jurisprudencia.*
>
> *Dos de esas conductas fueron incorporadas al Código expresamente como infracciones al patrimonio económico bajo la denominación de "fraude mediante cheque" —fondos insuficientes o carencia de ellos y orden injustificada de no pago—... y las dos restantes implícitamente ubicables en otros tipos penales como el de la estafa, en el caso de cuenta cancelada o saldada, y la falsedad en el evento de "cuenta que no corresponda al girador" si se trata de imitación o fingimiento de la firma, pues de lo contrario será tan solo estafa.*

El acto engañoso consistente en el giro de los cheques en presencia del vendedor del automotor bajo la apariencia de ser el cuentahabiente, estampando su propio nombre como firma, fue el medio idóneo para la comisión de la estafa, a cuya eficacia contribuyó la simultánea emisión de una letra de cambio "en respaldo" del cheque

postdatado. El vendedor fue inducido en error y determinado a entregar su bien para provecho del ficticio comprador, cuyo propósito evidente y confeso, fue apoderárselo, no atentar contra la fe pública como lo entiende el Tribunal, y ello lo demuestra el haber utilizado los formularios de los cheques tal como lo hizo, sin imitar la firma del cuentacorrientista, ni estampar nombre distinto del suyo propio.

No puede desnaturalizarse el elemento engaño por inducción en error, estructural del tipo penal de la estafa, para convertirlo en delito independiente, en este caso de falsedad, y deducir un concurso de infracciones contra el acusado, pues no se trata de conductas de connotación jurídico-penal plenamente diferenciables, sino, de acuerdo con la evidencia procesal, de un solo atentado contra el patrimonio económico, con aquel nomen juris, *por el cual ha de responder éste, previos su correcto y legal juzgamiento.*

En definitiva, se casará el fallo acusado, en los términos sugeridos por el demandante.

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

Resuelve:

Casar la sentencia recurrida. En consecuencia, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir e inclusive del auto que ordenó el cierre de la investigación. Por el Tribunal de origen, vaya el proceso al funcionario competente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase. Devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario

LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACION

Por la existencia de similitud de encuadramiento en el Código Sustantivo del Trabajo, en las normas que lo complementan y en el Código Penal, no significa que las disposiciones de este último estatuto referentes a la libertad de trabajo y asociación, deban considerarse como normas penales en blanco

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 52.

Vistos:

Resuélvese el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de *Pablo Barrientos Cadavid*, condenado por el Tribunal de Medellín en sentencia de 16 de junio de 1987 a un año de arresto por delitos de violación de los derechos de reunión y asociación al confirmar la providencia de primera instancia del Juzgado 1º Penal del Circuito de esa ciudad, de 17 de marzo del mismo año.

Hechos y actuación procesal:

1. Un número plural de trabajadores de la empresa "Trenzados Medellín S. A." denunció a su Gerente Pablo Barrientos Cadavid y a otras personas por hostigar y buscar la liquidación de esa organización sindical, obstaculizar su funcionamiento; igualmente amenazar a los trabajadores de despido para obtener su desafiliación; citaron como norma penal violada el artículo 292 del Código Penal y solicitaron investigación con el fin de comprobar si efectivamente tales hechos constituyen delito de violación del derecho de asociación o de otro u otros semejantes.

2. Como antecedente señalaron el de que desde el 10 de septiembre de 1985, el Ministerio de Trabajo, había sancionado a la empresa por actos violatorios del derecho de asociación y a pesar de ello su Gerente Pablo Barrientos ha continuado en su conducta llegando a despedir a empleados con fuero sindical.

3. El Juzgado 1º Penal del Circuito de Medellín adelantó la investigación en la cual se practicaron numerosas probanzas habiéndose vinculado mediante indagatoria a Pablo Barrientos Cadavid. Dictado

auto vocatorio, éste fue condenado a un año de arresto, pena que fue confirmada en la sentencia recurrida.

Demanda de casación:

Se argumentan dos causales en su orden: La cuarta y la primera. La cuarta aun cuando se hace referencia a un cargo único, tiene tres aspectos:

a) La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad, pues el auto de proceder tiene como fundamento legal el Decreto 3378 de 1972, por el cual se protege y reglamenta el derecho de asociación consagrado en los artículos 353 y 354 del Código Sustantivo del Trabajo y dicho decreto fue declarado nulo por sentencia de 15 de mayo de 1981 del Consejo de Estado.

Según el recurrente tal decreto ya no estaba vigente por cuya razón el auto de enjuiciamiento estaría viciado de nulidad;

b) Sostiene el recurrente que el no haberse practicado pruebas fundamentales para la defensa, origina nulidades de estirpe constitucional. Entre las pruebas dejadas de practicar estaría (la carencia) de certificación de la Cámara de Comercio sobre existencia y representación legal de "Trenzados Medellín S. A." y de cartas que suscribieron algunos trabajadores renunciando a los beneficios de la convención colectiva de trabajo;

c) Se habría cercenado el ámbito de la investigación al vincular solamente a Barrientos y no a otras personas que desde el auto del proceso se había ordenado vincular.

Causal primera. Sostiene el recurrente que la sentencia acusada es violatoria de la ley sustancial por violación indirecta, por cuanto incurrió en varios errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos ya que en algunos casos dejó de apreciar pruebas legalmente producidas y en otros dio por probados hechos con fundamento en pruebas que no recogió el proceso. Habríase aplicado indebidamente el artículo 292 del Código Penal.

Divide esta causal en tres cargos.

Primer cargo. La sentencia supone que el procesado Barrientos Cadavid es el autor de la introducción entre los trabajadores de "Trenzados Medellín S. A." de un sindicato llamado Sintratexco. Ello sin prueba alguna demostrativa.

También se desconocieron pruebas producidas como el testimonio de Edilma Betancurt Sánchez quien reconoce ser la Promotora de Sintratexco. Habría error de hecho en la apreciación de la prueba.

Segundo cargo. Se habrían desconocido varias pruebas al estimar que el procesado ha tratado de acabar con el sindicato Sintratextil haciéndoles mejores ofertas salariales y pagándoles una bonificación mensual de $ 540.oo a quienes no estén sindicalizados.

Al hacerse esta afirmación, la sentencia desconoció pruebas del proceso presentándose una falta de apreciación de ellas que es forma del error de hecho.

Se sostiene que conforme a la indagatoria, esta prima había sido establecida desde antes de ejercer la Gerencia el procesado. También se involucra dentro de este cargo lo tocante con el despido de trabajadores, pues ello fue producto de dificultades económicas.

Dentro del mismo cargo sostiene el recurrente que hubo error de hecho, al interpretar erróneamente una diligencia de inspección judicial de 23 de enero de 1987, ya que los balances de la empresa demuestran que redujo ventas en 1985, siendo este el motivo de despido de personal y no persecución sindical.

Sostiene la demanda igualmente, que no tuvo la sentencia en cuenta las declaraciones de León Cardona y Yamile Amparo Buitrago Salazar. La primera confirma el mal estado económico de la empresa y la segunda se refiere a que era ella quien preguntaba al trabajador que ingresaba, si se acogía o no a la convención para efectos de realizar la retención.

El recurrente vuelve a insistir en la inspección judicial de Trenzados Medellín S. A., ya en lo tocante con el movimiento de personal de donde aparecía que fue mayor el número de empleados que se retiraron sin estar afiliados a Sintratextil que aquellos que lo estaban.

Tercer cargo. Se da por sentado que el procesado llamó a trabajadores para que se retirasen del sindicato de Sintratextil y al no hacerlo fueron despedidos. El recurrente considera esto como un invento por no existir prueba alguna que lo demuestre. Hubo invento de pruebas, forma del error de derecho.

Para fundamentar esta causal, se afirma que si la sentencia no hubiese incurrido en los varios errores de hecho analizados, no habría condenado al doctor Barrientos como autor de la violación del artículo 292 del Código Penal.

Petición:

El recurrente hace dos solicitudes alternativas. Si la causal aceptada fuese la cuarta, solicita la nulidad del proceso a partir del auto de cierre y si fuere la primera, solicita se case la condena y se dicte sentencia absolutoria.

Concepto de la Procuraduría:

La nulidad: a) Cargo primero. La referencia que se hace a los actos lesivos, al derecho de asociación sindical, Decreto 3378 de 1962, no significa que tal decreto sea cargo para abrir causa criminal pues Barrientos fue llamado a juicio y condenado dentro de la órbita concreta del artículo 292 del Código Penal, vigente en la época de calificación del sumario. La nulidad del Decreto 3378 de 1962, en nada afecta la vigencia del artículo 292 del Código Penal. El llamamiento a juicio, se fundamentó pues, en ley preexistente;

b) Las pruebas que se estiman omitidas no tienen incidencia sobre la valoración de la responsabilidad del sindicado y no pueden engendrar nulidad, ni afectan el derecho de defensa. Sea cual fuere el tipo de sociedades de Trenzados Medellín, no se modificaría en forma alguna la responsabilidad de Barrientos Cadavid. La calidad de Gerente de Barrientos además está demostrada por la injurada y por testimonios, El derecho de defensa no se vulneró cuando hubo amplia oportunidad para el apoderado y su defensor para solicitar pruebas y no se hizo;

c) En cuanto a la no vinculación de otras personas se reitera que tal omisión es una simple informalidad y no está elevada a la categoría de nulidad. Tal situación podría subsanarse con base en copias.

Causal primera. El ser Barrientos impulsor del sindicato Sintratexto, está demostrado por prueba múltiple y la aceptación por Edilma Betancourt de que las reuniones de Sintratexto, se realizaban en las mismas oficinas de Pablo Barrientos Cadavid.

En cuanto al cargo segundo de esta causal, no se ajusta a la verdad procesal lo expresado por el recurrente, en el sentido de no haberse tenido en cuenta la injurada del sindicado, pues la sentencia no se la resumió, sino que hizo un análisis exhaustivo. Simplemente el sentenciador le creyó menos a la versión del procesado, que las numerosas pruebas aportadas para fundamentar los cargos. En torno a la inspección judicial, la Procuraduría estima que si bien es cierto que hubo mejores ventas en 1984 y 1985, de ello no se infiere la necesidad de despedir trabajadores. Según la Procuraduría sí fueron tenidos en cuenta los documentos cuya fotocopia obra en autos, pues sí se hace referencia a ellos al sacar conclusión de la sentencia.

En cuanto a los testimonios de Cardona y Yamile Amparo Buitrago, es cierto que la sentencia no efectuó análisis separados, por tanto no se puede decir que se hubiera distorsionado su sentido.

Tercer cargo. No es producto de la imaginación del fallador de que Barrientos solicitó a los trabajadores, la desafiliación de Sintratextil, sino existen numerosos testimonios que fundamentan este cargo.

Como se insiste en la omisión de la declaración de Yamile Amparo Buitrago, se afirma que por este aspecto aunque el juzgado lo tuvo en cuenta, no le dio mérito probatorio para descalificar las demás pruebas aportadas.

Como secuela de todo lo anterior, no solamente solicita la Procuraduría no se case la providencia, sino que compulsen copias para investigar la conducta de Edilma Marín y Elvira Torres de Rengifo, César Pulgarín, Arnulfo Castrillón y Jairo Cardona.

Consideraciones de la Corte:

1. *Presupuestos interpretativos. La protección del derecho de asociarse o ingresar a asociaciones, compañías, fundaciones, sindicatos,*

federaciones o confederaciones, en fin a organizaciones de trabajadores y patronos, es resultante de nuestra organización política, social y económica.

La misma Constitución en su artículo 44, permite la fundación de tales organizaciones que no sean contrarias a la moral y al orden legal. El artículo 17 de la Carta Magna, considera el trabajo como obligación social que gozará de la protección del Estado y el 18 garantiza el derecho de huelgas a los servicios públicos.

El solo mandato constitucional, sería simplemente un planteamiento teórico, y se desarrolla en otras normas más concretas y específicas.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 12 garantiza y reitera el mandato constitucional el derecho de asociación y huelga. Tal planteamiento lo refuerza en los artículos 353 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

El artículo 354, numeral 2, establece multas, para que quienes en cualquier forma atenten contra el derecho de libre asociación sindical. Pero resulta que el legislador estima que el planteamiento teórico del constituyente, las expresiones del Código Sustantivo del Trabajo y las multas, no son suficientes para evitar los atentados contra la libertad de trabajo y asociación.

Ya desde la vigencia del Código Penal de 1936, se estimó conducente determinar sanción penal para quien atente contra el libre ejercicio de industria, profesión u oficio o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes sobre sindicatos y huelgas (Título XXI, Capítulo VI del C. P. de 1936).

Al dictarse en 1980 el nuevo Código Penal, se conservó la punición de estas conductas que atenten contra la libertad de asociación. Pero no siempre los Estados han protegido tales libertades; si bien es cierto que había en Roma posibilidades de asociaciones verdaderamente profesionales, como los llamados collegia, ellas fueron suprimidas sin pena y sin gloria por Julio César.

La Edad Media, conoció el renacimiento de organizaciones laborales y el fortalecimiento de las llamadas Corporaciones.

Paradójicamente la revolución francesa, considerada como defensora fervorosa de la libertad, asestó mediante la ley Chappelier de 1971 golpe a la sociación profesional. Tal golpe repercutió en todos los países europeos más adelantados que prohibieron también tales asociaciones. Pero ya para la sexta década del Siglo XIX, se abrió paso un lógico movimiento tendiente a permitir la libertad de asociación. Francia desde 1834, Alemania desde 1869, Inglaterra dede 1871, reaccionaron contra una prohibición que hoy se nos hace inexplicable. Entonces ya campeó en los países modernos el principio de garantía del derecho de asociación consagrado por las Constituciones y coadyuvado por los ordenamientos laborales y penales.

2. *Norma penal en blanco. Como ya se insinuó tal protección a la libertad de asociación, se determinó en la órbita administrativa me-*

diante el derecho laboral o normas que lo complementaban y en forma punitiva propiamente dicha por los Códigos Penales.

El Código Sustantivo del Trabajo, como ya se insinuó (art. 354) prevé multas por las violencias o amenazas contra la libertad de asociación, pero acepta la posibilidad de la acción penal y que al imponerse la multa administrativa y sobrevenir la condenación penal con la sanción pecuniaria se devuelva la multa.

La existencia de similitud de encuadramiento en el Código Sustantivo del Trabajo, en las normas que lo complementen y en el Código Penal, no significa ni mucho menos que las normas del Código Penal referentes a la libertad de trabajo y asociación, deben considerarse como normas penales en blanco.

En el caso concreto, el recurrente sostiene que el auto de proceder está fundado en el Decreto 3378 de 1962, en cuanto complementa el (art. 309 del C. P. de 1936 actual art. 292 del C. P. de 1980).

La afirmación subrayada hecha por el recurrente no puede compartirla la Sala, por cuanto no es exacto que ese decreto complemente el artículo 209 del Código Penal de 1936.

El mismo encabezamiento es claro en determinar que protege y reglamenta el derecho de asociación consagrado en los artículos 353 y 354 del Código Sustantivo del Trabajo. Ninguna referencia hace tal Decreto al Código Penal.

Si se hace un repaso cronológico, se concluye que desde el primero de enero de 1937 hasta el 19 de diciembre de 1962, rigió el artículo 309 del Código Penal, sin que hubiese aparecido hasta ese momento el Decreto 3378 y sin que se pudiese afirmar que no tenía vigencia, porque las conductas a que se hacían relación no estaban específicamente referidas o complementadas en Estatuto Administrativo Laboral.

Desde 1962, hasta enero de 1981, rigieron por un lado las normas del Código Penal de 1936, que definían conductas típicas, antijurídicas y culpables y por otro las disposiciones laborales del Decreto citado que establecían multas de carácter administrativo. Ambas normas tienen su ámbito independiente y mal pueden supeditarse la interpretación de la norma penal a la administrativa.

Entre enero 28 de 1981, fecha en que entró a regir el Código Penal de 1980 y el 15 de mayo de 1981, fecha de la nulidad del Decreto 3378 de 1972, coexistieron las mismas condiciones ya anotadas. El artículo 292 de 1980 y el Decreto, ya reseñado.

Al decretarse la nulidad del Decreto 3378 de 1962, el Código Penal continuó rigiendo y tal nulidad no podía tener ningún efecto sobre un ordenamiento diferente. Esta enunciación cronológica sirve para demostrar la ninguna trascendencia del Decreto de 1962 sobre los Códigos del 36 y del 80 y cómo carece absolutamente de respaldo jurídico el sostener en el caso concreto que por el hecho de que se hizo referencia a dicho Decreto, el auto de proceder estaba fundado en él.

Pretender que el artículo 309 del Código Penal de 1936 y el 299 de 1980 sean normas penales en blanco, es desvirtuar el alcance de tal figura.

Bien sabido es, que por normas penales en blanco se entienden aquellas que no se bastan así mismas, pues el precepto debe integrarse por normas extrapenales o por leyes especiales presentes o futuras (Binding).

Los verbos rectores impedir o perturbar, son verbos que en su significación natural, reflejan conductas violentas, físicas o morales. Que aparecen en otras normas y cuyo significado han fijado los usos del lenguaje y la doctrina jurídica penal.

El verbo impedir, aparece por ejemplo en el artículo 366 del Código Penal y a nadie se le ha ocurrido que por usarse tal verbo, ese artículo deba estimarse como normas penales en blanco, para cuya interpretación sea menester acudir a otra norma extrapenal.

Lo mismo puede decirse del verbo perturbar que aparece en el artículo 363. Ambos verbos son de por sí significativos y de un alcance jurídico conocido, sin que sea menester acudir al sistema de las normas penales en blanco, para interpretarlos.

De esta manera queda refutado el planteamiento hecho por el recurrente en el supuestamente llamado cargo único de la causal cuarta.

El cargo no prospera.

3. *Las otras nulidades: Omisión de pruebas.* La Sala estima de acuerdo con su Colaborador Fiscal, que las pruebas que se estiman omitidas, ni afectan el derecho de defensa, ni tienen incidencia alguna sobre la responsabilidad del procesado, ni engendra nulidad alguna. No se entiende qué trascendencia pueda tener el hecho recalcado en la demanda de que la empresa era Limitada y después se convirtió en Anónima.

Entratándose de emprender el proceso de subsunción por un delito contra la libertad de trabajo y asociación, como éste y de fijar la responsabilidad del procesado, tal calidad de la sociedad es totalmente irrelevante. La argumentación de que brilla por su ausencia la certificación de la Cámara de Comercio en Medellín sobre existencia y representación legal de la sociedad, tendría inferencia en un proceso civil, formalísticamente exigente en estos temas pero no en un proceso penal donde el mismo procesado reconoce desde su indagatoria la calidad de Gerente de la empresa.

Es cierto que omitir la práctica de pruebas fundamentales para la defensa, puede constituir una nulidad, pero cuando se usa la expresión pruebas fundamentales, no se puede estimar de manera hiperbólica que sea la omisión de cualquier prueba suficiente para engendrar la nulidad.

Las pruebas dejadas de practicar según reiteradas jurisprudencias deben tener trascendencia tal que puedan repercutir en forma decisiva sobre la determinación o la existencia misma del hecho típico o de la

responsabilidad del procesado. Significa ello que la omisión de la prueba cambia fundamentalmente los resultados de la sentencia. Esto no puede predicarse del caso a estudio.

De la circunstancia de que no se hubiesen agregado cartas de unos trabajadores renunciando beneficios provenientes de la convención colectiva, no se deduce que tales misivas hubiesen tenido mágico valor absolutorio.

Otra nulidad alegada es la de que no se indagaron a otras personas cuya vinculación se había decretado desde el auto cabeza de proceso. En forma reiterada ha expresado esta Corporación, que tal circunstancia no constituye de por sí una nulidad. En cuanto no vulnere derechos fundamentales de las partes, la responsabilidad penal es individual.

La jurisprudencia llegó a esta conclusión después de múltiples estudios y de sopesar alegaciones como las del recurrente. En casos como este la solución a que se ha llegado es simple y así lo insinúa el Colaborador Fiscal. Expedirse copias para que se investigue la conducta de las personas omitidas.

En estas condiciones tampoco por este aspecto puede aceptarse la nulidad.

4. *Causal primera. Primer cargo.* No es cierto como se afirma por el recurrente, de no existir pruebas demostrativas de la vinculación del procesado con un sindicato patronal que trató de imponer. Si se revisa el expediente se encuentran entre otras declaraciones las de Andrés Adolfo Avendaño, María Luz Fanny Gutiérrez García, Omar de Jesús Moncada, etc., quienes concretan en persona diferente, la realización de actos tendientes a fundar y promover el ya reseñado sindicato patronal, Sintratexco.

En cuanto haberse desconocido el testimonio de Edilma Betancourt Sánchez, prueba legalmente producida, tampoco es cierto pues desde el auto de proceder, se le analizó, se le apreció aun cuando en forma distinta a como lo insinúa el recurrente.

Este pretende que el sentenciador ha debido ubicar en la persona de Edilma Betancourt la autoría de la iniciativa de que se desafiliaran de Sintratextil, mas la sentencia no lo estimó así, lo cual no significa que no se le hubiese apreciado, sino que se le dio como ya se reiteró, alcance diferente al del recurrente.

La presentación de este cargo no encaja pues exactamente dentro de la órbita del error de hecho.

Este primer cargo no prosperará.

Segundo cargo. Es exagerada la afirmación de que no se tuvo en cuenta lo aseverado por el procesado en la indagatoria. Simplemente la providencia no le dio a tal versión la credibilidad suficiente para destruir un múltiple acervo probatorio que afirmaba lo contrario. Tampoco es acertado el reparo como para incluirlo dentro de la órbita de la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho.

Tampoco es cierto que la documentación presentada en la inspección judicial, no se haya tenido en cuenta, pues la providencia recurrida sí se refiere a ello. En cuanto a la declaración de Yamile Buitrago Salazar que se afirma no apreció el juzgador, la verdad es que ella contiene una proposición negativa, ya que en síntesis lo que manifiesta es que no vio que el doctor Barrientos se haya opuesto a la existencia de otro sindicato.

En tales circunstancias el cargo en torno a esta declaración es impreciso y no puede prosperar.

En cuanto a la declaración de Héctor León Cardona que dice la demanda no se tuvo en cuenta, debe observarse que tal es su nombre correcto y no el de Héctor Luis a que se refiere el Colaborador Fiscal. Pero ya en cuanto al fondo de la cuestión el cargo carece de fundamento alguno porque tal declaración que aparece a folio 71, según cita del recurrente, no fue recibida dentro del proceso penal, sino por la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Antioquia. Por tanto el cargo desaparece en su fundamento.

Tercer cargo. La verdad es que este tercer cargo, reitera los anteriores y se refiere a las mismas pruebas, además de que su enunciación es similar a ellos. La sola enunciación saca avante lo expresado: "Ninguna prueba se produjo para establecer que el doctor Barrientos hubiese exigido a los trabajadores que se afiliaran a determinado sindicato".

El cargo ya está refutado, pues se determinó que existen numerosos testimonios citados en la sentencia. También está analizado lo tocante con la testigo Yamile Amparo Buitrago Salazar cuya referencia se repite aquí. En estas condiciones no puede afirmarse que se trate de un nuevo cargo, sino de reiteración de los anteriores.

Así pues, debe desecharse este presunto cargo.

En cuanto a la petición de copias que hace la Procuraduría, debe resolverse favorablemente.

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

Resuelve:

1. *No casar* la sentencia recurrida.

2. *Ordénase* compulsar copias para que se investigue la conducta de Edilma Marín, Elvia Torres de Rengifo, Amparo Barrientos, César Pulgarín, Arnulfo Castrillón y Jairo Cardona, conforme a la solicitud hecha por el Procurador Tercero Delegado.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA. ACUMULACION

No es dable confundir el derecho de defensa, con el beneficio punitivo resultante de la unidad procesal generada en la acumulación

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 53.

Se dirime la colisión de competencia negativa suscitada entre los Juzgados 8º Penal Municipal de Pereira y 4º Penal Municipal de Manizales para decretar la acumulación de procesos que en esos despachos se adelantan por delitos contra el patrimonio económico y continuar el trámite correspondiente.

Hechos:

1. a) El Juzgado 6º Penal Municipal de Pereira profirió resolución acusatoria contra el sindicado Oscar Morales González por el delito de hurto calificado, el día 10 de marzo de 1988 (fl. 34, cuaderno principal), la cual fue notificada personalmente en la misma fecha al procesado y al Ministerio Público, y por estado del 12 de marzo, quedando ejecutoriada el 18 de los mismos debido a la suspensión de términos que medió por dos (2) días a consecuencia de los comicios electorales, según constancia secretarial en tal sentido (fl. 26 vto. *ibidem*);

b) El mismo día que el proceso entró al despacho para dictar sentencia —18 de mayo de 1988—, el juzgado mencionado recibió comunicación telegráfica de su homólogo el 4º Penal Municipal de Manizales, en el sentido de que en éste cursaba otro proceso por delito de igual naturaleza contra el mismo individuo, en el cual la resolución acusatoria había quedado ejecutoriada el 11 de abril de 1988, y solicitando en consecuencia, suspender la causa que adelantaba el destinatario con miras a la acumulación (fl. 41 *ibidem*), pero no fue atendido por considerar el juez de Pereira que la suspensión era imposible por el momento procesal en que estaba la causa, quien por tanto profirió su fallo de primera instancia. Contra tal proveído se interpuso recurso de apelación, en cuyo trámite el fiscal correspondiente impetró la nulidad de lo actuado desde la sentencia por violación al derecho de defensa, porque en su criterio las causas debieron acumularse como lo sugería el juez de Manizales según lo dispuesto en los artículos 86

y siguientes del Código de Procedimiento Penal, y como el Juzgado 3º Penal del Circuito acogiera dicho concepto, accedió a la declaratoria de invalidez en los términos planteados y ordenó la devolución de las diligencias al *a quo* para lo concerniente a la acumulación.

2. Pero revisado el proceso adelantado por el Juzgado 4º Penal Municipal de Manizales, que el 6º de Pereira se hiciera remitir, éste optó por negarse a decretar la acumulación aduciendo que la resolución acusatoria había quedado ejecutoriada antes que la suya, es decir, el 24 de septiembre de 1987, y transfirió los autos a aquella ciudad (fl. 141 *ibidem*).

3. A su turno, el juzgado de Manizales también se negó a decretar la acumulación, basado en que su resolución acusatoria había sido declarada legalmente ejecutoriada sólo hasta el 11 de abril de 1988, y planteó entonces colisión negativa de competencia a su homólogo 6º de Pereira, el que al aceptarla ordenó el envío de toda la actuación a esta Corporación.

Se considera:

Tiene razón el Juzgado 6º Penal Municipal de Pereira en cuanto no es a él al que compete decretar la acumulación de las causas y continuar la tramitación de rigor. Ciertamente; su resolución acusatoria quedó firme el 18 de marzo de 1988, mientras que la del Juzgado 4º Penal Municipal de Manizales se profirió el 9 de septiembre de 1987 y fue notificada personalmente al acusado y al Ministerio Público el mismo día, y al defensor, el 21 de septiembre, es decir que la ejecutoria de este pronunciamiento judicial ocurrió el 24 de los mismos mes y año, como lo dispone el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal.

Y, como se observa en la actuación adjunta que se trata de un proceso en el que no existe auto de control de legalidad por razón de la competencia para su instrucción y fallo, mal puede el juez calificador —para el caso el mismo juez competente—, transferir a su arbitrio la fecha de la ejecutoria de la resolución acusatoria a un pronunciamiento expreso en este sentido y posterior a ella, como es el del 11 de abril de 1988 en el cual apoya la tesis que le permitió plantear el conflicto de competencias (fl. 24 *ibidem*), y con el que lo único efectivo logrado, es el retardo en la administración de justicia. Así pues, en atención a lo dispuesto en el aparte final del primer inciso del artículo 93 del Estatuto en repetida cita, se resolverá el diferendo afirmando la competencia en el juzgado de Manizales por haber quedado firme la resolución acusatoria en el proceso que allí se adelantó, antes que en el juzgado de Pereira.

Sin embargo *no puede pasar desapercibida a la Corte, la circunstancia irregular aunque carente de connotación invalidante, de que el Juzgado 6º Penal Municipal de Pereira, una vez enterado de que su homólogo 4º de Manizales adelantaba un proceso con resolución ejecutoriada supuestamente después que la suya, hubiera insistido, como lo hizo en dictar la sentencia con el argumento de que el proceso se hallaba al despacho para tal fin, cuando lo adecuado en bien de la*

eficacia de la administración de justicia, habría sido ejercer la diligencia conforme al artículo 89 del Código de Procedimiento Penal para establecer con certeza y oportunidad la situación procesal del caso.

Por igual desorientado se mostró el Juzgado 3º Penal del Circuito de la misma ciudad —al cual correspondió conocer de la apelación de tal fallo—, al anular la actuación desde éste arguyendo la supuesta violación del derecho de defensa del acusado ante el evento de la omitida inicial acumulación pues el desconocimiento de la unidad procesal no genera automáticamente la afectación perjudicial de tal derecho, menos aún tratándose de infracciones independientes y autónomas como las que motivaron los dos procesos por acumular, sujetas naturalísticamente también a consecuencias penales independientes. Ello explica el sentido del artículo 14 del estatuto procesal de la materia al disponer que "por cada hecho punible se hará un solo proceso", salvo que se trate de delitos conexos y de "las excepciones constitucionales y legales", casos en los cuales la unidad procesal sí es imperativa, pero su rompimiento, sólo si conculca el derecho de defensa, ocasiona nulidad.

No es dable confundir el derecho de defensa, que en el caso de autos fue respetado en cada uno de los procesos, como se infiere de la ausencia de objeciones al respecto, con el beneficio punitivo resultante de la unidad procesal generada en la acumulación, pues esta es una medida de política criminal tendiente, como se sabe, a evitar la suma aritmética de penas, condicionada al oportuno conocimiento que los distintos despachos judiciales lleguen a tener de los diversos procesos que en un momento dado se adelanten contra un mismo individuo, o a que la decisión de dos o más asuntos guarde entre ellos tal interdependencia, que no pueda adoptarse autónomamente; mientras que el derecho de defensa es una institución carente de condicionamientos distintos al de su defectuosa comprensión en detrimento del que asiste a las partes frente a las cuales se ejercita y de los objetivos que persigue la administración de justicia. Si quería corregir la irregularidad, en atención al informe que sobre acumulación mediaba, bien podía haber revocado la providencia que se profirió con desconocimiento de dicha regla procesal pues conocía de ella como juez ad quem.

Previas las anteriores observaciones se definirá la cuestión en el sentido que ha quedado puntualizado.

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

Resuelve:

Dirimir la colisión planteada en el sentido de atribuir la competencia en discusión al Juzgado 4º Penal Municipal de Manizales. Comuníquese esta decisión al Juzgado 6º de la misma categoría de Pereira para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

CESACION DE PROCEDIMIENTO

Por el tránsito de legislación y en aplicación del principio de favorabilidad, aún en los procesos en que hubiere quedado ejecutoriado el auto de cierre de investigación en vigencia del anterior código procesal, se ordenará la cesación de procedimiento, cuando transcurridos sesenta días no hubiere mérito para formular acusación

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 053 (agosto 23 de 1988).

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Cúcuta su auto de 18 de marzo pasado por el cual de acuerdo con su colaborador Fiscal y por subsistir la misma situación contemplada en anterior calificación, dispuso cesar procedimiento dentro del proceso adelantado contra el doctor *Alvaro Jorge Romero Jaimes*, Exjuez Promiscuo Municipal de Santiago (Santander del Norte) en el que es denunciante Jaime Antonio Estévez Quintero quien afirma actitudes irregulares del juez al exigir determinadas sumas de dinero a él y a sus hermanos – también sindicados—, en sumario por hurto tramitado en ese momento en el Despacho del acusado.

En esta instancia solicitó la Procuraduria Segunda Delegada en lo Penal ratificar la decisión del Tribunal.

Hechos:

Ante el Presidente de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cúcuta el día 3 de febrero de 1984, Jaime Antonio Quintero Estévez formuló denuncia contra el Juez Promiscuo Municipal de Santiago, Doctor Alvaro Jorge Romero Jaimes y contra el escribiente de la misma oficina Raúl Orozco, pues junto con sus hermanos Alvaro José y Francisco Quintero fueron denunciados por su progenitora por la apropiación o sustracción de semovientes pertenecientes a la sucesión de su padre. Inicialmente les fue exigida la suma de $ 200.000.oo, posteriormente fue rebajada a $ 150.000.oo, y finalmente a $ 100.000.oo

con el fin de disponer su libertad: porpuestas que fueron realizadas en reuniones y también mediante llamadas telefónicas sostenidas tanto con el funcionario acusado como con el empleado del juzgado.

Actuación procesal:

Teniendo como base la denuncia, se abrió la investigación y se practicaron las pruebas necesarias entre ellas las versiones del denunciante y sus familiares —quienes corroboraron la acusación— examen de las diligencias, testimonio del empleado Raúl Orozco contra quien se ordenaron copias para investigación separada e indagatoria del juez incriminado. Así mismo se efectuaron confrontaciones entre los procesados y los diferentes testigos y se escucharon las declaraciones de otras personas citadas con referencia a los hechos.

Perfeccionada la investigación y habiendo solicitado el apoderado del procesado sobreseimiento definitivo por no demostrarse infracción, el Tribunal de acuerdo con la petición de la Fiscalía dispuso en auto de 20 de noviembre de 1984 —con salvamento de voto de uno de los integrantes de la Sala— sobreseer temporalmente y reabrirla para la práctica de determinadas diligencias (Fls. 259 a 271, cuaderno 1º).

Apelada esta providencia y concedido el recurso en el efecto devolutivo, se remitió el duplicado a la Corte, que junto con el concepto emitido por la Procuraduría Segunda Delegada, se destruyó en el incendio ocurrido en el Palacio de Justicia. Obtenidas las nuevas copias, en atención al informe suministrado por el Ministerio Público al remitir su concepto en el asunto por el cual pidió se sobreseyera definitivamente al inculpado, se procedió a decidirlo mediante auto de noviembre 11 de 1986, en el sentido de confirmar la decisión reclamada por observarse vacíos probatorios, que como lo estimó el Tribunal, fundaban aquella.

Practicadas las pruebas ordenadas, se profirió también de acuerdo con la solicitud de la Fiscalía en cuanto a que no existía base para una resolución diferente de sobreseimiento temporal, la cesación de procedimiento, objeto de consulta.

Teniendo como fundamento lo anterior se procede a adoptar la pertinente resolución.

Se considera:

1º Es procedente la consulta en atención al delito investigado, conforme a las normas del anterior estatuto procesal, aplicable por hallarse ejecutoriado el auto de cierre de la investigación al entrar a regir el actualmente vigente (art. 199 C. de P. P. derogado; art. 677 Código vigente).

2º Se demostró la calidad de juez del acusado con las copias de los actos de su nombramiento, posesión y certificado de ejercicio de funciones, todo lo cual también se acredita con las actuaciones procesales y la indagatoria del mismo.

3º El cargo formulado radica en que el doctor Romero Jaimes y su dependiente Orozco, insinuaron a los investigados ante su despacho

por hurto y a familiares suyos, el pago de dineros con la finalidad de lograr decisiones favorables en cuanto a su libertad, que debían ser objeto de definición por el funcionario dentro de la instrucción que adelantaba.

Sobre los hechos se produjeron versiones contrapuestas, pues mientras el denunciante Estévez Quintero, su compañera Blanca Ligia Cardozo y sus hermanos Francisco y Alvaro Estévez —capturados por orden del juez— afirman la existencia de las exigencias por parte de los dos acusados, apoyados por algunas personas en relación con determinados aspectos, el juez mencionado niega que esa hubiera sido su conducta y que en las conversaciones realizadas u ocasiones en que hubo lugar a ello, pudiera haber efectuado insinuaciones de tal naturaleza.

Aunque existen las constancias de la entidad respectiva sobre las llamadas telefónicas hechas, y el juez reconoce su voz en algunas de las grabaciones que de tales conversaciones se llevaron a cabo, rechaza enfáticamente la reunión con los acusados y sus familiares con la irregularidad indicada en los cargos. Durante los careos efectuados con intervención de los incriminados, el juez y el escribiente Orozco, investigados por separado, cada uno se sostuvo en su versión opuesta, quedando por tanto con el mismo alcance o efecto sus afirmaciones respectivas, sin que se haga necesario hacer detenida referencia a tales pruebas, anteriormente examinadas con ocasión de la primera calificación.

En esa ocasión se consideró tanto por el Tribunal como por esta Corporación al impartir la confirmación, que no existía base para una resolución definitiva, pues ni los cargos estaban suficientemente demostrados ni tampoco infirmados, haciéndose necesarias otras pruebas, que se decretaron. Lo anterior porque dada la oposición de las respectivas versiones, no se llegaba a una conclusión clara por estimar que no obstante la unidad de lo que sostenían los cargos, se trataba de personas ligadas por vínculos familiares y además porque la pericia técnica sobre las grabaciones telefónicas dejaban dudas en determinados aspectos, lo que aumentaba las ya existentes, en cuanto a la exigencia de dineros, dados sus términos y aún en cuanto a la forma como se realizaron.

Efectivamente, se expresa en el dictamen en cuanto a si "se puede detectar alguna clase de montaje o alguna irregularidad..." en la grabación lo siguiente:

> "...se dictamina que en el transcurso de las grabaciones dubitables o llamadas telefónicas consignadas en el cassette número uno, lado 'A' a la altura de los 108 y 214 pies de rodamiento de la cinta, se aprecian sobreposiciones de grabación, ya no a través de línea telefónica sino en forma directa, en que el aparato de grabación recoge sonidos de fondo. A la altura de los 098 pies de este lado, la conversación entre Raúl Orozco y Jaime Antonio Estévez no se puede dictaminar si, transcurrida la sobreposición de grabación aludida, se trate de una misma llamada telefónica por cuanto este fenómeno hace perder el orden circunstancial de la conversación y contenido etimológico de lo que pronuncia el locutor e interlocutor, lo cual hace presumir que las palabras

pronunciadas por cada persona hayan podido ser grabadas en conversaciones diferentes, lógicamente, por teléfono. Tampoco se puede precisar durante el transcurso de las grabaciones, si los funcionarios del juzgado hayan exigido dinero al señor Jaime Antonio Estévez, por cuanto ellos en las conversaciones telefónicas no lo hacen explícitamente, respondiendo sólo a las sugerencias sobre determinadas sumas de dinero que hacen el señor Jaime Antonio Estévez y Blanca Ligia Cardozo, es decir, que no se puede determinar si los primeros exigieron o los segundos ofrecieron para obtener resultados judiciales contrarios al mandato legal..." (fl. 123, cuaderno 1º).

Por manera que se dispuso el sobreseimiento temporal, para practicar otras pruebas en la reapertura decretada.

4º Fueron estas varias confrontaciones, cumplidas en su mayor parte. De las efectuadas entre los testigos Jesús Angel Peña y Blanca Ligia Cardozo (fl. 306) y entre el mismo Peña Rangel y Jaime Antonio Estévez (fl. 316) aparece que los declarantes se ratificaron cada uno en su versión. Este último sostuvo que Peña averiguó por el proceso en su contra y que con el juez y el secretario estuvieron en una reunión con ellos —aunque el testigo no intervino y se mantuvo aparte— y después les entregó informe de que el juez exigía determinada suma de dinero; comentario negado por Peña para decir que a solicitud de Estévez Quintero llevó a Raúl Orozco, conocido de uno de ellos una tarjeta con un número telefónico para que los llamara.

La testigo Blanca Ligia de Barrera, mujer de Jaime Antonio Estévez, expresó en términos semejantes a los de éste, en cuanto a la intervención de Peña en los hechos, con la aclaración de que este no solicitó dinero para sí. Y el declarante repitió su versión en la misma forma antes consignada.

En el careo entre el Exjuez Romero Jaimes y el dependiente de su oficina Raúl Orozco respecto a la afirmación anterior suyo y ante pregunta formulada, el acusado manifestó que no le constaba directamente que Orozco hubiera solicitado dinero a los sindicados Estévez, lo que se dedujo de la grabación que escuchó en el juzgado.

De lo anterior se desprende que no se ha modificado la situación probatoria anteriormente contemplada y que dio lugar a un sobreseimiento temporal, pues no surge indicio que lleve a ratificar los cargos formulados contra el acusado. Por el contrario, al ampliar su versión, interrogado al respecto, aclara como se ha consignado en cuanto a la acusación contra el exescribiente que lo afirmado por él anteriormente en cuanto a que Orozco había solicitado dinero, se fundó en las grabaciones, aspecto al que se hizo referencia en la providencia anterior de esta Sala para su aclaración y que no viene a ratificar el cargo.

Todo lo anterior permite concluir, como lo consideró el Tribunal, acogiendo el criterio de la Fiscalía, que subsiste una situación de duda, no modificada por las nuevas pruebas recibidas, que no obstante las afirmaciones del grupo de testigos mencionados obra la nega-

tiva del procesado, unida a lo que se expresa en el dictamen sobre las grabaciones aportadas. No puede así estimarse demostrada la infracción ni desvirtuados los cargos formulados.

5º *No obstante haber quedado en firme el cierre de investigación en vigencia del anterior Código procesal lo cual supondría su aplicación conforme a norma expresa del actualmente vigente (art. 677), con la consecuencia de un segundo sobreseimiento temporal (art. 494 C. de P. P. anterior) no es procedente esta medida como lo decidió el Tribunal, en la providencia cuya ratificación solicita en esta instancia la Procuraduría Delegada.*

Lo anterior con aplicación del principio de favorabilidad, de ineludible observancia en este caso, como aparece de la comparación de las normas de una y otra codificación. Por cuanto conforme a la actualmente vigente, cuando reabierta la investigación, como ocurre en este proceso, no existiere mérito para formular acusación una vez corrido el término de sesenta días, se decretará la cesación de procedimiento. Norma esta que por ser alinente a aspecto de fondo debe ser aplicada de preferencia —por resultar indudablemente de mayor benignidad— sobre la anterior y que permitía el nuevo sobreseimiento temporal. Es decir que, al subsistir la duda, no resulta admisible ninguna otra actuación, sino la de disponer la cesación indicada, como ya se ha resuelto en anteriores providencias de esta Sala de Casación Penal.

Al encontrarse debidamente fundada la decisión materia de examen, debe confirmarse.

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

Resuelve:

Confirmar la providencia consultada por la cual se dispuso cesar procedimiento en relación con el exjuez Promiscuo Municipal de Santiago (Norte de Santander) Alvaro Jorge Romero Jaimes por los cargos investigados en este proceso.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR. COMPETENCIA

Quien, al momento de la comisión del hecho, tenga la calidad de particular, aún tratándose de delito típicamente militar, no puede ser juzgado por esa jurisdicción especial

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada: Acta número 53 de agosto 23 de 1988.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar contra la sentencia proferida por dicha corporación el veinticinco (25) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988), mediante la cual al confirmar la del presidente del Consejo de Guerra radicado en Montería, providencia del 3 de septiembre de 1987, condenó a *Yamir Humberto Lamir Palacios* a la pena principal de catorce (14) meses de prisión, a las accesorias de rigor por el delito de "Fuga de presos".

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares coadyuvó la demanda y solicita a la Corte casar la sentencia impugnada.

Hechos:

El día 27 de mayo de 1987, en las horas de la tarde se evadió del sitio de trabajo para el personal detenido del Batallón de Infantería número 33 "Junín" el sujeto Yamir Humberto Lamir Palacio, quien purgaba en ese entonces condena por el delito de deserción.

La demanda de casación:

Al amparo de la causal tercera de casación conforme al contenido del artículo 226-3 del Código de Procedimiento Penal vigente, formula el recurrente un solo cargo.

"Que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por falta de competencia ya que tratándose de un proceso por fuga de presos, cuando el condenado se evadió, había dejado de pertenecer al ejército, como lo informa la Brigada al folio 26 del expediente".

"Siendo ello así, ningún fundamento constitucional o legal podría invocarse para sostener en este caso la competencia en la Justicia Penal Militar para juzgar a quien en esa fecha ya era particular Yamir Humberto Lamir Palacio; dado que por disposición de carácter administrativo había sido despojado de su calidad de soldado, en acatamiento a la condena que contra él se había impartido como responsable del delito militar de deserción y a quien además de una pena privativa de la libertad se le impuso la accesoria de suspensión absoluta de las Fuerzas Armadas".

Solicita entonces, que se declare la nulidad del proceso a partir del auto del 3 de agosto de 1987 en el cual el Comando del Batallón de Infantería número 33 "Junín" avocó el conocimiento del sumario por dicha fuga.

Se considera:

Para resolver el asunto resulta necesario en primer término transcribir el certificado que obra a folio 26 del expediente, emanado del Batallón Junín el cual dice: "Que el soldado Lamir Palacio Yamir Humberto, identificado con el Código Militar número 8630402 fue dado de baja por condena a prisión por el delito militar de deserción, de acuerdo a la orden administrativa de personal número 1-030 con fecha de 01 de mayo de 1987, del Comando del Ejército".

Y si los hechos constitutivos del delito de fuga de presos tuvieron ocurrencia el día 27 de mayo de 1987, se tiene que Lamir Palacio, en ese momento actuó en condición de particular, pues ya había sido despojado para todos los efectos de su investidura militar.

Siendo particular, el autor del hecho, así su conducta tenga plena adecuación en el artículo 185 del Código de Justicia Penal Militar que al referirse a la fuga de presos preceptúa: "El que se fugue, estando legalmente detenido por imputársele la comisión de un delito militar o de conocimiento de la jurisdicción castrense, será sancionado con arresto de seis (6) meses a dos (2) años".

"Si se tratare de un condenado, la sanción de uno (1) a cinco (5) años de prisión"; es obvio que su juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria y no a la militar.

Tal aserto, ha sido suficientemente explicado desde la decisión de 4 de febrero de 1971, cuando la Corte resolvió la acción de inconstitucionalidad de la mayor parte del Código de Justicia Penal Militar, en ese entonces dijo la Corporación: "Se debe si hacer la necesaria distinción y afirmar para todos los efectos legales del caso, que cuando los hechos descritos en sus disposiciones (se refiere al C. de J. M.), se cometen por las personas a que se refieren los artículos 307 y 308 en las partes que por este fallo se declaren exequibles, se juzgan por la jurisdicción militar y cuando se ejecutan por otros sujetos activos, se juzgan por la justicia ordinaria" *(se subraya).*

Por ello resulta criticable lo afirmado por el Tribunal Militar al entender que esa jurisdicción especial mantiene la competencia, por el hecho de hablar el inciso 2º del artículo 185 del Código de Justicia Penal Militar de condenados, y que el delito de deserción por el que

se procesó y condenó a Yamir Palacio es típicamente militar, lo cual permite, según concepto de ese Tribunal ,extender la competencia de esa jurisdicción a los particulares.

Tal criterio, como se ha visto, no es admisible siquiera bajo la más amplia y permisiva hermenéutica del artículo 170 de la Constitución Nacional, pues como lo dejó dicho la Corte en el fallo citado (4 de febrero de 1971) la competencia de esta jurisdicción le deviene de la calidad de militares de los autores de los hechos punibles o de la circunstancia de que por causa de declaratoria del estado de sitio se le hubiese adscrito el juzgamiento de los civiles por ese específico delito, lo cual no ocurrió en cuanto a la fuga de presos; resulta hoy perfectamente insostenible, a partir del fallo del 5 de marzo de 1987, mediante el cual la Corte definió conforme a la letra y espíritu de la Constitución, la incompetencia de la justicia Penal Militar para juzgar a los civiles.

Por lo expuesto, se declarará nulo el proceso a partir del auto de 3 de agosto de 1987, cuando el Comando del Batallón de Infantería número 33 "Junín" avocó el conocimiento de los hechos y dispone remitir el expediente al Tribunal Militar para que por su intermedio se envíe al juez competente, quien procederá conforme a las normas sustanciales y procesales ordinarias.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º *Casar* la sentencia recurrida.

2º *Declarar la nulidad* de lo actuado a partir del auto del 3 de agosto de 1987 y devolver el proceso al Tribunal Militar para que se dé cumplimiento a lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

1º ABUSO DE AUTORIDAD

El juez se excede en el ejercicio de sus funciones cuando realiza un acto oficial arbitrario e injusto, contrario al correcto funcionamiento de la administración pública y subsume así su conducta dentro de lo normado por el artículo 152 del Código Penal

2º PREVARICATO

Según el artículo 244 del ordenamiento ritual civil, el juez deberá negarse a decretar la inspección si considera que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso y de acuerdo con el artículo 245 exigirá las condiciones que debe reunir la solicitud de práctica de la diligencia

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 54.

Vistos:

Cumplido el trámite pertinente de la segunda instancia, resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que fuere del caso frente al recurso de apelación que interpusiera el defensor de la procesada *Constanza Borray Franco* contra la providencia de fecha seis (6) de abril del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá negó la cesación de procedimiento a favor de la incriminada, y en su lugar decretó la conminación de la misma por un delito de abuso de autoridad.

Hechos:

El señor Jaime Cruz elevó denuncia penal en contra de la doctora Constanza Borray Franco, en su calidad de Juez Segunda Municipal de Fusagasugá, a quien acusó de haber extralimitado sus funciones al practicar una diligencia de inspección judicial sobre el inmueble en el cual el denunciante era arrendatario, y como consecuencia de la cual, la acusada entregó la tenencia del apartamento por él ocupado a quien solicitó la diligencia como prueba anticipada.

Actuación procesal:

A su denuncia, presentó el señor Cruz, en fotocopias debidamente autenticadas, las copias de la actuación que se surtiera ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Fusagasugá, bajo la dirección de la acusada Borray Franco. En ellas, se pueden constatar los siguientes hechos:

1. El señor José Guillermo Pachón Peña, quien invocó la calidad de propietario, solicitó al Juzgado Segundo Civil Municipal de Fusagasugá, como prueba anticipada, la práctica de una diligencia de inspección judicial sobre el inmueble ubicado en la carrera 8A número 1-38 de dicho municipio, a fin de constatar tres hechos que enunció en su petición, el primero de los cuales se relaciona con la convivencia que el solicitante tuvo con la señora María del Carmen Hernández viuda de Peñuela, quien a su vez le vendió el inmueble a Pachón Peña; el segundo, referente a la existencia de un contrato de arrendamiento entre la citada señora y el aquí denunciante Jaime Cruz, y el tercero, referido a que Jaime Cruz no ocupaba ya el apartamento, pese a lo cual lo dejó cerrado y encendida la luz, "con lo cual me causa graves perjuicios ya que no solamente no permite arrendarlo y el contador de dicho servicio funciona continuamente". Solicitó, además, Pachón Peña, que se le hiciera entrega del apartamento.

2. Corregidos algunos yerros de la petición, el juzgado mediante auto de cinco (5) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986), ordenó la práctica de la diligencia solicitada, y al efecto señaló fecha y nombró perito que debería asistir a la evacuación de la prueba.

3. Llegado el día señalado, la acusada se trasladó hasta el inmueble en compañía del apoderado del solicitante, de un perito y del secretario *ad hoc*, y allí —ante la ausencia del denunciante— ordenó el allanamiento del inmueble y procedió a elaborar un meticuloso inventario de los bienes en él hallados los cuales entregó a Pachón Peña "para responder en determinado momento al juzgado". De igual manera, hizo "entrega provisional de las habitaciones" al mismo peticionario de la diligencia, quien allí mismo manifestó que "voy a poner otro candado para que no me ponga mano ahí el señor Jaime Cruz". No dejó constancia, empero, acerca de la existencia o no de la bombilla encendida que en su solicitud había mencionado Pachón Peña.

Dentro de las diligencias instructivas ordenadas por el Tribunal, se escuchó en declaración jurada a los empleados del Juzgado Segundo Civil Municipal de Fusagasugá, quienes fueron uniformes al afirmar que ningún interés reveló la inculpada a los funcionarios del Despacho, en atender con especial tratamiento la petición elevada por el señor Pachón Peña, como que no existió razón alguna de preferencia frente a él o a su apoderado. El señor Alirio León Guevara, quien actuara como secretario *ad hoc* en la diligencia materia de este proceso, aseveró además que la inspección judicial se llevó a cabo en la forma prescrita por la ley, y que la juez entregó el inmueble al peticionario quien, según lo manifestó, era el propietario del mismo.

Declararon así mismo bajo juramento el señor Pachón Peña y su apoderado. Este, aseveró que la inculpada procedió en debida forma y con respeto, en la práctica de la diligencia, a la vez que el primero

afirmó que la misma juez le ordenó colocar otro candado en la puerta de acceso al apartamento, toda vez que el que allí había tuvo que ser quitado para poder penetrar a las habitaciones; de igual forma, insistió en que la acusada le entregó los bienes tanto muebles como inmuebles, para que respondiera por ellos, y se ratificó en el hecho de que Jaime Cruz no le ha cancelado cánones de arrendamiento, razón por la cual debe iniciar proceso de lanzamiento ya que todavía se encuentra el apartamento ocupado con los bienes de Cruz.

Mediante diligencia de inspección judicial practicada al Juzgado Segundo Civil Municipal de Fusagasugá, se aportó a la actuación copia auténtica de un interrogatorio de parte que a petición de Pachón Peña se realizó a Jaime Cruz, tendiente a comprobar la existencia de un contrato de arrendamiento sobre el inmueble que luego fue objeto de inspección judicial. Dicha diligencia, se llevó a cabo el día veinte (20) de mayo de mil novecientos ochenta y seis (1986), y fue tramitada por la misma funcionaria ahora acusada.

Llamada la doctora Borray Franco a rendir indagatoria, relató lo sucedido dentro de la inspección judicial tantas veces mencionada, y afirmó que su actuación se ajustó a las prescripciones legales; relató que el primer secuestre nombrado para el efecto fue preciso reemplazarlo por no haberse presentado a la diligencia, y concluyó diciendo que si bien hizo entrega de los bienes al señor Pachón Peña, ello obedeció a la necesidad de no dejar desamparados los mismos por haber precedido allanamiento a la morada de Cruz y vivir dentro del mismo edificio otras personas; así mismo, consideró que la diligencia fue solicitada de acuerdo con la ley, y por ello accedió a su práctica.

La procesada, a continuación, solicitó al Tribunal que a su favor se decretara auto de cesación de procedimiento, al considerar que su actuación estuvo ajustada a la ley, y por ello resulta improcedente adelantar proceso penal. El Tribunal, en auto de fecha seis de abril, negó la petición de la inculpada y sí, en cambio, decretó en su contra medida de conminación por el presunto delito de abuso de autoridad.

Las razones de la defensa:

El defensor de la incriminada, al igual que ésta, apeló de la decisión conminatoria, y sustentó su inconformidad en los planteamientos que se sintetizan a continuación. Comenzó el impugnante alegando la existencia de vicios constitucionales en la tramitación del proceso, y al efecto estimó que si bien la sindicada designó a una abogada para que la representara en juicio, esta profesional solamente presenció la diligencia de indagatoria, y luego solicitó la expedición de copias para el mejor desempeño de su encargo, sin que desplegara actividad alguna en procura de los intereses que le habían sido confiados. De esta forma, en sentir del defensor la procesada quedó sin defensa alguna, lo que vicia de nulidad constitucional la actuación.

Seguidamente critica el memorialista la forma como —en su opinión— ha sido tratada procesalmente su patrocinada, toda vez que el Tribunal no ha investigado sino las circunstancias desfavorables a la inculpada, olvidando adelantar diligencias que tiendan a disminuir

o excluir su responsabilidad. Así mismo, consideró el defensor que la actividad del denunciante está dirigida a causar perjuicio al dueño del bien, no a proteger sus derechos, porque —asegura— ni siquiera Jaime Cruz detenta la tenencia del inmueble. Establece además en sus planteamientos que la entrega de las piezas arrendadas se hizo a título de depósito provisional, razón por la cual se descarta la arbitrariedad en la conducta de la funcionaria, quien no despojó de la posesión al aquí denunciante, y su comportamiento se realizó sin ánimo de perjuicio, esto es, sin dolo.

Ya ante la Corte, el defensor amplió sus alegaciones, y al efecto explicó que el lanzamiento del denunciante no se produjo en modo alguno, porque sus bienes continuaron ocupando las piezas de la casa en donde se hallaban al momento de la diligencia de inspección judicial; cita en su respaldo algunas de las declaraciones recogidas en la investigación, y señalando que ellas afirman que en el caso específico de estudio no se actuó con parcialidad alguna, insiste en la inexistencia de la comprobación del actuar doloso de la inculpada. En consecuencia, solicita la revocatoria del auto apelado y en subsidio, se decrete la nulidad de la actuación por violación al principio constitucional de derecho a la defensa.

Concepto del Procurador Delegado:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicitó a la Sala confirmar el auto recurrido, pero modificando la adecuación típica de la conducta, al delito de prevaricato por acción. Consideró el colaborador fiscal que la diligencia de inspección judicial que dio origen a la actuación era totalmente improcedente, y así, el haber ordenado su práctica, sumado a las decisiones tomadas por la funcionaria en el acto mismo de ella, "equivalen a disimuladas medidas cautelares impropias de una prueba anticipada, y tales decisiones se asimilan a providencias susceptibles de recursos, que... encarnan la típica conducta de proferir resoluciones manifiestamente contrarias a la ley".

Finalmente, estimó el Procurador Delegado que no existe violación alguna del derecho a la defensa, y que el actuar doloso encuentra también comprobación dentro del expediente, en el grado que lo requiere la etapa procesal que ha alcanzado la actuación.

Consideraciones de la Corte:

El Libro Segundo, Sección Tercera del Código de Procedimiento Civil, se ocupa del régimen probatorio; allí, el Título XIII regula las condiciones que se han de tener en cuenta en relación con las pruebas civiles, cuyo Capítulo IX se refiere a las pruebas anticipadas. Dentro de esta ubicación estructural se halla el artículo 300 del citado Código, que gobierna la inspección judicial, el cual es del siguiente tenor:

> *"Inspecciones judiciales y peritaciones. Con citación de la* presunta contraparte o *sin ella, podrá pedirse como prueba anticipada* la práctica de inspección judicial *sobre personas, lugares o cosas*

que hayan de ser materia de un proceso, cuando se tema que el transcurso del tiempo altere su situación o dificulte su reconocimiento.

La inspección podrá efectuarse..."

Por su parte, el artículo 301 de la misma codificación establece que las diligencias que se realicen como pruebas anticipadas, se sujetarán a las prescripciones específicas que contiene la ley para cada tipo de pruebas, cuando estas deban practicarse dentro del proceso.

Ahora bien, armonizando las anteriores disposiciones con los hechos denunciados, resulta fácil concluir que la funcionaria a quien se había solicitado la práctica de una diligencia de inspección judicial, debía ceñirse estrictamente a las normas que gobiernan tal tipo de pruebas, esto es, examinar los objetos materia de la diligencia y dejar constancia en el acta acerca de los hechos que directamente haya observado o que hayan sido objeto del dictamen de un perito; no podía como lo hizo alterar el carácter de la actuación judicial y extralimitar sus funciones llegando a la entrega del inmueble a quien, dicho sea de paso, carecía de título legal para invocar su tenencia por fuera de los trámites procesales que resultaran pertinentes y que no correspondían precisamente a los marcos limitados de una prueba anticipada.

Con la conducta desplegada por la acusada, se despojó de la posesión —válidamente adquirida— al arrendatario Jaime Cruz, quien en virtud de tal acto arbitrario perdió toda posibilidad de ejercer sobre los bienes los actos que legalmente estaba en capacidad de ejercer en su condición de arrendatario. Siendo entonces, que la acusada no podía —por no permitirlo la ley— hacer variar la tenencia sobre los bienes con la simple diligencia de inspección judicial al hacerlo incurrió en un abuso de autoridad de la que se encontraba investida, y debe concluirse en consecuencia, que se encuentra reunido este presupuesto de la medida de aseguramiento que ahora es materia del recurso.

No comparte la Sala los planteamientos de su Colaborador Fiscal, en cuanto se refiere a la solicitud de cambio de adecuación típica de la conducta, toda vez que el hecho punible que con mayor claridad se perfila en el proceso, es el de abuso de autoridad como lo entiende el Tribunal y no el de prevaricato, como lo pretende la Procuraduría Delegada.

Para que el delito de prevaricato por acción se configure jurídicamente, es indispensable, de acuerdo al artículo 149 del Código Penal que el funcionario oficial profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, por fuera de toda norma jurídica en providencia en la cual prevalezca sobre el mandato legal, la voluntad o el capricho del funcionario.

Si bien es cierto, que de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, las resoluciones judiciales se pueden proferir aún verbalmente, cuando se adopten en el curso de una audiencia o diligencia, tal circunstancia no se presenta en el caso sub exámine, en donde la juez acusada en acatamiento a lo dispuesto en providencia que no se ha calificado de ilegal y que no ha sido cuestionada, llevó a

efecto la práctica de una diligencia de inspección judicial y fue en ella, cuando apartándose de lo dispuesto en el auto y excediéndose en el ejercicio de sus funciones, realizó un acto oficial arbitrario e injusto, contrario al correcto funcionamiento de la Administración Pública, como fue dejar al demandante en posesión del inmueble con perjuicio manifiesto para los intereses del demandado, en actitud que consagra una injusticia y se subsume dentro de lo normado por el artículo 152 del Código Penal que define el delito de abuso de autoridad.

Por lo que hace al aspecto de la infracción, no encuentra la Sala razones atendibles para predicar la inexistencia del dolo con que actuó la incriminada, según lo alega su abogado defensor.

No puede pensarse, como lo hace el defensor, el comprobar la existencia del dolo solamente a través del trato preferencial que se pueda dar a una de las partes en la atención de sus solicitudes, ni exclusivamente por medio de las manifestaciones verbales inequívocas que pueda hacer el sindicado al momento de su intervención procesal; el dolo, esa manifestación interna, se demuestra con las realizaciones externas que son la expresión de esa intención de infringir la ley, unas de las cuales son las que ha dejado reseñadas la Corte.

No se ve en la actuación de la procesada, tampoco, el pretendido error excusable que en forma vehemente pretende el apoderado se reconozca a su patrocinada; el sofisma de distinguir entre una entrega de bienes, y un dejarlos en depósito, no puede tener aceptación frente al caso que ocupa la intención de la Sala. Es cierto que la funcionaria, en el acta de la diligencia, precisó que el señor Pachón Peña debía responder ante el juzgado por los bienes, pero no menos cierto es que en la misma, se dejó expresa constancia que ellos fueron entregados al mismo señor, aun cuando de manera provisional, con exclusión de los derechos que hasta esa fecha tenía Jaime Cruz, y debían respetarse por mandato expreso de la ley.

Se ha argumentado, así mismo, que la entrega que se hizo de los bienes se justificó en atención a su protección; para evitar que se perdieran o fueran deteriorados; si ese era el fin, muy otra ha debido ser la conducta de la acusada; realizada la diligencia de allanamiento, inspeccionadas sin razón las habitaciones, su conducta ha debido ser la de asegurar el inmueble nuevamente y dejarlo en condiciones de seguridad similares a aquellas en las que lo encontró, por ejemplo colocando otro candado cuya llave ha debido quedar a disposición del poseedor del inmueble, o asignando a la policía la custodia de los bienes, durante todo el tiempo que ella fuera necesaria, puesto que ésta es precisamente la función de tales autoridades, por disposición constitucional. Lo irregular, lo contrario a derecho, lo que lesionó los derechos del denunciante, fue lo que hizo la acusada: Despojarlo de la posesión, y entregársela a quien carecía de derecho, en ese momento, para detentar la tenencia del bien.

Por lo que atañe a la nulidad invocada por el impugnante, debe reiterar la Sala su posición en el sentido de que no siempre la inactividad del apoderado es muestra de una ausencia de defensa; en muchas ocasiones —se ha dicho— tal falta de intervención puede ser un mo-

canismo defensivo, planeado y perfectamente querido por el profesional del derecho no con la intención de dejar desamparados los intereses de su patrocinado, sino como medio de obtener decisión favorable a éste. Por lo demás, tampoco se ve una vulneración del derecho a la defensa de la sindicada en este asunto, no solamente porque ella misma ha podido intervenir en nombre propio —es abogada—, como de hecho lo hizo pidiendo la cesación de todo procedimiento, sino, además, porque entre su vinculación como sindicada y el actual estado procesal pocas han sido en verdad las actuaciones cumplidas, y estas se han desarrollado con la asistencia de defensor letrado; así, luego de la indagatoria, y a escasos veintidós días de ella, la acusada solicitó la cesación de procedimiento, sin haberse practicado prueba alguna; luego de su negativa por parte del Tribunal, comenzó a intervenir el actual defensor, quien presentó escritos sustentando su inconformidad con la providencia, en clara manifestación del ejercicio del derecho a la defensa, que no se ha visto limitado por circunstancia alguna. No procede, en consecuencia, la declaratoria de nulidad solicitada.

Ahora bien, de lo anteriormente considerado, lógico es concluir que si existen razones suficientes para deducir la comprobación de los aspectos objetivo y subjetivo de la infracción, no procede ordenar la cesación de procedimiento invocada por la acusada, pero sí la confirmación de la providencia recurrida.

Una última consideración. El defensor de la acusada ha estimado excesivo el embargo de bienes que se decretó por parte del funcionario de primera instancia, alegando que los perjuicios posiblemente ocasionados son de ínfima cuantía, a la par que el bien cuyo embargo se ordenó supera la cifra del millón de pesos; empero, siendo que existen bienes identificados en cabeza de la procesada, que ellos están constituidos por una porción en común y proindiviso en un inmueble, y un vehículo automotor de su exclusiva propiedad, y como no se ha asegurado por otra vía el pago de los perjuicios, no procede la disminución de la cuantía de la medida decretada, toda vez que resulta imposible dividir el bien sobre el cual pesa.

En consecuencia con lo anterior se confirmará la decisión apelada.

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

Resuelve:

Primero: No declarar la nulidad constitucional alegada por el defensor de la procesada, según se dejó dicho en los considerandos.

Segundo: Confirmar íntegramente la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas, Con aclaración de voto.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR

EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Radicación número 2997. Casación. Procesada: Constanza Borray Franco. Delito: Abuso de autoridad. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Aprobado: Acta número 054 del 30 de agosto de 1988.

A continuación, en forma respetuosa, me permito exponer las razones que imponen mi disentimiento con la providencia mayoritaria.

Comparto, con mis compañeros de Sala, la determinación de que existe base suficiente en el expediente para confirmar la medida de aseguramiento proferida contra la procesada Constanza Borray Franco, mas considero que tal medida debe ser de carácter distinto en cuanto que la adecuación típica de su comportamiento corresponde, en mi criterio, a delito diverso al de abuso de autoridad que se dedujo en el proveído confirmatorio, tal como paso a expresarlo a continuación.

Sostuvo la Sala en la decisión de la cual me aparto, que:

> "Si bien es cierto, que de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, las resoluciones judiciales se pueden proferir aún verbalmente, cuando se adoptan en el curso de una audiencia o diligencia, tal circunstancia no se presenta en el caso *sub examine*, en donde la juez acusada en acatamiento a lo dispuesto en providencia que no se ha calificado de ilegal y que no ha sido cuestionada, llevó a efecto la práctica de una diligencia de inspección judicial y fue en ella, cuando apartándose de lo dispuesto en el auto y excediéndose en el ejercicio de sus funciones, realizó un acto oficial arbitrario e injusto, contrario al correcto funcionamiento de la Administración Pública, como fue dejar al demandante en posesión del inmueble con perjuicio manifiesto para los intereses del demandado, en actitud que consagra una injusticia y se subsume de lo normado por el artículo 152 del Código Penal que define el delito de abuso de autoridad".

Con ello quiere decir la Sala que en la determinación tomada por la acusada de la cual se derivó la vulneración de los derechos ciertos del señor Jaime Cruz y que fuera tomada durante la práctica de la diligencia de inspección judicial, no existió providencia o resolución que permita su confrontación con las normas legales para determinar que ella sea manifiestamente contraria a derecho, a más que afirma que el auto que ordenó la mentada prueba anticipada no aparece contrario a las normas que regulan la materia.

El suscrito Magistrado considera, empero, que estas dos afirmaciones no coinciden con las pruebas arrimadas al expediente: En efecto, tal como se señaló en la ponencia que fuera derrotada por la Sala, el artículo 300 del Código de Procedimiento Civil regula lo relativo a la práctica de las inspecciones judiciales, y allí establece que este tipo de diligencias proceden *"cuando se tema que el transcurso del tiempo altere su situación o dificulte su reconocimiento"* (Se refiere a las personas, lugares o cosas que deban ser materia de inspección, aclara el suscrito); a más de lo anterior, el artículo 301 *ibídem* señala que las mismas normas que rigen la práctica de pruebas dentro del proceso deben observarse al adelantarse las diligencias anticipadas, lo que a las claras indica que su procedencia tiene operancia, también, en las mismas condiciones señaladas en el artículo 300 ya citado.

Por su parte, el artículo 244 del ordenamiento ritual civil dispone que "el juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos o que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso;..." En adición a lo anterior, debe ponerse de presente que el contenido del artículo 245 del mismo estatuto procesal establece las condiciones que debe reunir la solicitud de práctica de la diligencia, formalidades que necesariamente deben ser estudiadas por el juzgador antes de ordenar su práctica, a fin de que, de no ser procedente la prueba postulada, el funcionario dé aplicación al contenido del artículo 178 *ejusdem* que ordena al juez rechazar *"in limine las legalmente prohibidas o ineficaces*, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente supérfluas" (Subrayas fuera de texto).

A la luz de estos claros preceptos, fácilmente se puede concluir que la acusada obró en contra de los cánones legales al dictar la providencia que ordenó la realización de la diligencia de inspección judicial, toda vez que la solicitud en tal sentido a ella presentada no ameritaba su práctica, y por ello se ha debido rechazar *in limine*, tal como lo señala el artículo 178 ya citado. Y no era procedente la diligencia, porque el peticionario si bien determinó los puntos que serían objeto de examen a través de la percepción directa del juez, estos no podrían comprobarse por esa vía ni conducían a la demostración de hechos que fueran a hacerse valer en proceso posterior.

En efecto, inicialmente José Guillermo Pachón Peña no señaló al juzgado el fin para el cual estaba destinada la prueba anticipada, aun cuando de lo investigado se colige más o menos firmemente que el propósito del solicitante era iniciar luego un juicio de lanzamiento de arrendatario. Pero, a más de ello, especificó Pachón Peña varios hechos que pretendía comprobar: a) Su convivencia extramatrimonial durante 23 años con la señora María del Carmen Hernández viuda de Peñuela (numeral 1º de su petición); b) Su adquisición del bien inmueble por compra que le hiciera a la mencionada señora (numeral 1º, también); c) La existencia de un contrato de arrendamiento celebrado entre la señora Hernández viuda de Peñuela y el aquí Jaime Cruz, a razón de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.oo) de canon mensual (numeral 2º del memorial petitorio); d) El no pago de los cánones de arrendamiento y los requerimientos de devolución del inmueble (numeral 2º

del mismo escrito), y e) Que el arrendatario no ocupaba ya el inmueble pese a lo cual dejó allí algunos enseres, impidiendo su disposición por parte del dueño.

Pues bien, ninguno de tales hechos es susceptible de probar con la práctica de la sola diligencia de inspección judicial, porque el hecho de la convivencia no se plasma en forma alguna en un inmueble; su propiedad, deriva de títulos debidamente registrados que no se hallaban siquiera en posesión del arrendatario; la existencia del contrato de arrendamiento no se puede percibir a través del examen del apartamento que, cuando mucho, demuestra que una persona determinada lo ocupa, no el título bajo el cual hace tales actos de posesión; el no pago de los cánones tampoco es posible comprobarlo con el examen del inmueble, y si bien con la diligencia era posible demostrar que Jaime Cruz en el momento no habitaba en las piezas en ese instante, tampoco este hecho puede acreditar que definitivamente se abandonó a fin de causar perjuicio al propietario del bien, y en últimas resulta intrascendente para el futuro proceso de lanzamiento que, al parecer, se pretendía incoar.

Así las cosas, no ha debido la funcionaria acusada ordenar la realización de la diligencia; al hacerlo, infringió los claros preceptos legales y acomodó su conducta a la descripción típica del artículo 149 del Código Penal, lo que, sumado a la actuación realizada en el acto mismo de la práctica de la prueba, estructura perfectamente un ilícito de *prevaricato por acción*, y no el de abuso de autoridad que estimó tipificado la providencia mayoritaria.

Ese acto inicial —de ordenar la práctica de la inspección judicial anticipada por fuera de las normas procesales pertinentes— se suma a la acción desplegada por la acusada durante la diligencia analizada, cuando, según se lee del acta, "*hace entrega provisional de las habitaciones inspeccionadas*" al peticionario de la diligencia; es decir, que en esta ocasión tomó una nueva determinación, acorde con la primera, que llevó a la desposesión de Jaime Cruz de las habitaciones que legítimamente ocupaba. Y esta decisión, no puede ser entendida en forma diversa a la de una resolución judicial, como quiera que si bien ella no reviste las formalidades de un auto, sí es una manifestación de voluntad por parte de la funcionaria incriminada que impone el respeto a lo así ordenado, que ha podido ser recurrida por la parte agraviada, caso de encontrarse allí, y que no es otra cosa que una manifestación positiva de una orden judicial que otorga el beneficiario de ella unos derechos que no le pueden ser desconocidos por las autoridades a los particulares, causando correlativamente un perjuicio a quien legalmente detentaba derechos ciertos sobre el bien inmueble del cual fue privado.

Nótese, además, que el mismo peticionario Pachón Peña, al finalizar el memorial de solicitud, fue claro en pedir a la acusada que le entregara las piezas materia de inspección, pese a lo cual la juez ordenó la práctica de la diligencia "*con el fin de establecer los hechos determinados en la solicitud*", esto es, sin hacer reparo alguno a la petición improcedente que elevara Pachón Peña, aceptando, de hecho, las peticiones en ella contenidas, sin exclusión alguna referente a la entrega que le fuera solicitada.

Claro resulta, entonces, que el comportamiento es adecuable a la descripción del artículo 149 del ordenamiento sustantivo, más rica y envolvente de lo sucedido que la figura del artículo 152 *ibidem* que, además, es tipo subsidiario.

Pues bien, concretada de esta forma la adecuación típica del comportamiento investigado, surge claro que otra ha debido ser la medida de aseguramiento decretada por el juzgador de primera instancia. Así, el Tribunal con el concepto de que la adecuación típica se predica del abuso de autoridad —lo que comparte la providencia mayoritaria—, decretó medida de conminación en contra de la procesada, por omitirlo así el ordenamiento procesal vigente. Para el delito de prevaricato de acción, no obstante, está consagrada en el Decreto 050 de 1987 la posibilidad de dictar auto de detención, según lo previsto en el numeral 2º del artículo 421; por su parte, el artículo 441 de la misma obra prohibe la libertad provisional cuando se proceda, entre otros, por el delito aludido, con lo cual se impondría decretar la detención preventiva en contra de la inculpada y declarar que no tiene derecho a su libertad anticipada.

No obstante lo anterior, considera el suscrito Magistrado que en virtud del principio de favorabilidad de la ley penal otra debe ser la solución. En efecto, la conducta por la cual se adelanta el proceso fue realizada en el mes de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986) bajo la vigencia del Decreto 1853 de 1985, cual, pese a su declaratoria de inexequibilidad, debe extender su vigencia a las situaciones benignas al procesado, según lo tiene precisado la Sala, cuando así resultare. En este evento, debe recordarse que el artículo 10 del citado decreto establecía como medida de aseguramiento la de caución en relación con los delitos cuya pena mínima sea inferior a dos (2) años de prisión, como ocurre en este caso, y por ello a tal norma ha debido darse aplicación.

Las anteriores, son las razones que sustentan la aclaración de voto.

Con todo respeto,

Edgar Saavedra Rojas.

Fecha *ut supra*.

IMPEDIMENTO

La Corte advierte que se debe reconocer como impedido o susceptible de recusación, al conjuez que sea contraparte, en otros procesos contemporáneos o actualmente en trámite, de las personas que intervienen en el proceso en el cual le ha correspondido sustituir a un funcionario

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 54.

Vistos:

Dentro del presente proceso, adelantado contra *Francisco Miguel Gaviria Almanza*, por violación a la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes), se interpuso recurso de apelación contra el auto de detención con que se le cobijó y, al llegar al Tribunal, encontrándose el proceso en el trámite propio a la segunda instancia, el Magistrado Antonio J. Ardila de León se declaró impedido "por cuanto en él viene actuando la doctora Flor Marina Achury Jiménez como defensora del encartado Gaviria Almanza" y unirlo a ella "amistad íntima". Tal manifestación le fue aceptada, procediéndose consecuencialmente al sorteo de conjuez, recayendo tal designación en el doctor Guillermo Alvarez Machacón, quien fue debidamente posesionado. Así las cosas, la doctora Achury Jiménez le formuló recusación, de conformidad con la causal 4ª del artículo 103 del Código Penal y con fundamento en los siguientes

Hechos:

Haber sido "parte y contraparte", y "actualmente es *contraparte*, en procesos civiles y penales, especialmente en los procesos penales contra Reynaldo Doria Ramos, mi poderdante, y en el cual ha sido denunciante como apoderado de Teodoro Ramos Doria; este último presentó denuncia contra la suscrita por los delitos de falsedad y fraude procesal, y disciplinario tramitado en esta Corporación, en el cual fui absuelta, y el proceso penal se adelanta ante el Juzgado Penal Municipal de Lorica, donde fue llamada a indagatoria, denuncia penal

concebida en términos jurídicos que son de un abogado con excelente terminología penal, y el único abogado que en todos los negocios le ha trabajado es el doctor Alvarez Machacón".

Que, en el trámite de esos procesos penales y civiles se han presentado "fuertes incidentes entre los abogados Alvarez Machacón y Achury Jiménez, por el interés de cada uno en el triunfo de la defensa de los intereses de sus respectivos clientes, que ha llevado a los abogados contendientes a fuertes discusiones y a estados de ánimo que por ratos ha roto la armonía y amistad de ambos colegas, y que hace crear resentimientos mutuos que impiden juzgar imparcialmente como conjuez en los procesos donde cualquiera de los dos actuemos;..."

Al rechazar la recusación el conjuez remembra algunas jurisprudencias de esta Corporación, para respaldar su posición, a las que luego se hará alusión, para finalizar afirmando:

"...Revisando el caso concreto materia de decisión encontramos como procesado al ciudadano Francisco Miguel Gaviria Almanza, de quien, dicho sea de paso, no soy ni he sido —en éste, ni en ningún otro proceso civil, penal, laboral o administrativo— apoderado, defensor ni contraparte, tal como puede evidenciarse en el escrito de recusación; como tampoco tengo ni he tenido estas mismas calidades en este mismo asunto en lo que toca con su defensora doctora Flor Marina Achury Jiménez, luego en mi sentir y con fundamento en las jurisprudencias pretranscritas, y salvo mejor criterio de Corporación Judicial más autorizada, considero que no se presenta la causal de recusación ligeramente esgrimida por la litigante con el propósito de separarme del conocimiento conjunto de este asunto, muy a pesar de que en algunos procesos concluidos y otros en trámite haya sido contraparte de la actora, pero aclarando que en ellos hemos representado personas diferentes a quien tiene la calidad de procesado, sin que sea cierto que se hayan presentado incidentes entre ambos, pues estimo que tal calificativo no puede darse a planteamientos jurídicos serios que contengan tesis diferentes y en cuya exposición no se vislumbra el más mínimo asomo de vocablos hirientes.

"...Aceptar el planteamiento de la defensa, sería extender demasiado esta causal, hasta colocarla en vía de poder producir una parálisis en la administración de justicia, sobre todo en distritos judiciales correspondientes a departamentos pequeños en los que el litigio está a cargo de unos pocos profesionales del derecho que por regla general se ven avocados a asumir la calidad de contrapartes en la mayoría de los procesos que se ventilan en el respectivo Tribunal, como en el caso de Sucre y la Guajira, y por qué no de Córdoba..."

Breves consideraciones de la Sala:

1. En decisión de febrero 7 de 1984 la Corte afirmó:

"El motivo de impedimento a que alude el Magistrado no solamente se ha entendido tradicionalmente vinculado a la relación profesional generada en el funcionario hacia la parte y no en sentido con-

trario, sino que, igualmente, se ha circunscrito a un mismo proceso, en el cual el que se declara impedido fue antes apoderado o defensor de alguna de las partes o su contraparte y ahora ha venido a ser juez.

"Así se dijo, por ejemplo, en proveídos de 2 de octubre de 1981 y 7 de febrero de 1985, en los que, en lo pertinente, se anotó al respecto:

"'La circunstancia de haber sido el juez o magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o *contraparte de cualquiera de ellas* sólo tiene eficacia cuando el funcionario ha tenido tal carácter dentro del proceso que legalmente le corresponde conocer y que, precisamente por haber actuado en alguna de esas calidades, la ley le otorga el derecho de declararse impedido. Pues, en tal evento, el funcionario ha creado o podido crear un vínculo intelectual que lo liga a determinadas apreciaciones jurídicas dentro del proceso, circunstancias que moral y legalmente lo inhabilitan para obrar con la imparcialidad e independencia que la justicia requiere' (auto de 2 de octubre de 1951 G. J. CXX, pág. 592).

"'La causal 4ª no rige sino cuando el juez o magistrado ha 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' (auto de 7 de febrero de 1958, G. J. LXXXVII, pág. 187).

"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 índole intelectual de sacar avante, como juez, la concepción jurídica que del caso se tuvo como litigante.

"De allí que este motivo de recusación e impedimento se encuentre al lado de la hipótesis referida al consejo y opinión expresados sobre el asunto *sub júdice*.

"...No se trata, por lo mismo, de poner a cubierto al funcionario de propensiones a beneficiar con su determinación, por razones de amistad, agradecimiento o contraprestación a su apoderado o poderdante de ayer, pues para eso existen otros motivos de impedimento como podría ser la amistad y, hasta en cierta forma, el interés.

"Las consecuencias ilógicas de no relacionar el motivo que se estudia con el proceso que se tiene a consideración se hacen más evidentes si se mira a la otra hipótesis contenida en el mismo numeral que se estudia, o sea, la de *haber sido contraparte de alguno de los actuales sujetos procesales*, pues ello llevaría al funcionario que viene de ejercer su profesión de abogado a tenerse que declarar impedido en todo proceso de su despacho en el que intervenga como parte cualquier profesional que hubiese sido su *contraparte* en algún asunto en que les hubiese correspondido a ambos actuar judicialmente" (Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo).

Volviendo sobre el asunto esta Sala, en abril 6 de 1986, siendo Magistrado ponente el doctor Edgar Suavedra Rojas, señaló:

"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;...

"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.

"...Ahora bien, cuando la situación procesal enfrente 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".

2. Todo lo anterior para señalar que *hubo un cambio jurisprudencial, en el sentido de que no es de recibo generalizar el asunto, hasta el punto de afirmarse que, para la procedencia de la recusación o el impedimento*, todos *los eventos contemplados en el artículo 103-4 del Código de Procedimiento Penal, fatalmente deben tener ocurrencia dentro del mismo proceso que le corresponde conocer al funcionario, sino que bien pueden presentarse casos en los cuales es innegable, así se trate de* otro proceso, *sobre todo cuando éste es* actual *y el juez o magistrado es* contraparte *de cualquiera de los sujetos procesales y se presentan, además, otros factores indicativos de la inconveniencia de mantener como juzgador a una persona que ha perdido atributos para cumplir con esta delicada tarea.*

Bien sabe la Corte que la doctrina busca hacer especificaciones que no desborden la regla general y que, al contrario, le den sus exactos perfiles. Eso, y el conocer que la filosofía que inspira el instituto de los impedimentos o recusaciones, es la de separar del conocimiento del respectivo proceso a quien quiera que padezca o se le atribuyan, fundadamente, circunstancias adversas e impropicias para realizar su

labor de juez o magistrado, pues ante todo está la garantía de la rectitud y la imparcialidad así como el buen nombre de la justicia, la llevó a la variación introducida por el citado pronunciamiento de 6 de abril de 1986.

Pero ahora es necesario, con miras a los fines indicados, radicalizar más el concepto. Por eso la tesis debe ser la de reconocer como impedido o susceptible de recusación, al conjuez que es contraparte en otros procesos contemporáneos o actualmente en trámite, de las personas que intervienen en el proceso en el cual le ha correspondido sustituir a un magistrado. Y, mutatis mutandi, *idéntica sería la consideración para el jurado de conciencia que se encuentra en análogas condiciones. No comprende la Sala cómo se puede ser juez, con sus integrales facultades, cuando al mismo tiempo, en otros distintos procesos, se actúa, con todas sus conocidas o desconocidas implicaciones sicológicas, como* contraparte *del procesado, de su apoderado, del que representa los intereses de la parte civil, o del agente del Ministerio Público. Lo menos que puede decirse es que los errores no tendrán válida explicación, o las innovaciones doctrinarias, ni se creería en su libertad de criterio. Es atendible la idea de advertir incontrolables interferencias de variada índole. La obvia consecuencia es que no se puede ser juez y parte, o* contraparte, *así se trate de procesos diferentes a los que hagan surgir esta incompatible situación.*

3. Así las cosas es indudable que el conjuez Guillermo Alvarez Machacón debe separarse del conocimiento del presente proceso como quiera que está demostrado que, en otros procesos actuales, tanto civiles como penales, tiene la condición de *contraparte* de quien es defensora de Francisco Miguel Gaviria A.

4. *El otro aparte de la norma que se comenta, esto es, el* "haber sido *el juez o magistrado apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales", conserva el carácter jurisprudencial que la Corte tradicionalmente le ha dado, o sea que se busca con ello evitar que el criterior del funcionario se vea comprometido "por el interés de índole intelectual de sacar avante, como juez, la concepción jurídica que del caso se tuvo como litigante", obviamente referido el asunto al proceso del que ahora le toca conocer, y sólo a él. Pero sin que ello signifique desconocer que las circunstancias que de allí lleguen a desprenderse puedan comportar la existencia de otra causal (por ejemplo, que el juez, magistrado o conjuez continúe siendo acreedor de quien fuera su defendido y ahora sujeto procesal en el expediente del cual está conociendo; amistad íntima; en fin).*

6. *La Sala agrega lo siguiente: Una de las razones para haber utilizado el legislador la expresión* "haber sido" *(art. 103-4 del C. de P. P.), obedece a que está aludiendo expresamente al magistrado y al juez, en el obvio entendimiento de que no sólo es causal de recusación en ellos el* "ser" *o desempeñar tales cargos en otros procesos, sino delictivo, lo que de suyo ineludiblemente conduciría a la procedencia de la recusación. Y porque de haber empleado la inflexión verbal "ser", de alguna manera parecería que estaba tolerando, en ciertos eventos, el desempeño de ambas posiciones —juez y litigante— al propio tiempo. De otra parte, el giro verbal* "haber sido", *en estas materias, fatalmente contempla el* "ser". *Eso es exactamente lo que sucede también con el*

numeral 13, cuando hace referencia a "haber estado *el juez o magistrado vinculado legalmente a una investigación penal..." En tal caso es irrefragable que,* "el estar" *en tales circunstancias, con mayor fuerza comporta la procedencia de la recusación. Debe entenderse entonces que, cada vez que el legislador utilice la expresión* "haber sido", *está recogiendo, con más veras, el* "ser", *no siendo cierto, eso sí, lo contrario, o sea que cuando la ley eleva a causal de impedimento, a manera de ejemplo, el* "ser" *cónyuge, deudor o acreedor, deba entenderse que* "el haber sido" *lo que la previsión legal recoge también está contemplado por el precepto.*

Así las cosas y también porque el legislador mencionó sólo a quienes ordinariamente administran justicia ('juez y magistrado'), reconociéndose tácitamente que los conjueces pueden normalmente y de manera general desempeñar tal función y ser al propio tiempo litigantes, es por lo que debe señalarse que excepcionalmente, esto es, cuando el conjuez es apoderado o defensor, en otro proceso, *de persona que tiene la calidad de sujeto procesal en aquel del cual está conociendo, debe separarse de su conocimiento, con fundamento en la causal 4ª del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, sin necesidad de acudir para tales efectos a otra, la que se reconocerá cuando se dé.*

7. *A la tesis que sienta ahora la Corte se opone el criterio de que, en ciertas regiones del país, se imposibilitaría la administración de justicia porque, como lo recuerda el conjuez recusado, "por estar el litigio a cargo de unos pocos profesionales del derecho que, por regla general, se ven avocados a asumir la calidad de* contraparte *en la mayoría de los procesos que se ventilan en el respectivo Tribunal", no se encontraría quien desempeñara el encargo judicial porque irremediablemente estaría impedido. A tal apuntamiento se responde señalando que lo que de él se desprende es que el sistema de escogencia del conjuez no es el más acertado y resulta hasta vicioso porque no preserva las garantías de la imparcialidad y que bien vale la pena pensar seriamente en cambiarlo, para que función tan trascendental en la vida social se realice por quien pueda cumplirla a cabalidad, así, a guisa de ejemplo, la escogencia de otros jueces o magistrados que actúen en el lugar o tengan fácil movilización, por la cercanía.*

Pero el argumento también aparece recortado y meramente sugestivo porque hay otras soluciones que el mismo derecho positivo consagra, así el cambio de radicación. Y si no existieran se estaría en la obligación de arbitrarlas, porque lo que sí es definitivamente inadmisible es que se tolere que administre justicia quien está impedido para hacerlo, corriéndose el grave riesgo de atentar, así sea en apariencia, contra su buen nombre.

7. *Finalmente,* el haber sido contraparte *de quien es ahora sujeto procesal en el caso que le corresponde juzgar, tradicionalmente se ha sostenido que sólo es causal de separación cuando aquella circunstancia se ha dado en el proceso sometido a su conocimiento. Pero quiere la Corte hacer la siguiente precisión: Evidentemente,* siempre *que el juez, magistrado o conjuez haya sido contraparte de cualquier sujeto procesal, dentro del mismo proceso, la cual se da, como quiera que existe "el interés de índole intelectual de sacar avante como juez, la concep-*

ción jurídica que del caso se tuvo como litigante"; pero no debe extremarse el criterio hasta el punto de sostener que sólo en esos eventos se configura, pues no es dado desconocer que pueden presentarse casos en los cuales el haber sido contraparte, *conduciría a la separación del funcionario. Para no citar sino dos ejemplos, se diría que está impedido, así se trate de procesos diferentes, quien en fecha próxima representó como apoderado a un pariente cercano (cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, adoptante, adoptado, o cónyuge) y le corresponde actuar como juez o magistrado o conjuez en proceso en el cual figura como sujeto procesal, alguno de los que fueron su contraparte; así mismo, el juez, magistrado o conjuez que, habiendo comparecido como ofendido o perjudicado, en expediente de reciente fecha, le corresponde actuar en proceso diferente, en el cual figura como procesado quien tuvo esa pasada condición de* contraparte.

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

Resuelve:

Declarar que no le asiste razón al conjuez recusado, Guillermo Alvarez Machacón, cuando decidió no separarse del conocimiento del presente proceso, porque sí se da la causal contemplada en el artículo 103-4 del Código de Procedimiento Penal, alegada por la recusante Flor Marina Achury Jiménez.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

1º PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Por favorabilidad, así haya sido declarado inconstitucional, es posible conceder la libertad provisional con fundamento en el artículo 15 del Decreto 1853 de 1985

2º PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Como el artículo 15 del Decreto 1853 de 1985 fue declarado inexequible por sentencia de la Corte de mayo 22 de 1986, a partir de esa fecha no puede edificarse en él ningún derecho por no ser precepto legítimo ni válido

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 54.

Vistos:

Por apelación que interpuso el defensor de la procesada, la Sala Penal de la Corte Suprema decide sobre la legalidad de la resolución acusatoria proferida por el Tribunal Superior de Montería el 21 de octubre de 1987, contra la doctora *Carmen Elena Rosales Mendoza* en calidad de Juez Promiscuo Municipal de Momil, Departamento de Córdoba, por el delito de peculado y se dictó medida de aseguramiento de caución.

En la misma providencia se ordenó cesar procedimiento en favor de la funcionaria acusada por el delito de falsedad en documento público.

Hechos:

Por Decreto 001 del 1º de febrero de 1984, la Alcaldía del Municipio de Momil destinó la suma de $ 40.000.oo como auxilio para el Juzgado Municipal de esta localidad.

La juez procesada presentó una cuenta de cobro legalizada por el Alcalde y el Auditor, con cargo al Tesorero Municipal, por la precitada suma a través de una factura presuntamente firmada por Olga Nassiff

de Jabib, fechada el 8 de marzo de 1984 y proveniente del "almacén y tipografía Jabib" donde se relacionan un número plural de libros y papelería para uso exclusivo del juzgado.

La doctora Rosales Mendoza solicitó a la Tesorería Municipal la entrega del título valor correspondiente, girado a favor de Olga Nassiff de Jabib, para remitirlo a la localidad de Lorica, lugar de la residencia de la propietaria del establecimiento comercial.

Con fecha 17 de agosto de 1984, el Tesorero expidió el cheque número 0502508 con cargo a los "fondos comunes" y en favor de la señora Nassiff de Jabib.

Como la beneficiaria del cheque manifestó no haber recibido el dinero ni firmado los documentos necesarios para su expedición, se estableció que el título valor fue endosado por la juez con el nombre de Olga Nassiff de Jabib y cobrado por el esposo de la funcionaria.

Reconocida la falsedad del endoso del cheque por la juez, quien afirma que el dinero lo invirtió en compra de libros y algunos arreglos locativos para el Despacho, se adelantó la investigación que terminó en primera instancia con sobreseimiento definitivo a favor de la doctora Rosales Mendoza por los delitos de falsedad documental y peculado.

Al conocer la Corte, por vía de consulta, de la providencia calificatoria dictada por el Tribunal Superior de Montería, el 17 de septiembre de 1985 revocó la decisión consultada, dictó auto de proceder contra la juez acusada por el delito de "falsedad en documento" por el endoso del cheque y la sobreseyó temporalmente por el peculado y las falsedades en la cuenta de cobro y en la factura del "almacén y tipografía Jabib".

Tramitada la causa por separado, el proceso objeto de la resolución acusatoria impugnada se limita a los delitos por los cuales la Corte dictó sobreseimiento temporal.

Actuación procesal:

1. El Tesorero Municipal afirma que la procesada solicitó personalmente la entrega del cheque girado a favor de Olga Nasiff de Jabib, para remitirlo a Lorica. El cónyuge de la juez, Daniel Villadiego Llorente, manifiesta que su esposa le entregó un cheque para su cobro, el cual contenía el nombre de la mencionada beneficiaria y que el dinero se invirtió en libros para el juzgado, los cuales fueron adquiridos en la "librería Salamanca" de la ciudad de Barranquilla.

2. La beneficiaria del título valor expresa no haber firmado la factura, la cuenta de cobro, ni el endoso, calificando estas rúbricas donde aparece su nombre como espúreas; enfatiza que nunca se ha dedicado a la venta de Códigos y textos de Derecho y que no autorizó el cobro del cheque.

3. La doctora Rosales Mendoza confiesa haber recibido el cheque de manos del tesorero, pero al circunstanciar su conducta, expone cómo el decreto autorizaba el "auxilio", no estipulaba cómo se debía

aplicar el mismo. Y esto le motivó a dialogar con Olga Nassif de Jabib para que le firmara la cuenta de cobro; afirma que la factura la entregó al Alcalde con la relación de textos, pero sin firma ni fecha y que la cuenta de cobro la hizo firmar de la señora Nassiff de Jabib.

4. Admite la funcionaria haber recibido el dinero del "auxilio", habiéndolo invertido en la compra de libros de consulta y arreglos locativos del juzgado.

5. En la etapa de reapertura de investigación, se aclararon los interrogantes en que se fundamentó el sobreseimiento temporal:

a) La juez acusada en ampliación de indagatoria enfatizó haber invertido el "auxilio" en compra de libros, concretó cómo con el dinero remanente mandó pintar el juzgado y con $ 800.oo que sobraron, compró papel para el despacho;

No determinó las sumas gastadas en los libros y la pintura, afirmando que posteriormente su defensor adjuntaría la factura de los arreglos locativos, ya que la de los libros la había adjuntado a su indagatoria, lo cual no es cierto.

Acorde con su primera versión, afirmó haber entregado al Alcalde la ficticia factura sin fecha ni firma de la señora Olga Nassiff de Jabib y que la cuenta de cobro si fue rubricada por la señora de Jabib al acceder al favor que le pidió para obtener el dinero del municipio e invertirlo en beneficio del juzgado.

b) El alcalde para la época de los hechos, Luis Alberto Plazas Sánchez, expresó cómo la doctora Rosales Mendoza le entregó una factura de cotización y una cuenta de cobro firmada por la señora Nassiff de Jabib, motivo por el cual autorizó el pago del "auxilio";

En careo entre el Alcalde y la acusada, aquel explica haber hablado con la funcionaria sobre el "auxilio", pero no se refiere a que haya sido él quien le dijo a la doctora Rosales Mendoza que llevara documentos ficticios para obtener el "auxilio"; la juez en su relato no hizo referencia a este hecho a pesar de haberlo expuesto en su indagatoria.

c) En ampliación de testimonio, Olga Nassif de Jabib, reiteró no haber firmado la factura, la cuenta de cobro ni el endoso del cheque, no haber autorizado a la procesada para tal fin; en careo con la doctora Rosales Mendoza corroboró sus afirmaciones;

d) Domitila Puentes de Azzir, escribiente del Juzgado Municipal de Momil, expuso haber elaborado la factura por orden de la doctora Rosales Mendoza, quien le dictó el contenido. Explica que por ser costumbre del juzgado adquirir papelería donde la señora Nassiff de Jabib, en el despacho habían facturas de ese establecimiento, las cuales se utilizaban para hacer los pedidos;

e) En inspección judicial se allegó original de la factura de la compra de libros de Derecho expedida por la "Librería y papelería Salamanca" de Barranquilla, por valor de $ 15.519.oo y se estableció la existencia de estos libros en el juzgado, aclarándose que algunos de estos tenían en préstamo un juez y un empleado de la localidad;

f) Se trajo al proceso original del acta de presentación de los libros adquiridos por la juez a la Alcaldía de Momil, los cuales coinciden con la factura de la "Librería y papelería Salamanca" y los existentes en el juzgado;

g) El defensor allegó al expediente original y copia de una factura expedida por el "Taller Olivetti" en la que consta el arreglo de unas máquinas de escribir del juzgado, por valor de $ 7.500.oo y la copia de un recibo firmado por José Montes Cordero en el que se hace constar la pintura del juzgado por valor $ 16.000.oo;

h) No se practicó prueba grafológica de la firma de Olga Nassiff de Jabib en la factura y la cuenta de cobro; el perito se abstuvo de hacerlo por falta de los originales y posteriormente, por insuficiencia de muestras.

Fundamento de la impugnación:

Se impetra la revocatoria de la resolución acusatoria por atipicidad de la conducta que se imputa a la acusada, pues, al tratarse de un "auxilio" genérico y estar probado con las facturas que adjuntó el defensor, que los $ 40.000.oo se invirtieron en compra de libros, papel y arreglos del juzgado, no puede afirmarse que exista "aplicación diferente".

Concepto de la Procuraduría:

Solicita la confirmación de la resolución acusatoria, modificándola para que se haga por "peculado por apropiación" y no "por destinación diferente"; afirma el Procurador Primero Delegado en lo Penal, que de los $ 40.000.oo del "auxilio" sólo se invirtieron $ 15.519.oo, debiéndosele imputar a la acusada la apropiación de $ 24.481.oo.

Consideraciones de la Corte:

1. *Aclaración previa.* El Fiscal del Tribunal afirma no comprender la providencia calificatoria de la Corte, porque se llamó a juicio a la acusada por "falsedad monetaria" cuando en la parte motiva se analizó el delito de "falsedad documental" y de otra parte, al haberse sobreseído temporalmente a la doctora Rosales Mendoza por "falsedad documental" se está violando el *non bis in idem.*

Es evidente que en las consideraciones del auto de proceder la Corte adecuó la conducta de la juez procesada, respecto al endoso del cheque, como falsedad de documento privado, delito descrito y sancionado en el Libro Segundo, Título VI, Capítulo III, artículo 221 del Código Penal y que en la parte resolutiva se incurrió en un *lapsus calami* al afirmarse que de la "falsedad en documento" trata el Código Penal en el "Capítulo I" y no en el "Capítulo III" del Libro y título precitados.

Este involuntario error, no significa que el enjuiciamiento por el endoso del cheque se haya hecho por "falsedad monetaria"; en el proceso no se debatió tal delito, las motivaciones del auto de proceder

no permiten una conclusión de esta índole y expresa fue la Corporación al afirmar en la parte resolutiva, que el llamamiento a juicio se hacía por "falsedad en documento".

Delimitado el cargo fáctica y jurídicamente por "falsedad en documento privado" por el endoso del título valor, es obvio que el sobreseimiento temporal no se hizo por el mismo delito, sino como expresamente se afirmó, por la falsedad documental en que pudo incurrir la funcionaria en la factura y la cuenta de cobro y para que se continuara investigando el peculado por apropiación; por ende, se trata de delitos distintos por los cuales se enjuició y se sobreseyó temporalmente y no se entiende por qué se viole el *non bis in ídem*.

2. *El peculado*. Es indiscutible que la juez imputada fue la persona que recibió el "auxilio" municipal destinado para el Juzgado Promiscuo Municipal de Momil, por la suma de $ 40.000.oo.

El hecho por esclarecer es la aplicación del "auxilio" respecto del cual la procesada afirma haberlo invertido en compra de libros de consulta para el juzgado y en arreglos locativos de la oficina.

En la reapertura de la investigación se probó que la funcionaria compró en la "Librería y papelería Salamanca" de Barranquilla libros por $ 15.519.oo para uso del juzgado, mas no sucedió lo mismo con los $ 24.481.oo restantes.

En indagatoria rendida el 18 de diciembre de 1984, la doctora Rosales Mendoza afirmó que los $ 40.000.oo los invirtió en compra de libros de consulta para el despacho y arreglos locativos del juzgado; el 11 de julio de 1986, al ampliar la injurada, al ser interrogada sobre la cuantía del gasto, respondió no recordar esos valores y agregó, que le habían sobrado $ 800.oo para comprar una resma de papel.

En estas diligencias, la acusada no especificó la cuantía de las inversiones, no determinó en qué consistieron los arreglos de la oficina, con qué persona realizó el trabajo ni adjuntó recibo o factura que acreditaran su afirmación.

El 11 de noviembre de 1986, el defensor de la imputada adjuntó al expediente original y copia del acta de presentación de los libros a la Alcaldía el 3 de septiembre de 1984, original de una factura expedida por el "Taller Olivetti" en la que consta el arreglo de unas máquinas de escribir por valor de $ 7.500.oo y la copia de un recibo por $ 16.000.oo por la pintura del juzgado, estos dos últimos documentos de fecha 7 y 8 de septiembre de 1984.

Pretende la defensa probar la inversión del remanente del "auxilio" con la factura del arreglo de las máquinas de escribir y del local donde funciona el juzgado; pero como lo expresa el Procurador Delegado, estos documentos no merecen atendibilidad.

En la indagatoria la funcionaria no menciona haber efectuado gastos diferentes a la compra de libros y refiere, muy de paso, los arreglos locativos, en la aplicación especifica la pintura del juzgado y su defensor adiciona arreglo de las máquinas de escribir, gesto este que no refirió la juez y que aparece en el proceso a última hora.

No es creíble que para el momento en que rindió indagatoria la procesada, 18 de diciembre de 1984, desconociera en qué invirtió el "auxilio" municipal si se tiene en cuenta que la factura del arreglo de las máquinas y del local del juzgado fueron expedidos el 7 y 8 de septiembre del mismo año y que 22 meses después tampoco pudiera concretar estos hechos y conocedora de la imputación no adjuntara los documentos que le permitían demostrar su inocencia.

Igualmente, no es creíble que si era cierto la inversión del remanente en los precitados arreglos, ni siquiera recordara las personas con las cuales contrató y de ser un justiciable olvido, varias fueron las intervenciones de la acusada en el proceso y en ninguna de ellas aclaró en qué gastó los $ 24.481.oo.

Se adjuntó al proceso el acto de presentación ante la Alcaldía de Momil de los libros de consulta adquiridos con el dinero del "auxilio", la cual tiene fecha 3 de septiembre de 1984, pero no se hizo lo mismo con el remanente.

Afirmó la doctora Rosales Mendoza que de los arreglos locativos sobraron $ 800.oo, los que invirtió en la compra de una resma de papel para el juzgado; el defensor al adjuntar los mencionados documentos afirma que quedaron $ 950.oo y aclara que no sólo se compró papel, sino también 4 lapiceros y 25 sobres tamaño oficio; no es explicable que la funcionaria que hizo el gasto no recuerde qué artículos compró, pues ella no ha hecho referencia a lapiceros, ni sobres.

Así las cosas impera concluir, que únicamente está probado la inversión de $ 15.519.oo en libros de consulta para el juzgado, apropiándose la acusada del remanente, o sea, $ 24.481.oo.

Es cierto que el decreto municipal aprobó un auxilio para el juzgado, mas no para la persona del juez. Al descartarse en las condiciones ya analizadas, el supuesto de que los $ 24.481.oo hubiesen sido destinados a efectos oficiales, se reitera que la acusada se apropió del remanente. Del hecho de que no se determinase cómo había invertido el dinero, no se deduce que podía hacerse en beneficio personal de la juez.

3. *Las falsedades.* La señora Olga Nassiff de Jabib reiteró no haber firmado la factura y la cuenta de cobro; la doctora Rosales Mendoza insistió en su negativa, afirmando que la factura la entregó en la Alcaldía sin fecha ni firma y que la cuenta de cobro la hizo firmar de la señora de Jabib.

El peritaje no se pudo practicar, indudablemente por el descuido con que se ha dirigido y tramitado la investigación; primero no se enviaron los originales de los documentos al Instituto de Medicina Legal y luego las muestras fueron exiguas; estas situaciones imposibilitaron la prueba técnica.

Persisten por tanto, las dudas que se anotaron cuando la Corte sobreseyó temporalmente a la procesada por estos delitos de falsedad en documento privado y no "público" como lo afirma el Tribunal.

En estas condiciones, impera por favorabilidad, dar aplicación al inciso 2º del artículo 473 del actual Código de Procedimiento Penal, disponiendo el cese de procedimiento en favor de la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza.

4. *La detención preventiva.* El Tribunal dictó medida de aseguramiento de caución contra la acusada, de conformidad con la Ley 2ª de 1984, por considerar que era norma favorable para este caso.

El peculado por apropiación se consumó el 21 de agosto de 1986, fecha en que se cobró y entregó el dinero a la doctora Rosales Mendoza, para este momento regía la Ley 2ª de 1984, la cual fue derogada por el Decreto 1853 de 1985, declarado inconstitucional por la Corte el 26 de octubre de 186 en cuanto a las normas aplicables a este caso y empezó a regir, nuevamente, la Ley 2ª de 1984 hasta el 1º de julio de 1987 cuando fue derogada por el Decreto 0050 de ese año y constitutivo del actual Código de Procedimiento Penal.

Al llamar a juicio la Corte a esta funcionaria por el delito de "falsedad documental" por el endoso del precitado cheque, en providencia de abril 16 de 1986, se dictó medida de aseguramiento de caución de acuerdo con los artículos 8º y 12 del Decreto 1853 de 1985; así las cosas, se debe establecer cuál de las mencionadas disposiciones se debe aplicar.

La Ley 2ª de 1984, exigía en el artículo 42 como requisitos para detener, que la infracción porque se procede tuviere pena privativa de la libertad y resultare contra el procesado por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o un indicio grave que compromete su responsabilidad.

El Decreto 1853 de 1985 no modificó la exigencia probatoria de la responsabilidad y lo hizo respecto al objetivo requisito de la pena; de conformidad con este decreto y para el evento que aquí interesa, artículos 8º y 14, la detención preventiva procede cuando el delito imputado tenga pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de agravación concurrentes, o cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigentes por delito doloso o preterintencional en otro proceso, así el delito porque se proceda tenga pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos años, o pena de arresto.

El Decreto 0050 de 1987, artículos 414 y 421, establece que para detener es suficiente un indicio grave de responsabilidad y que el delito por el cual se procede tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años o que se trate de alguno de los delitos enumerados en el numeral 2º del artículo 421, entre los cuales no se encuentra el peculado por apropiación.

En el nuevo Código de Procedimiento Penal también procede auto de detención, cuando además del indicio grave de responsabilidad, el imputado tuviere auto de detención o caución vigente, por delito doloso o preterintencional en otro proceso, aunque el delito por el cual se procede tenga pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos años, o pena de arresto.

Como es fácil colegir, aplicando cualquiera de estos estatutos, procede el auto de detención contra la juez procesada: Concurre la prueba de responsabilidad, al igual que los requisitos referidos a la pena.

El delito de peculado por apropiación del artículo 133 del Código Penal establece una pena mínima de dos años de prisión, lo cual implica que se reúne el requisito de la Ley 2ª de 1984, del Decreto 1853 de 1985 y del Decreto 0050 de 1987; ahora al estar vigente la medida de aseguramiento de caución por la "falsedad documental", impera colegir, que igualmente, procede esta exigencia.

Por tanto se proferirá auto de detención contra la acusada de conformidad con los artículos 414 y 421 del Decreto 0050 de 1987, actual Código de Procedimiento Penal, normas aplicables por disposición del artículo 677 para procesos cuya investigación se haya cerrado a partir del 1º de julio de 1987 y no fuere dable aplicar favorabilidad como sucede en este caso.

5. La libertad provisional. *Teniendo en cuenta las normas citadas, se establece, que de conformidad con la Ley 2ª de 1984, disposición que consideró aplicable el a quo, no es la más favorable a la imputada; la única causal de excarcelación por analizar sería la tercera del artículo 44 referida al subrogado de la condena de ejecución condicional, de que trata el artículo 68 del Código Penal, de acuerdo con el cual se debe tener en cuenta que el procesado no requiera "tratamiento penitenciario".*

El Decreto 1853 de 1985, en el artículo 15, determinó que la excarcelación prevista en el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984, no podrá negarse sobre la base de que el detenido provisionalmente necesita "tratamiento penitenciario", o sea que es norma favorable en relación con la Ley 2ª; además tampoco es aplicable el Decreto 0050 de 1987, por cuanto entre las prohibiciones para excarcelar del artículo 441 está el peculado por apropiación y se encuentra vigente la medida de aseguramiento de caución.

En estas condiciones, por reunirse los requisitos del artículo 68 del Código Penal, se concederá la libertad provisional a la acusada con fundamento en el preciado Decreto 1853 de 1985, que como lo expresó la Sala en decisión mayoritaria de noviembre 11 de 1986 con ponencia del magistrado, doctor Gustavo Gómez Velásquez, es aplicable por favorabilidad así haya sido declarado inconstitucional.

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

Resuelve:

1. *Modificar* la providencia impugnada en el sentido de que la resolución acusatoria dictada contra la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza, en calidad de Juez Promiscuo Municipal de Momil, es por el delito de peculado por apropiación.

2. *Modificar* la providencia impugnada en el sentido de que el cese de procedimiento en favor de la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza, en calidad de Juez Primero Municipal de Momil, es por los delitos de falsedad en documento privado.

3. *Modificar* la medida de aseguramiento dictada contra la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza, en calidad de Juez Promiscuo Municipal de Momil, por la detención preventiva por el delito de Peculado por apropiación del artículo 133 del Código Penal.

4. *Decretar* la libertad provisional de la persona cuya detención se decreta, para lo cual se tendrá como caución la prestada ante el Tribunal *a quo*, al igual que la diligencia compromisoria firmada en esa oportunidad.

5. *Confirmar* la providencia impugnada en todo lo demás.

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

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LOS DOCTORES GUILLERMO DUQUE RUIZ Y DIDIMO PAEZ VELANDIA

Radicación número 2522. Segunda instancia. Procesado: Carmen Elena Rosales M. Delitos: Falsedad y peculado. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga.

Los suscritos Magistrados respetuosamente, al discrepar de la argumentación, transcrita adelante, que sirvió de base a la Corte para otorgar la libertad provisional a la procesada de la referencia, consignamos a continuación las razones de nuestro disentimiento.

La Corte dice mayoritariamente: "El Decreto 1853 de 1985, en el artículo 15 determinó que la excarcelación prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984, no podrá negarse sobre la base de que el detenido provisionalmente necesita 'tratamiento penitenciario', o sea que es norma favorable en relación con la ley segunda; además tampoco es aplicable el Decreto 0050 de 1987, por cuanto entre las prohibiciones para excarcelar del artículo 441 está el peculado por apropiación y se encuentra vigente la medida de aseguramiento de caución.

"En estas condiciones, por reunirse los requisitos del artículo 68 del Código Penal, se concederá la libertad provisional a la acusada con fundamento en el precitado Decreto 1853 de 1985, que como lo expresó la Sala en decisión mayoritaria de noviembre 11 de 1986 con ponencia del Magistrado, doctor Gustavo Gómez Velásquez, es aplicable por favorabilidad así haya sido declarado inconstitucional".

De tiempo atrás la jurisprudencia y un sector de la doctrina consideraron como sinónimos la derogatoria y la inexequibilidad de una norma jurídica cuando en realidad son expresiones abiertamente diferentes, como se reconoce hoy, aun cuando aparentemente conducen a un mismo resultado: La desaparición de una norma del ordenamiento legal del Estado.

Resulta inobjetable que la derogatoria es la consecuencia de la facultad exclusiva del legislador por ser éste el encargado de modificar las políticas de orientación del Estado según las circunstancias y necesidades del momento —en materias criminal, económica, social, etc.— dentro de las limitaciones que señala la propia Constitución; la inexequibilidad, por su parte, es la consecuencia de la facultad exclusiva del órgano controlador de la constitucionalidad de las leyes.

El cambio que sufren las políticas del Estado a través de esas leyes pueden afectar derechos esenciales del hombre reconocidos, por ello la Constitución limita al legislador mediante principios que consagra la propia Carta como el de la favorabilidad (art. 26) y el de los derechos adquiridos con justo título (arts. 30 y 122), y le ordena al aplicador del derecho (art. 215) tener en cuenta tales principios para garantizarlos, inaplicando la ley que los contraría no obstante su vigencia o aplicando aquella que los respeta a pesar de haber sido derogada.

La Constitución, por el contrario, impone un deber al órgano controlador (art. 214) el de guardar su integridad y su vigencia por constituir ello su primacía en el orden jurídico del Estado, independientemente de la conveniencia o inconveniencia de la norma controlada.

Una norma derogada no puede revivir sino por la reproducción que de ella haga otra de igual o superior jerarquía (art. 14, Ley 153 de 1887) o en virtud de la ultraactividad para el caso específico (art. 26, C. N.). "La favorabilidad, dijo la Corte, a que se refiere el mandato del artículo 26 de la Carta debe operar, como bien lo ha precisado la jurisprudencia (sentencia abril 5 de 1974, Foro Colombiano. T. X. Nº 58. pág. 457), únicamente en el tránsito de legislación, esto es, cuando la ley sustantiva o procesal que venía rigiendo deja de aplicarse porque la sustituye otra cuya vigencia hace imperativa su aplicabilidad" (Auto de octubre 26 de 1987). Significa lo anterior, para el juicio de favorabilidad, la necesidad de la existencia de dos normas eventualmente aplicables al caso concreto; en cambio, la inexequibilidad de una norma automáticamente hace revivir la derogada por ésta, sin que sea jurídicamente posible volverse a aplicar en ningún caso y por ningún motivo la norma declarada inconstitucional lo cual, al extinguir una de las normas, desaparece el presupuesto básico de la comparación. Una norma jurídica sólo tiene poder derogatorio si es legítima y válida, esto es, si ha sido expedida conforme a la Constitución. Es esto consecuencia obvia del principio de supremacía de la Carta Fundamental.

La inexequibilidad es el retiro que hace el órgano con poder controlador del ordenamiento jurídico de una norma contraria a la base suprema de ese ordenamiento (sentencia Sala Plena, mayo 12 de 1982). Lo inexequible es lo que no puede volverse a aplicar por ninguna causa ni en ninguna situación, a menos que se cambie el orden básico. Permitir su aplicación es terminar con el control de constitucionalidad porque cada vez que se aplique la norma declarada inconstitucional se está violando la Constitución y desconociendo los efectos *"erga omnes"* del fallo.

El artículo 26 de la Constitución Nacional, repetimos, limita al legislador, luego pensar que no hace excepción alguna y por tanto opera la favorabilidad frente a normas declaradas inexequibles, es creer que dicho precepto es supraconstitucional o que la propia Carta prohija su quebrantamiento lo cual no es de recibo en un Estado de derecho.

La libertad o cualquiera otro derecho esencial del hombre siempre estará por encima de la autoridad y del poder despóticos, porque donde no hay derecho lo válido es lo natural del hombre. Pero en un Estado de derecho, donde existe una Constitución legítima como norma suprema que reconoce como límites del poder político los derechos humanos y establece un control de constitucionalidad como garantía de su vigencia y efectividad, el alcance de tales derechos es el que les da la Carta que los contiene y reconoce, conforme con la teoría pura del derecho de plena aceptación hoy en el mundo occidental y sobre la cual se edifican las Constituciones modernas de Alemania, Italia y España, siguiendo el modelo de la Austriaca de 1920.

Como el artículo 15 del Decreto 1853 de 1985 fue declarado inexequible por sentencia de la Corte de mayo 22 de 1986, a partir de esa fecha no puede edificarse en él ningún derecho por no ser precepto ni legítimo ni válido. Los derechos declarados con base en tal artículo antes de la fecha de la sentencia mencionada son válidos porque los efectos del fallo de inexequibilidad son hacia el futuro; y si no se reconoció, así el hecho haya ocurrido en su vigencia, no puede alegarse derecho adquirido alguno, pues no es legítimo ni justo lo inconstitucional, después de declarado así por quien tiene el poder de hacerlo.

Estas son las razones que determinaron nuestro salvamento parcial de voto.

Fecha *ut supra.*

Guillermo Duque Ruiz, Didimo Páez Velandia.

AUTO INHIBITORIO. APELACION

Frente a la norma del nuevo Código Procesal Penal (art. 207), no resulta procedente la interpretación de que la exigencia de sustentación no comprende los autos inhibitorios, porque al reglamentarla lo hace en términos amplios que incluyen todas las impugnaciones que puedan presentarse por esta vía

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 053 (agosto 23 de 1988).

Vistos:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la denunciante María Eloisa Martín de Guzmán contra el auto de 25 de febrero pasado por el cual el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, se abstuvo de abrir investigación contra el Juez Civil del Circuito de Gachetá (Cundinamarca) doctor *Jorge Enrique Bejarano Beltrán* en relación con acusaciones de la precitada por actuaciones del funcionario dentro del proceso de sucesión intestada de Rafael Guzmán tramitado en el juzgado a cargo del acusado, con lo cual afirma se le ocasionaron perjuicios.

La denuncia:

María Eloísa Martín de Guzmán acusó al abogado Víctor Manuel Díaz Guzmán, al Juez del Circuito de Gachetá doctor Bejarano Beltrán y a otras personas, por cuanto dentro de la sucesión de su cónyuge difunto Rafael Guzmán, fue incluido el predio rural denominado "La Zarza", Municipio de Medina (Cundinamarca), contiguo a los del causante y adquirido por ella antes de su matrimonio, que fue entregado junto con los pertenecientes a la sucesión a los herederos y sus causahabientes, sin que se recorrieran en esa oportunidad los linderos. También señala que fueron objeto de adjudicación en la misma sucesión unos perjuicios a los que fue condenada la denunciante en acción judicial, en providencia apelada en ese momento y que posteriormente fue revocada por la Sala Civil del Tribunal de Bogotá al decidir el recurso indicado.

Los anteriores cargos aparecen de la denuncia y otros escritos, enunciados en forma confusa, habiéndose ordenado por el Tribunal para verificar lo relacionado con los otros posibles sindicados compulsar las copias necesarias.

Actuación procesal:

Para comprobar las acusaciones se decretaron diligencias previas, en desarrollo de las cuales se oyó en ratificación y ampliación a la denunciante, se acreditó la calidad de funcionario del acusado y se agregaron copias de diferentes actuaciones de los procesos a los cuales se refiere la señora Guzmán como son la sucesión de su cónyuge y el de separación de bienes promovido por ella contra su esposo, en el cual se impuso en primera instancia la condena de perjuicios, revocada por el Tribunal.

Tomando como fundamento lo anterior, esa Corporación dictó el auto inhibitorio recurrido por considerar que en la relación de bienes de sucesión no aparece incluido el predio reclamado por la denunciante como de su propiedad, como tampoco en la diligencia de entrega de los bienes secuestrados previamente, oportunidad en la que se mencionaron otros diferentes como objeto de la medida. En cuanto al segundo cargo, aprobada la adjudicación con inclusión de los posibles perjuicios a favor del causante en la acción de separación de bienes, según sentencia de abril 22 de 1982, con posterioridad el Tribunal revocó la condena decretada por el juzgado del conocimiento (septiembre 22 de 1983). De esta manera la conducta del juez aparece respaldada por las pruebas y no configura actuación irregular, pues el bien referido, de propiedad de la denunciante no se incluyó en los inventarios, ni fue objeto de la entrega y en cuanto a los perjuicios se apoyó en lo demostrado en ese momento, sin existir otros elementos de juicio, todo lo cual fundó la decisión inhibitoria por inexistencia de infracción.

La apelación:

En breve escrito la denunciante recurrió la providencia mencionada por considerar que existía mérito para iniciar investigación por prevaricato, por haber ordenado la entrega del predio de su propiedad sin acatar decisión de otro Magistrado en la que precisó que el predio indicado no hacía parte de la sucesión y que el incidente presentado por su abogado era "inoperante" y pide se abra investigación y se reciban testimonios al respecto de la entrega del inmueble.

En posterior memorial dirigido a la Corte, dice que existe falsedad por haberse incluido en los inventarios y avalúos lo referente a los perjuicios, posteriormente sin efecto por la revocatoria del Tribunal, aprobando así una adjudicación falsa, de lo cual hay prueba suficiente. En la partición se mencionan otros predios, pero no el denominado "La Zarza" el que fue entregado, desconociéndose su propiedad; en relación con este hecho se acompaña constancia catastral como prueba.

Concepto de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal:

Considera que por no haberse sustentado debidamente, no era procedente la apelación y así no cabe revisar la decisión recurrida. Anota que no obstante no contradecir el memorial presentado por la denunciante los fundamentos de hecho ni de derecho de la providencia, se concedió por estimarse que la jurisprudencia ha exceptuado la sustentación cuando se trate de auto inhibitorio y porque este recurso puede equivaler a la petición que prevé el artículo 353 del Código de Procedimiento Penal.

Menciona igualmente jurisprudencia de octubre 9 de 1985 que se funda en que la Ley 2ª de 1984 en su artículo 57, que establecía la sustentación, se refería a procesos y no comprendía el auto inhibitorio, puesto que se trataba de actuación previa y así esta excepción nacía de la ley, hecho que no ocurre con el actual estatuto procesal que en términos generales y sin distinciones exige ese requisito, ni tampoco se hizo excepción en la ley de facultades para expedir aquel. Y que la petición de revocatoria es ajena a la segunda instancia y precisamente se decide por el funcionario del conocimiento.

Se considera:

1º *Debe resolverse inicialmente sobre la procedencia de la apelación, la cual rechaza el Ministerio Público por estimar insuficiente la sustentación que se hizo del recurso.*

Al concederlo, el Tribunal anotó que no se propuso en forma legal, pero estima que debía admitirlo en atención a la jurisprudencia mencionada por la Procuraduría.

Debe aclararse que la jurisprudencia anotada, expresa en forma general que la exigencia de sustentación no comprende los autos inhibitorios, lo cual deduce de los términos del precepto que estableció este requisito, ya que hacía concreta alusión a procesos y a la actuación previa y al auto inhibitorio con el que puede culminar, son anteriores a aquél, por lo que no cabe exigir tal requisito.

Frente a la norma del nuevo Código Procesal Penal (art. 207) como lo advierte el Ministerio Público, no resulta procedente tal interpretación, porque al reglamentar lo relacionado con la sustentación de la apelación lo hace en términos amplios que comprenden todas las impugnaciones que puedan presentarse por esta vía, pues de lo contrario se llegaría a establecer una excepción no prevista expresamente, aunque sí tenía esta base en la disposición anteriormente vigente, dada su redacción.

Por lo demás, en relación con el carácter público de la acción penal y la carga y limitación que representaría para el apelante la sustentación contra el auto inhibitorio, cabe observar en primer término que la acusación implica ordinariamente una averiguación previa como base probatoria sobre la que se apoya la decisión inhibitoria, lo que supone que correspondiendo a la naturaleza expresada de la acción, exige actividad y definición de los funcionarios judiciales. Por otra parte, la sustentación no requiere de apoderado y puede hacerse direc-

tamente por el denunciante en ejercicio de su derecho, para lo cual basta que consigne en forma simple las razones de su disentimiento respecto a la decisión adoptada, aunque con la alegación esencial necesaria.

El nuevo código procesal permite expresamente al denunciante, aunque esto también podía realizarse anteriormente en desarrollo de las normas generales, constituir apoderado cuando lo considere más conveniente para hacer valer sus derechos o sostener el recurso, lo cual significa que se pretendió someter esta impugnación al precepto general.

En este caso, presentado oportunamente ante el Tribunal por la denunciante escrito de sustentación en cumplimiento de lo previsto por el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal y atendida así esta exigencia para la viabilidad del recurso, debe examinarse si dicho memorial reúne los requisitos mínimos de fondo para la finalidad perseguida o si bien debe desecharse como inexistente.

El contenido de ese escrito es el ya consignado y se dirige a reiterar la irregularidad aimada, por haberse involucrado en la sucesión y concretamente en la partición el inmueble de su propiedad, como también partida de perjuicios a la que fue condenada y posteriormente sin validez por revocatoria del Tribunal y además advierte la omisión de atender otra decisión judicial, en trámite distinto.

No obstante tales razones son en el fondo reiteración de los cargos, se estima que bastan para atender los requisitos mínimos previstos y ya mencionados, especialmente si se tiene en cuenta que se trata de persona sin conocimiento de la ley y más aún analfabeta, lo que conduce a analizar la situación con mayor amplitud en atención a la efectividad del derecho de la denunciante y para que en esta forma tenga cumplido el efecto la norma en cuanto contempla el recurso para lograr una revisión con el fin de que se examine por el superior la situación planteada en la denuncia y que se afirma constituye ilicitud. Y como corresponde también a las finalidades de la administración de justicia, sin que esto signifique pretermitir la de evitar el entorpecimiento y dilación en los trámites.

Satisfecho en esta forma, el requisito expresado, al igual que los demás contemplados por la norma legal, se concluye que es procedente la apelación y debe examinarse.

2º Se demostró la calidad de funcionario del acusado, con copias auténticas de su posesión y constancias de su nombramiento y ejercicio, como también aparece de los documentos agregados (fls. 53, 73 y ss. cuaderno 1º).

3º Se analizan los cargos formulados. Respecto a la entrega del predio "La Zarza" que la denunciante afirma entregado por el juzgado no obstante ser de su propiedad, de acuerdo con las copias tomadas del proceso sucesorio de Rafael Guzmán Acosta, aparece que como lo anotó el Tribunal, no fue incluido en la diligencia de inventarios respectiva, conforme al acta correspondiente (fl. 6), la cual fue aceptada por juez anterior al acusado (fl. 9), quien también aprobó la partición

de los bienes sucesorales, elaborada de acuerdo con la anterior relación o inventario (fls. 10 a 18 cuaderno 1º).

De otra parte, los mismos bienes fueron objeto de secuestro provisional en la sucesión, sin que aparezca que se presentara oposición. Dentro de dicho proceso se solicitó exclusión del bien referido (fl. 128), la cual se negó por el juez anterior y se rechazó petición de nulidad (fl. 141).

Solicitada la entrega de los bienes adjudicados dentro del sucesorio por el apoderado respectivo, se dispuso ésta formulándose en este acto oposición por parte del apoderado de la denunciante y de otra persona, decidiendo el juez acusado negarla y conceder el recurso de apelación en el efecto suspensivo; una vez denegada esta reclamación se procedió a la entrega del inmueble, conforme aparece de las copias agregadas (fls. 181 a 186).

Lo anterior permite inferir con fundamento que el funcionario sindicado actuó en vista de los antecedentes existentes y cumplió los trámites legales propios, adoptando las decisiones pertinentes. Así, de sus providencias no aparece que se hubiera cometido infracción anotándose que conforme afirma el apoderado de la denunciante se adelanta acción reivindicatoria y que de la diligencia no se desprende irregularidad en la identificación de los predios, pues no se formuló al respecto observación alguna por parte de quienes intervinieron en aquella.

No se comprueba de acuerdo a lo expresado base para iniciar investigación, debiéndose aclarar que no corresponde examinar con motivo de esta denuncia las decisiones tomadas por el funcionario, ya que no se trata de decisión de instancia, advirtiendo además que la parte respectiva tiene las acciones legales, las cuales parece han intentado, según se expresó.

En relación con el segundo cargo, aparece de las copias agregadas (cuaderno 2º) que María Eloísa Martín de Guzmán instauró contra su cónyuge demanda de separación de bienes, proceso dentro del cual prosperó la excepción de cosa juzgada, por haberse dictado con anterioridad, con demanda del referido Guzmán Acosta, sentencia en la que se adoptó tal determinación. Impuesta condena en perjuicios a la demandante, se procedió a su liquidación, dictándose por el Juzgado Civil del Circuito auto que fijó su cuantía (febrero 15 de 1983), providencia revocada por el Tribunal por no hallar demostración suficiente.

Si bien tales perjuicios, apreciados en determinada suma se incluyeron en la relación de bienes o inventarios (noviembre 15 de 1979) y en la adjudicación aprobada mediante sentencia de abril de 1982, estos actos son anteriores a la revocatoria referida. No existe por tanto irregularidad al incluirse posible crédito, ya que tenía carácter de litigioso y en ese momento no se conocía la decisión en el incidente. Además de que la acreencia no podría afectar a la denunciante, dado que su obligación nacería en su contra, no de la relación en la sucesión sino de la condena en el incidente, que fue revocada.

Por consiguiente, tienen validez las consideraciones del Tribunal para concluir que no existe delito y consecuentemente debe aplicarse el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

Confirmar el auto inhibitorio apelado.

Devuélvanse las diligencias al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas. Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

1ª NULIDAD. INIMPUTABILIDAD

Es nula la decisión judicial cuando el fallador desconoce absolutamente la necesidad de su integración con las normas legales preexistentes. En consecuencia, corresponde declararla cuando se dejan de lado las prevenciones legales para el reconocimiento de la inimputabilidad y la fijación de la medida de seguridad pertinente

2ª NULIDAD. INIMPUTABILIDAD

Si el fallo contiene una interpretación normativa sobre el sentido y alcances de los artículos 93 y 97 del Código Penal, por sí sola no lo invalida, así se le califique de erróneo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y ocho.

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada: Acta número 54 de agosto 30 de 1988.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 19 de agosto de 1987, confirmó íntegramente la proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Palma (Cundinamarca), mediante la cual ese Despacho condenó al sujeto *Saúl Macías Murcia* como autor responsable del cultivo de coca, conforme al Decreto 1188 de 1974, reconociéndole condición personal de inimputable en el momento de la realización de los hechos, por lo cual le impuso la medida de seguridad de "libertad vigilada", de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 93 del Código Penal.

Contra la decisión del Tribunal Superior interpuso recurso de casación la apoderada del procesado, el cual fue admitido y la demanda declarada ajustada a los requisitos legales. Agotando los trámites propios del recurso, procede la Sala a resolver lo pertinente.

Hechos:

La Policía Nacional practicó diligencia de allanamiento en la finca "El Rosal", jurisdicción del Municipio de Yacopí, y allí encontró un

cultivo de aproximadamente quince mil (15.000) matas de coca; por estos hechos fueron aprehendidos Saúl Macías Murcia y Carlos Julio Rodríguez Anzola, quienes dijeron haber sido inducidos a la realización de tal cultivo por el sujeto Florentino Morales o Mora.

Actuación procesal:

1º Con base en las fotocopias del proceso seguido contra Carlos Julio Rodríguez Anzola y otros que cursaba ante la Justicia Penal Militar (Primera Brigada), el Juez Promiscuo del Circuito de La Palma (Cundinamarca), avocó por competencia el conocimiento de la investigación en lo referente a la conducta desplegada por el procesado Saúl Macías Murcia, sujeto al que vinculó al proceso mediante indagatoria.

2º Clausurada la investigación, el juzgado del conocimiento calificó el mérito del sumario dictando llamamiento a juicio contra Macías por violación al Decreto 1188 de 1974 —artículo 37—, por la conducta de cultivo de planta de la que puede extraerse cocaína.

En esa decisión el juzgado analizó con detenimiento y rigor la prueba sobre la cual edificó el compromiso penal del sujeto Saúl Macías Murcia, quien para el momento de los hechos se desempeñaba como profesor en el Municipio de Utica, y descartó en aquella providencia la posibilidad de que el procesado hubiera actuado en condiciones de inimputabilidad; "tampoco es de recibo, la afirmación de que el sindicado se encontraba en estado de enajenación mental momentánea, o que no tuviese la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental, ya que existe en el expediente un dictamen médico legal, donde se habla de una depresión, pero en ningún momento tal situación estaría amparada por los beneficios de los artículos 452 y 673 del Código de Procedimiento Penal, que hacen alusión, como ya comentamos, al aplazamiento de la pena. Si no hay lugar para el aplazamiento de la condena por el estado en que se encontraba Macías Murcia, menos podemos pensar en catalogar (sic) como un inimputable, como lo alega el profesional" (fls. 236 y 237).

3º Celebrada la audiencia pública el juez del circuito con fecha 24 de noviembre de 1986, profirió sentencia de primer grado, mediante la cual decidió, condenar al procesado Saúl Macías Murcia a la medida de seguridad consistente en "libertad vigilada", con fundamento en el peritaje psiquiátrico practicado al encausado durante la etapa del juicio.

4º El Tribunal Superior de Bogotá por sentencia del 19 de agosto de 1987 confirmó íntegralmente el fallo de primera instancia.

La demanda de casación:

El actor endereza su ataque contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, invocando la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, consistente en su criterio, en la violación indirecta de la ley sustancial, por haberse incurrido en

plurales errores en la apreciación de los elementos probatorios que apuntan a la responsabilidad del procesado y a su calificación de inimputable.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su concepto solicita a la Corte no case la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte:

No procede la Sala a estudiar los cargos hechos a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, porque observa en la decisión impugnada irregularidad insubsanable que la llevan irremediablemente a la declaratoria de nulidad del proceso, que se concreta en inexplicables deficiencias en la decisión de fondo.

En efecto, como ya se dejó consignado, la sentencia pronunciada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Palma (Cundinamarca), que fuera posteriormente en forma integral confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, resolvió dentro de un criticable manejo del concepto de la imputabilidad penal, declarar inimputable al sujeto Saúl Macías Murcia, dejando a un lado las precisiones legales para el reconocimiento de la inimputabilidad ampliamente explicados por la jurisprudencia penal que, partiendo del concepto de inimputabilidad como la no capacidad del sujeto para comprender, razonar, determinarse, saber que la conducta es ilícita o sabiéndola así ser impotente ante la fuerza interna que lo impele a realizarla y que según el código, obedezca a inmadurez psicológica o trastorno mental, ha insistido en que para poderse afirmar la inimputabilidad del sujeto debe establecerse al momento del hecho: a) La existencia de un fenómeno ubicable en las amplias categorías de la inmadurez sicológica (verbigracia, minoría de edad o trastorno mental, paranoia, esquizofrenia, etc.); b) No debe ser cualquier trastorno mental o fenómeno que implique inmadurez psicológica, sino entidad de tal naturaleza que como afección del sujeto conlleve grado tal de compromiso de las esferas de su personalidad que produzcan en él su incapacidad para comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, y c) La relación de causalidad entre la inmadurez o el trastorno y la conducta realizada, esto es, la afirmación indubitable de que el sujeto actuó así en razón y por motivo del trastorno o la inmadurez.

Resulta entonces que en la decisión judicial que se revisa, los falladores de primera y segunda instancia no precisaron la naturaleza de la dolencia sufrida y lo que es más grave no establecieron la relación de causalidad entre la enfermedad padecida por Macías Murcia y su comportamiento, esto es, no sentaron racionalmente los presupuestos que les permitieran afirmar que el profesor de Utica Macías Murcia, se dedicó a la siembra de la planta de coca en cantidad de quince mil unidades aproximadamente, en un acto que obedecía a impulsos patológicos que le impedían al sujeto comprender la ilicitud o determinarse según esa comprensión.

Pero es aún más grave en concepto de la Sala, el hecho de que en su decisión, los jueces de instancia declararon al sujeto procesado inimputable, sin determinar conforme a la ley la categoría del trastorno y su naturaleza; en otros términos olvidaron señalar si se trataba de un trastorno mental permanente o transitorio y en caso de ser de esta última naturaleza si se trataba de un trastorno con secuelas o sin secuelas, para efecto de determinar sus consecuencias jurídicas.

Además, y como consecuencia de la ausencia de esas precisiones los juzgadores de instancia en su decisión judicial no le dieron aplicación al Código Penal que señala para los sujetos inimputables responsables o la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, o la internación en casa de estudio o trabajo (93), y en desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal, colocaron al sujeto Macías Murcia en condición de libertad vigilada, ignorando lo dispuesto por la ley sobre la naturaleza accesoria de esta medida con relación a las de internamiento.

Tal situación lleva a la Sala a decretar la nulidad de carácter supralegal por absoluto desconocimiento por parte del fallador de la necesidad de integración de la decisión judicial con las normas legales preexistentes al caso que se juzga; siendo en este caso protuberante el desconocimiento de las disposiciones del Código Penal y de Procedimiento Penal que en secuencia lógica se integran para producir realmente una decisión judicial. Así la calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado que requiere toda sentencia judicial no admite el desconocimiento absoluto de normas sustanciales porque si ello ocurre bien puede afirmarse que no existe siquiera decisión judicial en la forma requerida procesal y sustancialmente hablando.

Qué ocurre, se pregunta la Sala si al condenar por homicidio, por ejemplo, el juez omite imponer la sanción principal y aplica sólo la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas o cambia la pena principal de prisión por una de multa? Es indudable que en un caso así al sujeto independientemente de la benevolencia o malevolencia con que haya sido tratado, no se le están aplicando las leyes preexistentes, razón por la cual procede la nulidad supralegal aludida.

Así en el asunto que ahora se resuelve, se tiene que los falladores desconocieron los artículos 93 y 97 del Código Penal, otorgándole al sujeto Macías Murcia, la medida de seguridad accesoria sin resolver lo pertinente a la medida de seguridad principal sobre la cual guardaron silencio.

El error pudo ser enmendado por el Tribunal Superior de Bogotá, cuando conoció de la decisión del juez de primera instancia y por consecuencia, al casar el fallo el proceso se retrotraerá, en obedecimiento a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso hasta el momento anterior a la sentencia de segunda instancia para que se dicte de nuevo en concordancia con todo lo que aquí se ha dicho.

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

Resuelve:

Casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y declarar la *nulidad* del proceso a partir del momento anterior a la decisión de segunda instancia.

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

Guillermo Duque Ruiz, Salvamento de voto; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Anselmo Chávez Narváez*, Conjueces; *Edgar Saavedra Rojas.*

Gustavo Morales Marín, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO DUQUE RUIZ

Referencia: Radicación número 2490. Casación. Proceso contra Saúl Macías Murcia. Aprobado Acta número 54 de agosto 30 de 1988. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 19 de agosto del año próximo pasado, confirmó integralmente la sentencia emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Palma, por medio de la cual Saúl Macías Murcia fue condenado, en condición de inimputable, a la medida de seguridad de la libertad vigilada, como responsable de haber infringido el artículo 37 del Decreto 1188 de 1974.

Contra la anterior decisión se interpuso por la apoderada del procesado el recurso extraordinario de casación, el cual fue admitido. Presentada oportunamente la demanda, se declaró ajustada a los requisitos legales y se ordenó darle traslado de la misma al señor Procurador General de la Nación, quien, por escrito de su Segundo Delegado Penal ante la Corte, conceptuó que la demanda debía desecharse, porque el cargo en ella formulado con base en el cuerpo segundo de la causal primera, no tenía ninguna consistencia.

Pero la Sala, en decisión que no comparto por las razones que brevemente esbozaré, se abstuvo de estudiar los cargos formulados a la sentencia, por considerar, *oficiosamente*, que ésta adolecía de *"irregularidad insubsanable que la llevan irremediablemente a la declaratoria de nulidad del proceso..."* (Subrayas fuera de texto).

El argumento basilar de la decisión mayoritaria, consiste en que "la sentencia pronunciada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Palma (Cundinamarca), que fuera posteriormente en forma integral confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, *resolvió dentro de un criticable manejo del concepto de la imputabilidad penal, declarar inimputable al sujeto Saúl Macías Murcia, dejando a un lado las precisiones legales para el reconocimiento de la inimputabilidad ampliamente explicados por la jurisprudencia penal...*" (sin subrayas en el original). Las críticas se concretan así:

a) "En la decisión judicial que se revisa, los falladores de primera y segunda instancia no precisaron la naturaleza de la dolencia sufrida y lo que es más grave no establecieron la relación de causalidad entre la enfermedad padecida por Macías Murcia y su comportamiento...";

b) "Los jueces de instancia declararon al sujeto procesado inimputable, sin determinar conforme a la ley la categoría del trastorno y su naturaleza; en otros términos se olvidaron señalar si se

trataba de un trastorno permanente o transitorio y en caso de ser de esta última naturaleza si se trataba de un trastorno con secuelas o sin secuelas...";

c) "Como consecuencia de la ausencia de esas precisiones los juzgadores de instancia en su decisión judicial no le dieron aplicación al Código Penal que señala para los sujetos inimputables o la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, o la internación en casa de estudio o trabajo (93), y en desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal, colocaron al sujeto Macías Murcia en condición de libertad vigilada, ignorando lo dispuesto por la ley sobre la naturaleza accesoria de esta medida con relación a las de internamiento".

No puedo compartir que una diferencia de criterios entre la Corte y los juzgadores de instancia sobre "el manejo del concepto de la inimputabilidad penal", pueda conducir a una declaratoria oficiosa de nulidad, dentro de un proceso regido por las normas del recientemente derogado Código de Procedimiento Penal y que sólo perjuicios traerá al procesado, no obstante que fue su apoderada quien interpuso el recurso y permitió que el fallo anulado llegara al conocimiento de la Sala.

Por lo demás, exageradas me parecen las críticas que por la mayoría se hacen al fallo impugnado y que sirvieron de fundamento para dejarlo sin valor. Si éste se estudia con detenimiento e integrado con el de primera instancia, se llega a la conclusión de que sí se precisó, aunque no con el máximo de detalle ni de rigor científico, la naturaleza de la dolencia sufrida por Macías Murcia, al igual que la relación de causalidad entre ésta y su comportamiento delictual.

En efecto, en el fallo de primer grado se alude a las alegaciones del propio Macías Murcia en el sentido de que con anterioridad a los hechos que motivaron su condena tenía problemas graves en su psiquismo; se tiene en cuenta una certificación del Director del servicio médico de Caprecundi, según la cual "dos años atrás del examen practicado el 26 de octubre de 1984 (Macías), fue intoxicado con escopolamina y que desde entonces viene sufriendo crisis convulsivas, con pérdida del conocimiento y que en ocasiones sale corriendo sin control, y que debe continuar el tratamiento médico"; así mismo se tuvo en cuenta que según el Director del Hospital de Villeta el procesado ingresó a ese centro asistencial el 3 de marzo de 1983, llevado por la policía ya que en un bus le habían dado tóxicos (escopolamina, fenotiacida); igualmente y de acuerdo con la Oficina Central de Medicina Legal de Tunja, para el 4 de octubre de 1984, fecha del reconocimiento, el sindicado "presenta... un cuadro de depresión reactiva bastante severo, que requiere de tratamiento psiquiátrico".

Y el Tribunal, por su parte, sobre estos mismos aspectos y luego de aceptar las conclusiones del examen psiquiátrico a que se sometió a Macías y en el cual se habla de que "el paciente" ha presentado "crisis en las cuales... no puede tener plena conciencia de sus actos ni determinarse libremente con sus lógicas consecuencias en el funcionamiento laboral, familiar y social", remató, afirmando: "Entonces no

hay duda que estamos en presencia de un sujeto inimputable y, que según se desprende de la lectura del proceso, su afección mental se presentó después de haber sufrido 'intoxicación con escopolamina en el año de 1983', de lo cual reposa prueba en el encuadernamiento, hecho este que si se confronta con la fecha de la incautación y captura de los implicados, julio de 1984, nos indica que la acción fue cometida por el acusado en estado de perturbación mental".

Pero, además, y esto es muy importante consignarlo, el Tribunal sí concretó que dentro de los términos del artículo 31 del Código Penal, Macías sufría de *"TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO CON SECUELAS"* (Sin subrayas ni mayúsculas en la hoja número 9 del fallo impugnado).

De suerte, pues, que considerar a Macías Murcia como inimputable cuando cometió el hecho que motivó su juzgumiento, no fue la decisión inmotivada e inconsulta que presenta la mayoría de la Sala para fundamentar su fallo, que declara una nulidad, oficiosamente, con base en un Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971) que de manera expresa no la facultaba para tomar tal determinación, máxime cuando ella sólo perjuicios traerá al procesado (cuya única recurrente fue su apoderada), pues de su contexto surge nítido el hecho de que la invalidez del fallo de segunda instancia y la devolución del proceso a la misma autoridad de origen sólo puede tener como finalidad que se le niegue su condición de inimputable y se le imponga la pena prevista por las normas pertinentes del Decreto 1188 de 1974.

Es claro que conozco la jurisprudencia en virtud de la cual se considera que la Corte sí puede declarar de oficio una nulidad, pero esto sólo puede hacerlo "en presencia de una nulidad absoluta de carácter manifiesto, cuya evidencia excuse su presentación... siempre que los hechos constitutivos de ella se hubiesen ofrecido a su consideración aún con el propósito de fundar el demandante una causal diferente de la cuarta" (4 de diciembre de 1974; Magistrado ponente doctor Velasco Guerrero).

En mi concepto, pues, las irregularidades anotadas por la mayoría de la Sala al fallo invalidado no tenían la desmedida trascendencia que se les dio, y por tanto no alcanzaban a configurar una nulidad. Considero que se trataba simplemente y en el peor de los casos, de una violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea de los artículos 93 y 97 del Código Penal, quebranto que no podía aducir el recurrente por su manifiesta falta de interés, ni tampoco enmendarlo la Corte por su clarísima incompetencia.

Ni el juzgado ni el Tribunal desconocieron los artículos 93 y 97 del Código Penal, como con algún exceso se afirma en la providencia suscrita por la mayoría de la Sala. Tanto en el fallo de primera instancia como en el de segunda, se expresan con claridad las razones para imponer como principal y no como accesoria la medida de seguridad de la libertad vigilada. En la sentencia invalidada se argumentó así sobre este punto: "Tratándose de sujeto inimputable en los términos del artículo 31 del Código Penal, deberá ser sometido a medidas de seguridad, razón por la cual sería necesario examinar si la que se

decretó en la sentencia de primera instancia fue acertada. El artículo 93 del Código Penal indica en forma clara las clases de medidas de seguridad aplicables a los inimputables, así: 1. Internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada; 2. La internación en casa de estudio o trabajo, y 3. La libertad vigilada, *luego cualquiera de ellas podrá ser escogida por el juez, como sanción principal, o mejor como medida de seguridad principal* (sin subrayas en el texto). *Ciertamente el artículo 97 de la obra mencionada indica la libertad vigilada como medida accesoria de la de internación, pero ello obviamente es en los eventos en que, adoptada la internación como principal, cumplido el término se considera prudente continuar vigilando al acusado, lo que obviamente se hace una vez establecido su estado de salud mental o su mejoría. Ello naturalmente no impide en manera alguna que se pueda imponer la medida de libertad vigilada como medida principal*, tal como lo hizo el *a quo* en este caso, con mucho tino por lo demás, *en razón de que si necesitaba tratamiento adecuado y la familia se lo puede brindar, ello es mayor garantía para el acusado, pues en un anexo psiquiátrico no será posible darle los cuidados que necesita* pues bien sabido es en las precarias condiciones en que se mantienen aquellos centros, luego, la libertad vigilada que le señaló el juez de primera instancia, fue acertada y por ello la Sala la confirmará" (todas las subrayas son mías).

Si se tienen en cuenta las argumentaciones presentadas en el fallo de la primera instancia y las que acaban de transcribirse, correspondientes al de segunda, considero un exceso sostener, para fundamentar sobre ello la nulidad, que la sentencia invalidada implicaba *"el desconocimiento absoluto de normas sustanciales"*. El fallo anulado únicamente contiene una interpretación sobre el sentido y alcances de los artículos 93 y 97 del Código Penal, pero esta sola interpretación normativa, insisto, en mi sentir no invalidaba la sentencia, así se la califique de errónea.

No tenía, pues, y lo digo con todo respeto, ninguna competencia la Sala para anular el fallo recurrido, sólo porque en su opinión se violó directamente la ley sustancial por errónea interpretación de las normas tantas veces citadas. Esto no aparece previsto como causal de nulidad, sino que es dable alegarlo, por quien tenga interés jurídico para ello, al amparo del cuerpo primero de la causal primera de casación, asunto que en este proceso no se dio.

En estos términos dejo consignados, respetuosamente, los motivos que no me permitieron acompañar a la mayoría de la Sala en la decisión del caso a que se contrae este salvamento de voto.

Guillermo Duque Ruiz.

Fecha *ut supra*.

CACASION. Técnica

El cargo carece de idoneidad para su examen de fondo, cuando desconoce las exigencias técnicas indispensables, si confunde, y no de manera accidental, el sentido y el concepto de la violación de la ley sustancial

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 54 de 30 de agosto de 1988.

Vistos:

Surtido el trámite legal previo se entra a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar dictada el 30 de noviembre de 1987 en el proceso seguido contra el exagente de la Policía Nacional *Emilio Mena Mosquera* y otro, en la que se impuso al mencionado —quien obra como único recurrente— la pena principal de dos años de prisión, por el delito de concusión.

Hechos y actuación procesal:

En el mes de enero de 1984, tres agentes de la Policía Nacional le encontraron al particular Jesús Antonio Zubieta, al requisarlo, un revólver, para cuyo porte carecía de licencia, por lo cual pretendieron aprehenderlo, pero desistieron cuando él les ofreció dinero, cambiando entonces de parecer y pasando ellos a exigirle una suma superior, dejando el arma en poder de uno de ellos hasta que el afectado, que ese día entregó parte de la cantidad pedida, les completara su totalidad, como en efecto sucedió para la devolución.

A lo largo de la investigación se estableció que uno de los agentes que practicaron la requisa al denunciante fue Emilio Mena Mosquera. Este y otro de sus compañeros de patrulla fueron procesados por el sistema de consejo de guerra ordinario y comprometidos en juicio por el delito de concusión, a la vez que respecto del particular se ordenó expedir copias por la posibilidad de que hubiera incurrido en el de cohecho. La sentencia de primera instancia, proferida por el comandante del departamento de Policía Metropolitana Bogotá, en la cual se tasó como pena principal para cada uno de los procesados la de

dos años de prisión y se les negó el subrogado de la ejecución condicional, fue confirmada plenamente por el Tribunal Superior Militar, en la que es objeto de esta impugnación.

La demanda y el concepto del Ministerio Público:

I. Tres cargos formula el defensor demandante al fallo de segundo grado, así: Uno por ser violatorio de la ley sustancial, en forma directa; uno por haberse proferido en juicio viciado de nulidad; y uno, por ser violatorio, también en forma directa, del artículo 170 de la Constitución Nacional.

Para demostrarlos argumenta de la manera como se reseña:

Cargo primero. El Tribunal Superior Militar violó directamente el artículo 140 del Código Penal al aplicarlo indebidamente respecto del procesado recurrente, pues no estaba demostrado "el objeto material del ilícito", ni la responsabilidad, porque no se allegó la licencia de porte del arma cuyo decomiso originó el hecho delictivo, y porque el testimonio de la esposa del particular sobre la permanencia del revólver en poder del acusado recurrente es parcializado. De este planteamiento infiere que debió darse aplicación al artículo 216 del Código Penal en favor de su patrocinado.

Como parte del mismo cargo agrega que el sentenciador incurrió en error de derecho al interpretar el artículo 140 del Código Penal, porque de acuerdo a las pruebas aliegadas, erró en el encuadramiento de la conducta atribuida al procesado no recurrente a quien ha debido condenar por el delito de cohecho, mientras que correlativamente debió absolver a su cliente como lo establecía el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal de 1971 en concordancia con el 445 del Código de Justicia Penal Militar. En refuerzo de su argumentación indica las pruebas que en su opinión debieron practicarse para despejar las dudas en el proceso, entre las cuales señala la referida a si el procesado se hallaba de servicio el día de los hechos.

Cargo segundo. La audiencia pública para el juzgamiento en consejo de guerra ordinario es una diligencia inexistente al tenor del artículo 214 del Código de Procedimiento Penal precitado, porque el acta correspondiente no fue suscrita por dos de los vocales que emitieron veredicto ni por el otro defensor interviniente, y esta omisión implica en su sentir la violación del artículo 564 del Código de Justicia Penal Militar que trata sobre los requisitos del acta de audiencia.

Cargo tercero. Se violó en forma directa el artículo 170 de la Carta Política porque en el proceso se afirmó que su defendido "al parecer no se encontraba de servicio el 28 de enero de 1984", y solicita que se pruebe tal circunstancia para determinar, según afirma, "la jurisdicción y competencia" correspondiente, ya que fue denegada la petición que en este sentido se hiciera ante el Tribunal juzgador.

II. El señor Procurador Delegado para la Policía Nacional se manifiesta adverso a la casación impetrada porque la demanda ofrece falta de claridad y protuberantes fallas de técnica de acuerdo a las normas generales que gobiernan el recurso.

Destaca que en el primer cargo es contradictoria porque propone simultáneamente respecto de la misma situación, la violación directa e indirecta de la ley sustantiva, contraviniendo así la enseñanza reiterada de la jurisprudencia en ese sentido; en el tercero, lo que en el fondo está alegando al aducir la violación directa del artículo 170 de la Carta, es una causal de nulidad por falta de competencia, lo cual hace inepta la acusación. Respecto del segundo observa además, que, aunque en verdad ni dos de los vocales ni el otro defensor firmaron el acta del Consejo, aquellos suscribieron debidamente los respectivos veredictos, y añade que la falta de esas tres firmas no afectan la diligencia porque ellas no constituyen "presupuesto o condición de la esencia del documento", y que la sentencia fue notificada en debida forma "sin que nadie manifestara alguna inconformidad por este hecho", siendo estas las razones en que apoya la inexistencia de la nulidad alegada y lo fallido de este cargo.

Consideraciones de la Corte:

En el orden lógico en que deben ser examinados los cargos, por los efectos frente al proceso en que se dictó el fallo recurrido, en caso de prosperar alguno, se atenderán en primer lugar los distinguidos como 3º y 2º que aluden a presuntas nulidades, con la salvedad de que es a éste fenómeno a que apunta aquél, al pregonar la violación directa del artículo 170 de la Constitución Nacional a consecuencia de una presunta falta de competencia por parte de la Justicia Penal Militar para adelantar el juzgamiento.

Cargo tercero. No puede argüirse la violación directa de un precepto constitucional como causa de casación, porque, si bien estos mandatos en su gran mayoría son fundamento de la normatividad legal sustantiva, carecen de este carácter, porque no son descriptivos y sancionadores de conducta alguna, sino garantizadores del orden jurídico institucional general, con desarrollo propio y autónomo en las distintas ramas del derecho. Para el caso concreto, se hace alusión al juez penal natural por la relación funcional entre el acusado y su conducta, como en definitiva termina por asumirlo el demandante al referirse al factor de competencia para afirmar que no fue demostrado, con la dubitativa expresión "al parecer", e incurrir luego en el dislate de sugerir que se practique hoy la prueba de la circunstancia referida al presupuesto de la competencia, que por lo demás, en ningún momento aparece seriamente puesta en duda durante el proceso, pero sí se refleja hoy como un mero recurso dilatorio por el acucioso demandante. Refleja lo deleznable de su argumento el no recurrir del auto denegatorio de la prueba por él mismo solicitada ante el Tribunal.

No prospera el cargo.

Cargo segundo. La informalidad constituida por la falta de firma de dos de los vocales y de uno de los defensores en el acta del consejo de guerra ordinario, no reviste el carácter de falta procesal suficiente para que se declare la inexistencia de la diligencia, ni para que se pregone la nulidad parcial de la actuación, pues ellas quedaron ajenas a toda discusión, no sólo por lo juiciosamente observado por el Ministerio Público en el sentido de que las firmas extrañadas no confi-

guran la esencia del documento, sino porque éste fue firmado por el juez que presidió el acto procesal, el asesor jurídico, el fiscal de la causa, el secretario, y por el defensor oficioso del recurrente, y principalmente, porque los veredictos aparecen firmados por todos los vocales, siendo éste un acto que sólo pudieron haber cumplido por haber asistido al debate público, como lo atestan en el acta el juez y el secretario. Igual afirmación puede hacerse sobre la presencia e intervención del otro defensor, cuyo discurso aparece reseñado en el dicho documento. Además la omisión en examen no está erigida en motivo de invalidez. No prospera el cargo.

Cargo primero. Resulta absolutamente inepto para los fines del presente recurso, pues el censor confunde, y no de manera accidental, el sentido, y el concepto de la violación de la ley sustancial que pregona. Ciertamente afirma la violación directa del artículo 140 del Código Penal, primero, por aplicación indebida con fundamento en la falta de prueba plena para proferir sentencia de condena contra su patrocinado, y luego por interpretación errada al atribuirle la conducta delictiva en él tipificada, no a su cliente sino al otro sentenciado, que no es recurrente, también en correlación con la prueba, para deducir en conclusión la falta de aplicación del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal de 1971 en armonía con el 445 del Código de Justicia Penal Militar, en un fallo que a su juicio debió ser absolutorio para aquél.

Como se observa, el cargo es sustancialmente carente de idoneidad para su examen de fondo, es decir, desconoce las exigencias técnicas indispensables de este recurso extraordinario ya que el demandante olvida que la violación directa de la ley sustantiva implica, como inveteradamente lo ha venido sostenido la jurisprudencia de esta Sala, la aceptación de la valoración probatoria adelantada por el juzgador, y se limita al cuestionamiento de la norma sustantiva aplicada u omitida siendo la pertinente y a su significación y alcance jurídico; en tanto que la censura por la apreciación de la prueba o su ignorancia dentro del proceso son propias y exclusivas de la violación indirecta de la ley sustantiva, pues es a través de ellas, consagradas en normas de carácter instrumental, como puede ésta ser infringida en el proceso de valoración judicial. Por lo demás, yerra también el actor al reclamar, así sea tangencialmente en pro de su pupilo, la interpretación errada de la norma tipo por adecuar a ella y no a otra la conducta del otro procesado, pues la demanda sólo tiene validez para el acusado que ha impugnado el fallo directamente o a través de su representante, ya que se trata de un recurso eminentemente dispositivo, esto es, opcional, por ser extraordinario, que por lo mismo no otorga a la Corte la facultad de revisar todo el proceso para remover los fallos de instancia a su arbitrio.

En estas condiciones habrá de mantenerse la sentencia del Tribunal Superior Militar, como lo sugiere el Ministerio Público.

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

Resuelve:

No casar el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA. JUICIOS ANTE EL SENADO

La condición de Senador o Representante implica una investidura y una actividad que trasciende los muros del Congreso y las reuniones reglamentarias del mismo. Actúa así dentro de las funciones propias de su cargo y, por lo tanto, goza del privilegio que le otorga el artículo 106 de la Constitución Nacional

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada: Acta número 55.

Vistos:

De plano procede la Corte a pronunciarse sobre el conflicto positivo de competencia surgido entre el Presidente del honorable Senado de la República y el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bogotá, dentro del proceso seguido contra el doctor *Jorge Sedano González* por el presunto delito de calumnia.

I. Antecedentes y actuación procesal:

1º El señor Germán Montoya Vélez, denunció ante el Juez Penal Municipal de Bogotá (Reparto) al doctor Jorge Sedano González por el delito de calumnia habiéndole correspondido el conocimiento del asunto al Juzgado Segundo Penal Municipal de esta ciudad.

2º Los hechos que el querellante considera constitutivos de delito los relata así:

"El día miércoles dos de diciembre del año en curso, se llevó a cabo en el Capitolio Nacional, una Junta de Parlamentarios del Partido Conservador, con el objeto de tratar diversos aspectos atinentes a la posición política de esa agrupación banderiza, frente al Gobierno en la que, entre otras imputaciones falsas, el denunciado afirmó lo siguiente: 'El señor Germán Montoya ha robado' ".

3º El querellante adjuntó, la versión magnetofónica de la Junta de Parlamentarios Conservadores de diciembre 2 de 1987, que dice así en su parte pertinente:

"*Junta de Parlamentarios Conservadores diciembre 2 de 1987. Orden del día.* 1º... 2º... 3º... 4º... 5º... 6º... 7º...Jorge Sedano

González: Para solicitarle al doctor Fabio Valencia, sin pretender darle directivas de como debe ser su exposición. Que nos haga un informe pormenorizado de la parte procedimental utilizada para la citación del Director Administrativo de la Presidencia de la República, doctor Germán Montoya en la Comisión Cuarta, significándonos cada uno de los incidentes en esa citación, y las maniobras que utilizó tanto el señor Germán Montoya, como el señor Papamija, como el señor García Romero. Con mucha claridad con la finalidad de que nos ilustre sobre este aspecto, porque a mí me parece que lo fundamental para la explicación que debe recibir esta Junta de Parlamentarios, y para la decisión posterior; es el aspecto de burla al reglamento, y las trabas que como impedimento han querido poner a un debate sobre la moral pública del actual Gobierno. Perdóneme que lo haya interrumpido doctor Valencia".

"Señor Presidente, lo que va a tratar hoy la Junta de Parlamentarios Conservadores con la presencia de los periodistas, y de otros partidos políticos. Es de tal manera importante, que yo quisiera rogarle al doctor Fabio Valencia, que procediéramos despacio. Lo mismo le pido al señor Presidente. Es que en esto hay dos aspectos perfectamente diferenciales. Es el arropello del Partido Liberal colombiano auspiciado desde la Presidencia de la República, a través de su Director Administrativo para que se silencie al Congreso. Y otro es el aspecto del contenido del doctor Fabio Valencia. Yo no juzgo aún el contenido del doctor Fabio Valencia. Lo que debe entrar primero esta Junta de Parlamentarios es a decidir cuál es la posición del partido frente al abuso del ejecutivo ante una citación hecha por un parlamentario. En primer término se ha dicho que no fue precedente la citación del parlamentario Fabio Valencia Cossio. El reglamento es claro. El artículo 8º de la Ley de 1963 dice: *Las comisiones constitucionales permanentes podrán requerir la asistencia de los funcionarios de la Administración Pública y de los organismos o institutos descentralizados o en que tenga parte el Estado para la discusión de proyectos de ley, o el estudio de asuntos relacionados con sus funciones*".

"El doctor Fabio Valencia acusará al doctor Germán Montoya de depredador del Tesoro Público. Ese es un asunto relacionado con sus funciones, o sea que Fabio Valencia tiene derecho como parlamentario a hacer la citación. Pero con malicia indígena, el señor Papamija firmó con él, para después en una forma de espionaje parlamentario, decir que su citación era improcedente. El Presidente de una Comisión, García Romero con Papamija, y otros parlamentarios, fraguaron la forma de como el debate de Valencia Cossio no se llevara a efecto. Y finalmente el Presidente de una Comisión, con Papamija visitó al señor Germán Montoya en su oficina de la Presidencia de la República".

"Preguntó: Germán Montoya no le contó al Presidente de la República, no le contó sobre lo que iba a suceder en el Congreso? Lo hizo, sin que en las altas esferas del Ejecutivo se supiera la calidad, la cantidad y el procedimiento de la acusación".

"Es que lo que está en juego no es lo quo va decir Valencia Cossio. Es el derecho del Congreso, y el derecho de este partido a través de un ilustrado miembro del Partido Conservador, de decirle al Gobierno

algunas cosas que suceden sobre la moralidad pública. Entonces, perdóneme doctor Valencia Cossio, no corra tanto. Esto es tan importante que usted no puede soltarnos ya su debate preparado".

"Celebro la presencia de la UP, celebro la presencia de los periodistas. Señor Presidente, entremos a discutir primero qué debe hacer el partido, como partido frente al hecho de que se le ha burlado su derecho de presentar una acusación formal en la Cámara, ante un funcionario que es el palio del señor Virgilio Barco Vargas. De tal manera señor Presidente, doctor Valencia Cossio, no corra. Esto es de mucha importancia para los derechos del partido en el Parlamento. Es que nos han silenciado. Entonces no busquemos el camino de que el debate lo vamos a hacer aquí, simplemente así. Como en la transpuerta. Es que nosotros tenemos que acordar una táctica para que estos debates se oigan en plenaria, o se oiga en una comisión, pero que se oiga, de lo contrario no hay razón para que el Congreso siga contando con la presencia del Partido Conservador".

"La cantidad de presencia del Partido Social Conservador, la vamos a decidir primero, pero cualquiera que sea, nosotros tenemos que condicionar la presencia del partido a que este debate se haga, en estas sesiones ordinarias. No existe esa posiblidad? hacemos el debate público. Pero primero el derecho del Parlamento, y primero el derecho de los parlamentarios. Sí, el doctor Valencia Cossio tiene la bondad, permítase que se discuta. Yo se que usted con Darío Ordóñez han hecho un trabajo largo, han hecho un trabajo serio; que lo que usted va a presentar en el Congreso no es un cuento, sino la prueba fehaciente, clara *de que el señor Germán Montoya ha robado los dineros del Estado, que es el palio del Presidente. Que el Presidente sabe que roba y el Presidente lo tiene a su lado.* Eso es un debate sobre la moralidad del régimen, por lo tanto no se puede hacer en la trastienda de la República, sino que debe ser oído en plenaria, ser oído en una comisión. Usted puede ser oído porque el Partido Social Conservador tiene la obligación de dejarse oír; por lo tanto doctor Valencia, permítanos discutir ese aspecto. Primero adoptemos una táctica, y si lo que se dice es que usted hable aquí, pues habla aquí. Pero que sea el partido el que decida que va a hablar en la trastienda. Pero lo importante de esto *es que la República, que el país sepa que hay ladrones en el Ejecutivo, protegidos por el Presidente de la República, amparados por el Presidente de la Comisión Cuarta, auspiciados por el señor Papamija,* que en almuerzos, en visitas a la misma Presidencia de la República, han acordado que no se haga el debate, porque ese debate demostrará *la podredumbre del régimen.* Entonces hagamos el debate, pero discutamos señor Presidente, cuál es el procedimiento que va a utilizar el partido..."

4º Mediante providencia de 24 de febrero de 1988 el Juzgado Segundo Penal Municipal se abstuvo de iniciar proceso penal por considerar que no existía el delito de calumnia decisión que fue recurrida en reposición y subsidiariamente en apelación por el señor Montoya.

5º El Juzgado Segundo Penal Municipal, no repuso el auto impugnado y envió el asunto al Circuito Penal para efecto del recurso de apelación, juzgado que al resolver el asunto dispuso revocar el inhibitorio y abrir la correspondiente investigación penal.

6º Iniciado el proceso el Senador doctor Jorge Sedano, le solicita al juez decretar la nulidad por incompetencia de la justicia ordinaria, por razón de la inviolabilidad que lo ampara. Esta solicitud fue negada por el despacho judicial en providencia del 13 de junio de 1988 por considerar que Sedano González, no se encontraba en ejercicio de su cargo (fl. 101).

7º El día 18 de julio de 1988, el señor Presidente del honorable Senado de la República plantea al juez la competencia privativa para la investigación y juzgamiento de los miembros del Senado por esa Corporación, por las opiniones y actos cumplidos en ejercicio de sus cargos.

8º El Juzgado Penal Municipal, en providencia de 21 de julio no accedió a lo solicitado por la Presidencia del honorable Senado de la República aceptando así la colisión positiva de competencias que procede a resolver la Corte.

II. La colisión de competencias:
Competencia de la Corte para dirimirla:

Como el señor representante de la parte civil en el proceso penal, en memorial dirigido a esta Corporación afirma, que en el presente caso no existe colisión de competencias porque para que ella exista "es menester que quien la propone positiva o negativamente sea juez". "Se es juez porque se administra justicia, se dice el derecho, función inherente, sólo exclusiva y excluyente a las personas o institutos que por constitución y la ley han sido encargados de tal misión". "La función de administrar justicia sólo radica en el juez, en términos absolutos y generales, de que trata el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, y excepcionalmente se otorga dicha función a las personas que la Constitución determina".

No comparte la Corte los planteamientos del memorialista porque es indudable que la administración de justicia, también la ejercen algunos organismos y personas distintas a la Rama Jurisdiccional, como muy bien lo explica el mismo representante de la parte civil cuando afirma la realización de esta actividad, excepcionalmente por personas diferentes que la Constitución y la ley determinan.

Así, en reciente decisión esta Sala reconoció el carácter de jurisdicción especial que le cabe al Congreso de la República al afirmar que "la Constitución establece unos juzgamientos para altos dignatarios del Estado (juicios de responsabilidad por mal desempeño de funciones, por indignidad o por mala conducta) artículo 68-7 del Código de Procedimiento Penal, en donde exige la intervención del Congreso (art. 97 Nº 2 y 3 Constitución Nacional) bien para que haga el juzgamiento o para que simplemente permita hacer el que corresponde a la Corte Suprema de Justicia, *constituyendo una verdadera jurisdicción especial*" (Auto de 30 de agosto de 1988. Sala Penal).

Lo previsto en el artículo 106 de la Constitución Nacional, reafirma la existencia de esa jurisdicción especial, como expresión del derecho político, al establecer esta norma la inviolabilidad de los Senadores y

Representantes, su responsabilidad ante la Cámara a la que pertenezcan y la competencia privativa del Congreso para penarlos conforme a su reglamento.

Si se negara la posibilidad de trabar el conflicto de competencias, se estaría haciendo nugatorio e inane el principio establecido en el artículo 106 de la Constitución Nacional, en cuanto le quitaría la posibilidad a las Cámaras de *pretender* el juzgamiento y sanción de sus miembros por las causas allí establecidas, como un reconocimiento del derecho político y convertiría su competencia en un fenómeno residual, dependiente de la justicia ordinaria, concretamente del juez ordinario de conocimiento, quien definía sin discusión alguna cuándo el asunto es de su competencia y cuándo lo envía a la Cámara respectiva. Ese no es, en criterio de la Corte el espíritu de la norma constitucional aludida, ni es tampoco el camino hermenéutico que permita un desarrollo adecuado de esa disposición constitucional.

Reconociéndose entonces la jurisdicción especial que ejerce el Congreso de la República es pertinente declarar que está correctamente planteado el conflicto de competencias entre éste y la jurisdicción ordinaria y que le compete a la Corte Suprema de Justicia resolverlo conforme al Código de Procedimiento Penal (68-6).

III. La solución del conflicto:
Consideraciones de la Corte:

Para las soluciones del conflicto planteado deben hacerse algunas precisiones:

1º El artículo 106 de la Constitución Nacional que a la letra dice: "Los Senadores y los Representantes son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo. En el uso de la palabra sólo serán responsables ante la Cámara a que pertenezcan; podrán ser llamados al orden por el que presida la sesión y penados conforme al reglamento por las faltas que cometan". Debe entenderse dentro del marco del estado de derecho, como un desarrollo del principio de la autonomía y del equilibrio de las Ramas del Poder Público y constituye valioso instrumento en la definición de la democracia siendo en nuestros días uno de los más importantes derechos de la oposición y de las minorías políticas en el Congreso de la República.

2º La actividad política democrática, que en términos generales se concibe en torno al poder, como posibilidad de dirigir el Estado bajo determinadas concepciones ideológicas y programáticas, o ser alternativa cierta para acceder a esa dirección, exige la presencia de mecanismos, que a manera de balanzas, controlen y regulen el ejercicio del poder para que no se torne absoluto y arbitrario en unos casos o caótico en otros.

3º En este orden de ideas, es que se concibe la actividad parlamentaria como expresión de las luchas políticas; allí tienen su escenario natural los diferentes grupos políticos, los que apoyan un Gobierno determinado y los que lo combaten y controlan; dentro de esa concepción se entiende entre otras la atribución que tienen las Cáma-

ras de citar a los miembros del Gobierno para que expliquen sus actividades, de iniciar debates y cuestionar actuaciones en la más sana crítica purificadora.

4º La vitalidad de un sistema político está intimamente relacionada con estas prácticas democráticas que imponen el riguroso control del ejercicio del poder, la posibilidad de la denuncia oportuna de las malas prácticas y de los comportamientos viciosos. Es por ello propio de los sistemas democráticos la necesaria disponibilidad de los funcionarios para que como en una vitrina pública sean examinados por sus actuaciones permanentemente sin tapujos y sin contemplaciones.

5º Es precisamente dentro de ese marco, donde se entiende el artículo 106 de la Constitución Nacional que le garantiza a los Senadores y Representantes el ejercicio de su actividad con libertad, sin temores al emitir sus votos u opiniones, sujetándose lógicamente al decoro y la decencia por cuya violación deberán responder ante su propia Cámara. Se trata de una prerrogativa, de un privilegio y de una facultad de los Parlamentarios, en el sentido de que no serán responsables por sus votos y opiniones en el ejercicio de su cargo y que podrán decir cosas en ocasiones urticantes y molestas, sin responsabilidad, en el cumplimiento de sus actividades.

6º Claro está que esta prerrogativa no es absoluta, está circunscrita a las opiniones y votos de los Congresistas en el ejercicio de sus cargos; se ha sostenido en este caso y es ese el punto fundamental de la controversia entre las dos jurisdicciones, por una parte, que el ejercicio del cargo de los Congresistas está rigurosamente circunscrito a los debates oficiales y a las reuniones reglamentarias del Congreso, tesis que sostiene el juzgado y la parte civil, al tiempo que la Presidencia del honorable Senado afirma su opinión de que el ejercicio del cargo va más allá de la mera actividad reglamentaria del Congreso.

Para la Sala, la cuestión debe resolverse por la tesis amplia, la condición de Senador o Representante implica una investidura y una actividad que trasciende los muros del Congreso y las reuniones reglamentarias del mismo. El Congresista en su actividad, en el ejercicio del cargo, participa en debates, reuniones políticas con miras a sus fines Parlamentarios en los que no puede ni debe desprender de su alta investidura y sus opiniones en tales circunstancias son las de un Senador o Parlamentario que goza del privilegio que le otorga el artículo 106 de la Constitución Nacional.

7º Pero el caso que hoy se resuelve es aún más claro, los hechos sucedieron en el ámbito de una clásica actividad Parlamentaria, en una "junta preparatoria" que en otros términos es la reunión de trabajo previa, propia de la dinámica de los partidos en su actividad Parlamentaria. Allí se reunieron Congresistas en función de su labor y sería necio dudar que quienes en ello participaron cumplían funciones propias de su cargo.

Así las cosas, se tiene que la actividad desplegada por el Senador de la República doctor Jorge Sedano González, el día miércoles 2 de diciembre de 1987, en cumplimiento de la Junta Parlamentaria del Partido Conservador, está dentro de las funciones propias de su cargo

y por lo tanto corresponde al honorable Senado decidir lo pertinente sobre su comportamiento.

Las precedentes razones son suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelva:

1º *Dirimir* la colisión de competencias surgida entre el honorable Senado de la República y el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bogotá, en el sentido de afirmar que es competente el primero de los nombrados para conocer de los hechos denunciados.

2º Comuníquese inmediatamente esta decisión al Juzgado Segundo Penal Municipal de Bogotá para efectividad de lo resuelto por la Sala y envíese copia de esta providencia a la Presidencia del honorable Senado de la República.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

MINISTERIO PUBLICO. CASACION

Sólo cuando ha sido recurrente el Fiscal respectivo, el Ministerio Público tiene facultad para proponer nulidad, porque de otra manera implicaría una nueva posición y ampliación de la demanda

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 055.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Claudio Cruz Martínez* contra la sentencia de 8 de septiembre de 1987, por medio de la cual el Tribunal Superior de Armenia (Quindío) confirmó en su integridad el fallo de primera instancia dictada el 9 de junio de ese mismo año por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Calarcá que condenó a aquél a la pena principal de 36 meses de prisión y demás accesorias del caso. Las determinaciones anteriores fueron adoptadas por encontrársele responsable de hurto agravado en perjuicio de su cuñada Teresa Zamora viuda de Cruz, en hechos ocurridos en Calarcá en el mes de junio de 1985.

Hechos:

Durante el mes de junio de 1985, cuando Buenaventura Cruz se encontraba hospitalizado en Bogotá, su cónyuge Teresa Zamora de Cruz recibió en Calarcá —lugar de residencia del matrimonio y debidamente autorizada— de manos del señor Federico Morales la suma de $ 537.000.oo para cancelar el crédito a su cargo y a favor de Buenaventura Cruz, en presencia de su cuñado Claudio Cruz y de su hijo. Por ser esta persona analfabeta y de edad avanzada Teresa de Cruz entregó a Claudio el dinero para que lo contara y una vez revisado salieron con éste para depositarlo en la cuenta de su marido en el Banco Central Hipotecario de esa ciudad. Pero la consignación no se hizo en la cuenta mencionada sino en la perteneciente al procesado. Enterada doña Teresa de Cruz de esta irregularidad le reclamó y obtuvo la devolución de $ 300.000 en julio de 1985 según el recibo existente y negándose el procesado a cancelar la diferencia, situación

que la perjudicada en calidad de heredera de su marido, quien murió poco después de los hechos, procedió a formular la correspondiente denuncia mediante apoderado.

Actuación procesal:

Iniciada la investigación, se escuchó en indagatoria al procesado quien manifestó que la suma referida la recibió autorizado por su hermano Buenaventura Cruz, para atender gastos de él y quien si bien posteriormante, ante los reclamos de la denunciante, accedió a entregarle $ 300.000, quedando a paz y salvo con ella según la constancia correspondiente.

El doctor Evelio Ospina, quien tramitó el juicio sucesorio de Buenaventura Cruz, declaró que conforme al testamento, cuya copia obra en autos, los dineros existentes a la muerte del causante correspondían a su viuda y que enterado de lo referente a la suma reclamada se logró que el procesado devolviera la cantidad expresada.

El juez instructor resolvió la situación jurídica del incriminado en el sentido de disponer su detención preventiva concediéndole la libertad caucionada, medida que apelada por su defensor fue confirmada por el Tribunal. La investigación se calificó con enjuiciamiento para el procesado por hurto calificado y agravado por la inferioridad de la víctima y por haber abusado de su confianza (arts. 349, 350, 351 Código Penal). Dentro del término probatorio se practicaron las diligencias solicitadas por la defensa entre éstas la ampliación de las declaraciones de familiares de la denunciante. Efectuada la audiencia se dictó el fallo de primera instancia, confirmado por el Tribunal, de acuerdo con la petición de la Fiscalía, mediante la sentencia recurrida ahora en casación.

La demanda:

Anota el demandante que la sentencia del Tribunal carece de motivación seria y de análisis probatorio suficiente, e invoca la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial, conforme al artículo 580 del Código anterior y con base en la misma propone los cargos que se procederán a resumir y examinar en el orden del caso.

Primer cargo: Lo formula el actor por "...violación indirecta de la ley sustancial como consecuencia de error de derecho en la apreciación de la declaración de indagatoria rendida por el señor Claudio Cruz Martínez".

Hubo errada interpretación de dicha versión por falso juicio de convicción al darle un alcance distinto al que la ley le atribuye. También obraba en favor del procesado su edad avanzada y el ser analfabeta. Observa que las declaraciones de Raimundo Montañez y otros testigos, confirman el dicho del incriminado en cuanto a que debió atender a su hermano y sus negocios, por su solicitud y porque su cónyuge le negó sus cuidados y tuvo intención de abandonarlo. Y aun-

que no existe prueba directa de que el enfermo autorizara la apropiación de los dineros, los hechos relativos a las circunstancias expuestas por el acusado como productores de dicha decisión lo confirman.

En tal forma existe error de derecho al rechazar la explicación de aquél no desmentida sino ratificada por la advertida prueba testimonial.

Manifiesta que el doctor Rico Villegas sólo conoció los hechos por relato de su poderdante, que es la denunciante y supuesta ofendida. Compara el testimonio de ésta y el de su apoderado y anota las diferencias existentes. Pues según Teresa de Cruz el dinero lo recibieron el acusado y su hijo y el abogado comenta que lo recibió ella y se lo entregó a estos últimos; ella no sabe a qué banco fueron pero sí lo indica su apoderado. Y en cuanto a la libreta el apoderado dice que Cruz se la devolvió a la denunciante y ésta que posteriormente consiguió recuperarla. Por esta contradicción estima que debe desecharse el dicho de Carmen Rosa Martínez de Pineda, por no merecer credibilidad ya que no hay acuerdo en estas circunstancias.

Además observa que no es verosímil la maniobra engañosa afirmada porque sólo el causante Buenaventura Cruz Martínez —no el procesado ni la denunciante— tenía cuenta en el Banco Central Hipotecario y así no es creíble que los últimos acudieran a esa entidad para el depósito, consignando Claudio Cruz lo recibido sin embargo en su cuenta y afirmándole a la denunciante que el depósito se había realizado en aquel banco. Lo cual ratifica el dicho del procesado en cuanto a que varias veces estuvo en esa institución para gestiones a nombre de su hermano, pero no para hacer tal consignación y también que no fue con su acusadora a entidad alguna para tal depósito. Y agrega que el dicho del apoderado en la sucesión, doctor Evelio Ospina confirma lo relativo a la transacción plenamente demostrada (fl. 65).

Los sobrinos de la denunciante no estaban en el momento de los hechos y no les constan las disposiciones del causante. Y, así, no contrariado sino ratificado el dicho del acusado, al desecharlo se incurrió en el error de derecho anotado.

Segundo cargo: "Violación indirecta de la ley sustancial como consecuencia del error de hecho en la no apreciación de la prueba documental que contiene el contrato de transacción".

Anota el actor que existe error de hecho por no estimar prueba legalmente producida. Conforme ocurre con el documento incorporado a los autos en cuanto a entrega a la denunciante de parte de la suma reclamada, a la cual se refiere tal recibo, el apoderado en la sucesión y el testigo que lo firmó por ruego. Concluye que el contrato de transacción está contemplado en la legislación civil (art. 2469 C. C.) y no puede ser desconocido por las partes (art. 1602 C. C.), si se celebró por personas capaces sobre un derecho privado, no tiene objeto o causa ilícita ni ha sido invalidado judicialmente y por lo tanto exime de responsabilidad al procesado.

Tercer cargo: Consiste conforme a la demanda en "...error de hecho en la apreciación de pruebas inexistentes..." y se produce cuando se reconoce valor a pruebas que no han sido legalmente practicadas y no obran en el proceso.

Afirma el actor que no obra la prueba de la apropiación del dinero con las circunstancias agravantes deducidas, toda vez que no se acreditó la calidad de dueña de la denunciante, aunque el causante asignara en su testamento a su cónyuge los depósitos en cuentas de ahorro o en bancos, disposiciones que no podían aplicarse al momento en que Claudio Cruz recibió el dinero de la denunciante, pues, ésta no era dueña ni tenedora del mismo y tampoco lo fue con posterioridad a la muerte de su esposo. La disposición testamentaria no la hacía dueña porque era para el futuro y en este momento ya estaban en manos del procesado y no comprendía las sumas en poder de otras personas o créditos.

Si se afirma que eran del causante debe admitirse que no hubo cláusula testamentaria y no que por disposición inexistente perteneciera a su cónyuge y aún se requeriría su adjudicación en el juicio, hecho no ocurrido. Los falladores, sostiene, dedujeron la calidad de ajeno del bien referido de pruebas que no obran en autos, incurriendo en error de hecho. El sindicado afirmó que lo recibido pertenecía a lo no gastado en la enfermedad de su hermano y varios testigos aluden a que lo atendió y le prodigó los cuidados requeridos, sin que obre prueba contra esta afirmación.

Cuarto cargo: Se propone por "...error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial", por cuanto se dice que el apoderado doctor Ricó Villegas no es denunciante ni testigo y su poderdante Teresa Zamora de Cruz es simplemente denunciante. De suerte que la versión del profesional debe ser desechada y acoger el dicho de aquella como denuncia válida solamente en cuanto aparezca ratificada por otras pruebas.

Insiste en que las declaraciones de los sobrinos de la afectada y de Carmen Rosa Martínez no tienen valor probatorio de acuerdo a lo anotado. Los falladores sin señalar valor específico a dichas pruebas, en conjunto estimaron esos testimonios suficientes para condenar. Y afirma que en tal forma el Tribunal incurrió en error de hecho al considerar demostrado el delito y la responsabilidad con base en esas pruebas.

Quinto cargo: Lo concreta el actor a "...error de hecho al tener como probada la personería sustantiva o legitimación de la persona tenida como parte civil en el proceso..."

En este punto asegura que no existe prueba de que Teresa de Cruz haya sido en algún momento poseedora, dueña o tenedora del dinero, aspecto que observa fue ya comentado. Se tuvo como probada la legitimación de la parte civil, olvidando que conforme a las normas pertinentes (art. 2341 C. C., 24 y 125 C. de P. P.) la acción civil existe en favor de los perjudicados. Hubo error de hecho al reconocer valor a prueba que no fue legalmente practicada, que no obra en autos y con base en la cual se condenó al pago de perjuicios en favor de quien no acreditó personería.

Pide absolución porque no existe delito y el procesado ejerció actividad lícita.

Concepto de la Procuraduría:

Anota la Delegada fallas en la demanda puesto que en cuanto a los errores de hecho no indica los preceptos reguladores de la prueba infringidos, ni que el error resulte manifiesto, ni su incidencia y confundió el error de hecho con el de derecho, ya que la propiedad del dinero se dá por acreditado con el testamento, obrante en copia. Y sobre el error de derecho —afirma— no se indican las normas procesales, menos se demostró su quebranto como tampoco el efecto de estas pruebas en el fallo.

Pide se decrete la nulidad del proceso por fallas de carácter constitucional. Al respecto aduce que se enjuició por hurto, hecho que no corresponde a la realidad —cualquiera que sea la versión acogida— si en verdad los dineros los recibió el procesado por entrega voluntaria de quien tenía su disponibilidad jurídica en ese momento, como fue Teresa Zamora de Cruz tenedora del título crediticio.

Agrega que conforme a la versión de la cónyuge y denunciante, al morir el causante quedaron en poder del procesado los dineros dichos, pertenecientes a la sociedad conyugal, cuya mitad correspondía a los herederos y de la cual aquel devolvió parte. Así, concluye, al formularse la denuncia había recibido suma superior a lo que le tocaba y el resto pertenecía a los hermanos como herederos. No siendo aplicable la cláusula testamentaria, si a la muerte del causante no existía título o depósito sobre el dinero. Por tanto los hechos configuran infracción distinta, esto es apropiación de bienes de otra persona con error ajeno, conforme al artículo 361 del Código Penal.

De lo anterior deduce que la denunciante no sería querellante legítima, que la querella se formuló fuera del término (art. 324 C. de P. P., derogado) y la competencia correspondía a los jueces municipales (art. 58, Ley 2ª de 1984).

Sin olvidar que hubo transacción entre las partes que se pretendió desconocer con la denuncia, que sólo puede debatirse por las normas civiles ante la jurisdicción competente y sin que exista prisión por obligaciones civiles (art. 23 C. N.). Todo lo cual implica violación del artículo 26 de la Constitución por lo tanto impone anular el proceso desde su apertura.

Se considera:

Ya se vio como *el concepto de la Procuraduría a más de examinar los cargos propone nulidad total del proceso, para cuyo efecto analiza diferentes puntos algunos relacionados con planteamientos del actor.*

Se hace necesario entonces referirse, en primer lugar, a tales alegaciones, en razón de la interpretación jurisprudencial conforme a la cual cabe declarar las nulidades que aparezcan manifiestas, en el trámite del recurso de casación, aunque no hayan sido invocadas por el

actor. Análisis que debe hacerse preferentemente, pues de establecerse la nulidad y procediendo su declaración sería innecesario examinar las restantes acusaciones. Sin embargo cabe advertir que tales alegaciones son admisibles o tienen cabida únicamente en cuanto se dirijan a la finalidad expresada de demostrar una situación de invalidez, ya que de otra manera implicarían una nueva posición y ampliación de la demanda, inadmisible porque el Ministerio Público no tiene esta facultad sino cuando ha sido recurrente el fiscal respectivo.

El concepto fiscal funda la nulidad en la norma constitucional referida y observa que los hechos no configuran hurto, cualquiera que sea la posición que se acepte de las opuestas que presentan las partes, dado que los dineros los recibió el procesado por entrega voluntaria de la denunciante y tenedora. Cumpliéndose así delito diferente y previsto en el artículo 361 del estatuto penal.

Si se estima, como se afirma, que el acto del procesado no constituye infracción por tratarse de un acto voluntario de parte de la tenedora, la argumentación sería improcedente dentro de la causal alegada (nulidad) puesto que correspondería a la primera. Además de que no podría examinarse porque, como ya se expresó, constituiría ampliación de la demanda, sin tener facultad para esa eventualidad. Por otra parte sería aspecto que debería examinarse en relación con la impugnación del actor.

Entendida como errada denominación jurídica, que constituiría causal de nulidad legal (art. 210 C. de P. P. derogado), tampoco se demuestra, porque el cargo es el de haberse apropiado el acusado de suma que recibió únicamente para su depósito inmediato en la cuenta del dueño del dinero, actuación que se ajusta a la definición legal del hurto conforme se calificó y falló el proceso, resultando exacta y sin existir por lo mismo nulidad.

Por las mismas razones no puede hacerse referencia a querella, ni a la invalidez derivada de su inoportuna presentación o de trámite por funcionario incompetente.

En cuanto al argumento de que por pertenecer tal suma a la sociedad conyugal sobre la que tendría en parte derecho el acusado, para concluir en que pudo incurrir en la infracción ya señalada, no cabe acepiarlo en relación con la nulidad, por las consideraciones precedentes. Y considerado separadamente, es aspecto que si bien coincide en alguna forma con las alegaciones del recurrente, como es el caso de la inaplicabilidad de la cláusula testamentaria, resulta pertinente examinarlo en relación con aquellas, por las razones antes esbozadas.

Y lo propio puede decirse en cuanto al efecto de la transacción que se alega, por ser materia de fondo y cuya proposición resulta improcedente, ya que se relacionaría con apreciación probatoria y violación indirecta de la ley, que no tiene cabida en la nulidad dentro de cuyo marco se formulan las alegaciones examinadas.

No tiene por lo tanto viabilidad legal la nulidad propuesta.

2º Sentado lo anterior corresponde estudiar los cargos formulados por el demandante. Observa la Procuraduría diversas fallas al res-

pecto, entre estas anota que no se indica que los errores fueran manifiestos ni su incidencia en la providencia censurada, sin dejar de advertir confusión en los planteamientos. Sin embargo, conforme al libelo referido, el demandante insiste a través de sus diferentes alegaciones en la naturaleza y alcance de los errores que reconoce y que en su criterio conducen a la infirmación del fallo, para pedir la absolución de su representado. Y en cuanto a la propiedad de la suma de dinero también alega, como aspecto sustancial diferentes errores de apreciación probatoria para deducir que no pertenecía a la denunciante.

Es cierto que existe la falla del libelo de no citar los preceptos procesales violados. Mas como de los planteamientos se desprende la referencia a las normas respectivas, como el alegar que la indagatoria o descargos del acusado debe aceptarse en cuanto no resulten desvirtuados, o el valor del documento reconocido y aportado y otros semejantes, no es suficiente razón para prescindir del examen de los cargos referidos.

El primero de estos se concreta al desconocimiento del dicho del acusado, con efecto de error de derecho por falso juicio de convicción ya que, en concepto del actor, al no resultar desvirtuado sino apoyado en diversos indicios, debía acogerse.

Cabe advertir que la indagatoria del incriminado contiene su explicación frente a situación demostrada, como es la de haber recibido y dispuesto de la suma de dinero que le entregó la denunciante conforme aparece de otras pruebas. De suerte que la indagatoria no era la única prueba al respecto, ni debía ser acogida por los falladores en todas sus manifestaciones, puesto que estaba sometida a la crítica correspondiente para deducir si la aseveración suministrada resultaba confirmada o por el contrario no tenía asidero procesal, tal como lo efectuaron los jueces de instancia para llegar a rechazarla.

Desde otro punto de vista no se demuestra el error de derecho, porque los falladores no se limitaron a desconocer a la prueba el valor que la ley le reconoce, sino que efectuaron su análisis en forma amplia para adoptar la conclusión indicada.

Un más detenido examen de las razones expresadas por el actor demuestra claramente lo anotado.

Si se alega también en favor del acusado su ignorancia por ser analfabeto, se debe anotar a propósito que esto no le impidió asumir la conducta conocida, es decir tomar el dinero y dar las explicaciones ya anotadas, cuestión que de ninguna manera ratifica su dicho, factor que sí existe en cuanto a la ofendida, y por lo tanto engañada. Tampoco se desvirtúa la sentencia en cuanto al efecto de las pruebas recibidas en el término probatorio porque aunque los testigos se refirieron al auxilio que prestó el incriminado a su hermano con motivo de su enfermedad, esto no permite concluir, como lo admite el juzgador, que se demostrara abandono por parte de la cónyuge al enfermo, a quien en Bogotá le prestó la debida asistencia, situación ratificada por su consanguínea Carmen Rosa Martínez de Pineda (fl. 142) aclarando, además, que los gastos se hacían con dinero de propiedad de Buenaventura Cruz, suministrado al procesado.

Por manera que no acreditado plenamente el presunto abandono, existiendo por el contrario prueba que sostiene el auxilio de la denunciante a su esposo y sin obrar prueba directa alguna —como lo anota el juzgado— de la autorización al procesado para disponer del dinero, no es posible inferir de aquella situación no demostrada y dar por corroborado el descargo de Claudio Cruz.

Tampoco tiene incidencia lo relativo a la versión del apoderado de la parte civil, quien expresa la versión de su cliente, reiterada por ésta en forma enfática, sin que se haya desconocido su posición de denunciante. En cuanto al recibo sobre el reintegro de parte del dinero no es cosa ignorada por las instancias sino que no se le dio el valor que le asigna el actor, considerando por el contrario, que vista la explicación de Claudio Cruz, de habérsele autorizado para disponer del mismo, no se conoce la razón que lo llevó a acceder a la devolución si en verdad no había motivo para proceder así.

Las diferencias que se anotan en las versiones en cuanto a la entrega del dinero, carecen también de consecuencia porque no se ha desconocido que lo recibió la denunciante y lo entregó al acusado para su depósito, siendo este el hecho sustancial, corroborado por el no menos diciente de que era ella la poseedora del título de crédito que fue devuelto al deudor.

Por otra parte no bastaría la simple disparidad en cuanto a la posesión de la libreta de la cuenta de ahorros, para descalificar totalmente la versión de la testigo Carmen Rosa Martínez o la de los sobrinos de la denunciante por no haber estado presentes en el momento del pago de la deuda, ya que estos deponentes se refieren a hechos que les constan o a la versión que escucharon de la denunciante, argumento mediante el cual no cabe entender ratificada la explicación del incriminado. Igual cosa puede anotarse a la declaración del apoderado en la sucesión, quien solo se refiere al reclamo por el dinero y a la parcial devolución realizada.

Respecto a la observación de ser inverosímil la maniobra engañosa afirmada en la denuncia, es suficiente asegurar que la cuenta de ahorros estaba abierta a nombre de los cónyuges, es decir, que incluía a la denunciante Teresa de Cruz, como aparece acreditado en documento agregado en autos (fls. 4 y 5 cdno. parte civil), de donde resultaba perfectamente corriente que aquella pretendiera depositar el dinero en la referida cuenta, como tenedora del mismo y del documento de crédito respectivo. Lo cual da apoyo a la versión de la denunciante, representa un acontecer normal y no ratifica la reiterada declaración del procesado.

No cabe por tanto admitir el error de derecho que afirma el actor.

3º Radica el segundo cargo en error de hecho por falta de apreciación del recibo firmado por la denunciante, en cuanto acreditan un contrato de transacción.

Al respecto debe anotarse que los jueces tanto de primera como de segunda instancia, tuvieron en cuenta dicha prueba como ya se dijo, pero sin admitir que pudiera exonerar al inculpado, motivo asaz para rechazar el cargo.

Debe, agregarse además que la pretendida transacción de la devolución del dinero y declaración de paz y salvo, no podía hacer desaparecer la inicial ilicitud del acto, constitutivo de delito y por lo tanto sometido a la jurisdicción penal. Ni podría tener relevancia la sola voluntad de las partes, para validar, subsanar o legitimar una conducta irregular que significó indebida apropiación de bien ajeno, no obstante la autenticidad del documento, pero cuyo efecto probatorio es diferente como se anotó en anterior alegación.

4º Tampo cabe aceptar el error de hecho por dar por demostrada la propiedad del dinero con prueba inexistentes, lo mismo que las circunstancias deducidas, como se colige de todo lo anteriormente explicado.

Partió el fallador de la cláusula testamentaria según la cual se adjudicarían a la cónyuge "... todos los valores representados en efectivo, saldos en bancos o corporaciones y títulos de todo orden que pueda tener a mi favor...", conforme a copia del acto respectivo debidamente agregada (fl. 91). Y como es obvio si estaba autorizada para recibir el pago y tener el dinero, ya en efectivo o bien consignado como depósito, quedaba comprendido en la disposición testamentaria y podía reclamarlo como de su propiedad la denunciante al tener vigencia la voluntad del causante.

Lo anterior permite deducir la falta de fundamento del cargo, puesto que si el testamento sólo producía efecto al deferirse la herencia y la denunciante no era dueña en momento anterior, existía, por lo ya expuesto, situación que le daba el derecho al producirse la muerte de su cónyuge. Y el que se le modificara tal situación por el acto ilícito del procesado, no cambiaba lo expresado ni menos podría hacer desaparecer la conducta de apropiarse de lo que no le correspondía.

Por las mismas razones no cabe negar la asignación testamentaria, ni que se requiriera para entender que pertenecía a la afectada, su inclusión en la partición herencial, no realizada en razón del acto irregular del encausado.

5º Las consideraciones aducidas anteriormente en cuanto a los testimonios de la denunciante y su apoderado, no demuestran el error de derecho alegado, si bien establecido está que el doctor Rico Villegas no hizo sino referir lo comunicado por su representada Teresa de Cruz y esta denunció los hechos conocidos, claro está comprobados a través de otros medios, entre estos los testimonios citados por el demandante.

Tampoco existe el error de hecho en cuanto a estas últimas pruebas, pues no aparece el yerro manifiesto con que procedió el juzgador a apreciarlas. Así aparece que la impugnación solamente ostenta el criterio del casacionista enfrentado al de aquel.

6º El último cargo referente a la ausencia de legitimación de la denunciante para intervenir como parte civil carece igualmente de apoyo, porque esta acusó por conducta de la cual se derivaba en su contra claro perjuicio y le daba derecho a intervenir en la calidad expresada, tanto que así fue reconocida a su debido tiempo. Aspecto

que aparece aún más claro si se tiene en cuenta la decisión del proceso. Fundándose, por otro lado, esta alegación en supuestos que también fueron rechazados por ser igualmente irrelevantes jurídicamente.

Conforme a los razonamientos consignados, no prosperan los cargos presentados.

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

Resuelve:

Rechazar la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CASACION. Procedimiento

La decisión plural al conceder el recurso de casación, que consagra el estatuto procesal anterior, ha sido modificada por el vigente al disponer en el artículo 222 que será tomada por el Magistrado sustanciador y mediante auto de trámite. Cambio legislativo que indica la intrascendencia sustantiva de aquella formalidad

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 55 de septiembre 6 de 1988.

Vistos:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita de la Sala se decrete nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto de 5 de marzo de 1988, por medio del cual el Magistrado ponente del Tribunal Superior de Bucaramanga concedió el recurso de casación.

Consideraciones de la Corte:

1. *Como lo afirma el Procurador Delegado, para la fecha en que entró en vigencia el nuevo Estatuto Procesal Penal, ya se encontraba ejecutoriado el auto de cierre de investigación en este expediente, razón por la cual imperaba la aplicación del anterior Código de Procedimiento Penal de acuerdo con lo dispuesto por el precitado artículo 677 del Decreto 6050 de 1987.*

2. En estas condiciones, el auto que concedió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Otto Fonseca Arias contra la sentencia de segunda instancia de fecha 12 de febrero de 1988 dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, debía haberse dictado por la respectiva Sala de Decisión en los términos del artículo 575 del derogado estatuto.

3. *Es evidente la irregularidad en que incurrió el Magistrado sustanciador al conceder el recurso por auto unipersonal sin tener en cuenta que a pesar de encontrarse vigente para esa fecha el nuevo Código de Procedimiento Penal, la tramitación del proceso debía regirse por el anterior, pero esto no significa que impere declarar nulidad de lo actuado a partir de aquella decisión.*

4. *Ha sido jurisprudencia constante de la Corte respecto a las nulidades, que su declaratoria procede cuando el vicio es de tal magnitud que desconoce el esquema del proceso, o sea, que cualquier informalidad no puede ser objeto de esta máxima sanción procesal, lo cual haría verdaderamente inoperante la administración de justicia, pues, equivaldría a elevar a ideales términos la formalidad del proceso.*

5. *Así mismo ha sostenido la Corporación, que si bien las nulidades no persiguen el favorecimiento del procesado sino la legalidad de la actuación, es imperioso tener como parámetro básico el derecho de defensa, ya que si este no se ha vulnerado y la informalidad es tan simple que las garantías sustantivas y procesales permanecen incólumes carece de sentido práctico declarar la invalidez total o parcial de un proceso para que se cumpla con un rito que en nada va a alterar el fondo de la actuación.*

6. *Una vez concedido el recurso por el Magistrado ponente, esta decisión se notificó debidamente, al igual que sucedió con el auto por medio del cual la Corte admitió el recurso, se corrieron los traslados y el recurrente presentó la correspondiente demanda, esto es, que ningún desfavorecimiento para el procesado ni los demás sujetos procesales se ha presentado y el derecho de defensa se ha respetado en toda su amplitud.*

7. *La decisión plural que para estos eventos consagra el Estatuto Procesal anterior ha sido modificada por el vigente al disponer en el artículo 222 que será tomada por el Magistrado sustanciador y mediante auto de trámite; este cambio legislativo es claro indicador de la intrascendencia sustantiva de aquella formalidad, más aún si se tiene en cuenta que el análisis de su procedencia depende de factores puramente objetivos y que se encuentra sometida al posterior estudio de la Corte para efectos de la admisibilidad del recurso.*

8. *En este caso concreto, la impetración de nulidad no está llamada a prosperar, ya que como se analizó, la omisión acusada por el Procurador Delegado queda en el campo de las irregularidades sin fuerza suficiente para que sea afectada con tal clase de sanción; por tanto, no se decretará.*

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

Resuelve:

No decretar la nulidad impetrada por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal; en consecuencia, una vez ejecutoriada esta providencia, córrasele traslado del proceso para que emita el respectivo concepto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

En presencia de sentencia de primera, segunda o única instancia el tratamiento penitenciario adquiere su vigencia, por cuanto el artículo 68 del Código Penal no fue ni podía ser modificado por el Decreto 1853 de 1985 que fuera declarado inexequible en su totalidad, así como tampoco por el Decreto 050 de 1987

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 56.

Vistos:

Por vía de apelación, conoce la Corte de la providencia de fecha 26 de julio último, por medio de la cual el Tribunal Superior de Neiva negó al procesado doctor *Edgar Gerardino Rojas* el beneficio de libertad provisional que demandara con fundamento en el numeral 1º del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha solicitado de la Sala impartir confirmación a la providencia recurrida por cuanto los motivos aducidos por el procesado ante el Tribunal de instancia y por su apoderado en el trámite de la alzada ante la Corte, resultan totalmente improcedentes dado el estado actual del proceso y el fallo definitivo proferido por esta Sala el 8 de junio del presente año.

Consideraciones de la Corte:

En fallo de 8 de junio último esta Sala al revisar la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Neiva contra el doctor Edgar Gerardino Rojas, en su condición de Exjuez 3º de Instrucción Criminal de dicha ciudad, la modificó en el sentido de imponer al recurrente como pena privativa de la libertad la de veinticuatro (24) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas, por un período de cuatro (4) años y, por ser improcedente en su caso, le revocó el beneficio de la condena de ejecución condicional que el *a quo* le había otorgado, como autor responsable del delito de prevaricato.

Dijo la Sala en esa oportunidad:

"Tal como lo destaca el Procurador Delegado, el delito de prevaricato es uno de los hechos punibles mayormente reprochable por el impacto social que produce el abusar de la investidura de juez o de colaborador de la justicia para aplicar la ley cambiando torticeramente su letra y su espíritu. Administrar justicia, como suele afirmarse desde épocas inmemorables, es un don de Dios que exige por lo mismo excepcionales condiciones en los humanos seleccionados para cumplir tan altísima misión. Fallar con el ánimo protervo de contrariar la ley, cualquiera que sea el motivo determinante, no es simplemente adecuar el comportamiento al tipo penal respectivo, sino agotar una conducta grave en grado sumo por su propia naturaleza y por el menoscabo que origina a la nobilísima misión de administrar justicia. Comprobado dicho actuar no puede imponerse la pena mínima señalada en la norma, es necesario incrementarla razonablemente dentro de los extremos señalados..."

"De otra parte, pero dentro de este mismo orden de ideas, cabe destacar que el exjuez Edgar Gerardino Rojas ha sido procesado por hechos similares al aquí investigado e incluso hay constancia de haber sido llamado a responder en juicio y aun cuando tal acción prescribió, es una circunstancia claramente indicadora de no haber sido afortunada la administración de justicia en sus manos, aspecto relevante de una personalidad que sumada a la naturaleza y modalidades del hecho permiten fundadamente suponer que dicho procesado requiere de tratamiento penitenciario. Por ello, la Corte revocará la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional respecto del exjuez Edgar Gerardino Rojas y dispondrá que sea capturado para la ejecución de la pena a que se ha hecho acreedor".

El procesado al demandar el beneficio de libertad provisional ante el Tribunal Superior de Neiva, afirma que esta Corporación en el fallo comentado, involuntariamente o por considerar que en este caso era aplicable el procedimiento previsto en el Decreto 409 de 1971, no advirtió el mandato del numeral 1º del artículo 439 de la actual codificación procesal penal, que ha debido ser reconocido de acuerdo con el mandato constitucional de la favorabilidad de la ley.

El artículo 68 del Código Penal que tuvo en cuenta la Corte para negar el subrogado de la condena de ejecución condicional que le había sido otorgado por el Tribunal Superior de Neiva al procesado en la sentencia de primer grado, exige para la viabilidad de la excarcelación provisional por un periodo de prueba de dos a cinco años, que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión, requisito que se da en el presente caso y, que la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario.

Sobre los mismos supuestos, valorados de manera anticipada, permitía la Ley 2ª de 1984, artículo 44, numeral 3º el otorgamiento de la libertad provisional. Posteriormente, pero con mayor amplitud, el Decreto 1853 de 1985 mantuvo dicha posibilidad al disponer en su artículo 15 que "la excarcelación prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984, no podrá negarse sobre la base de que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario".

Es decir, que en la etapa del sumario y en la del juicio, antes de dictarse sentencia de primer grado, el juez no puede negar el beneficio de excarcelación so pretexto de que el procesado requiere de tratamiento penitenciario, mandato que se reprodujo en el numeral primero del artículo 439 del actual Código de Procedimiento Penal, norma que invoca el recurrente.

En otras palabras, antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, para la concesión del beneficio de libertad provisional, sobre el presupuesto de que se reúnen anticipadamente los requisitos de la condena de ejecución condicional, no se puede, hoy, en presencia de la norma citada, fundar su negativa en consideraciones relativas al necesario tratamiento penitenciario, o sea, que no es dable, entonces, analizar aspectos referentes a la personalidad del reo.

Pero, y ello debe quedar bien claro, en presencia de sentencia de primera, segunda o única instancia, tal requisito (tratamiento penitenciario), adquiere su vigencia, por cuanto el artículo 68 del Código Penal no fue ni podía ser modificado ni por el Decreto 1853 que fuera declarado inexequible en su totalidad por la Corte, así como tampoco por el Decreto 050 de 1987 (Nuevo Código de Procedimiento Penal).

En síntesis, el juez al momento de proferir sentencia, puede otorgar o no el subrogado de la condena de ejecución condicional luego del análisis de la gravedad del hecho y sus modalidades y, desde luego, de la personalidad del procesado.

En el presente caso, la Sala al modificar la sentencia de primer grado, dejó ampliamente consignados los motivos que la llevaron a revocar el subrogado y disponer la captura del doctor Edgar Gerardino Rojas para el cumplimiento de la pena que se le impuso, sin que sea procedente alegar el principio de favorabilidad de la ley en cuanto a la excarcelación, ya que, se repite, la causal de libertad provisional previstas en el artículo 439 de la actual codificación procesal penal, es aplicable exclusivamente en los casos contemplados en el Código Penal con sanción de arresto o que no excedan de tres años de prisión, hasta cuando se dicte sentencia de primera, segunda o única instancia.

Ahora bien. Debe la Sala precisarle al señor Defensor que en ningún momento la Corte en el fallo 8 de junio último, para negarle al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional tuvo en cuenta antecedentes penales que no existen por haber prescrito la acción penal. Lo que la Sala afirmó y resulta cierto, es que el doctor Edgar Gerardino Rojas fue, en otro proceso, comprometido en juicio criminal por similar conducta, lo cual constituye no un antecedente penal, sino "...una circunstancia claramente indicadora de no haber sido afortunada la administración de justicia en su manos...", es decir, circunstancia relativa a su personalidad que para la Sala, constituye motivo para afirmar el necesario tratamiento penitenciario.

Y en cuanto a la cita que presenta el memorialista sobre la posibilidad de reconocer el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, con posterioridad al fallo definitivo y ejecutoriado, si bien es cierto constituye posición respetabilísima de quien fuera integrante de esta Sala y maestro del Derecho Penal, no representa el pensar de la Corte en estas materias. La transcripción realizada por el señor

apoderado del procesado, corresponde al salvamento de voto que presentara el Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía en relación con la decisión mayoritaria de fecha 22 de octubre de 1980 (Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velázquez), la cual aún se mantiene y ahora se reitera en lo pertinente.

Ejecutoriada la sentencia definitiva y cuando en ella se ha decidido expresamente sobre el subrogado de la condena de ejecución condicional, no existe oportunidad distinta para volver a debatir el tema, salvo cuando, como lo destaca el Ministerio Público en su concepto, "...si para el momento del fallo tal beneficio estuviera excluido o prohibido por disposición legal para el caso concreto y posteriormente tal prohibición desapareciera..."

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, *confirma* la providencia recurrida de fecha, origen y naturaleza ya citados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

1º FALSEDAD EN DOCUMENTOS. CONCURSO

Para una correcta adecuación, el documento falsificado materialmente ha de tener la potencialidad de servir de prueba y debe ser utilizado por el agente. Esto no significa que tal uso debe ser necesariamente delictivo o que, cuando configure ilícito por sí mismo, éste se halle subsumido en el modelo contenido en el artículo 221 del Código Penal

2º FALSEDAD EN DOCUMENTOS

La conducta consistente en llenar espacios que en blanco se han dejado en el formato de un cheque, es comportamiento adecuable a la descripción típica actual de la falsedad en documento privado

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 053 del 23 de agosto de 1988.

Vistos:

Mediante sentencia de fecha veintisiete (27) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987), el Juzgado Primero Superior de Cali condenó a la procesada *Esperanza Rodríguez Yanguas* a la pena principal de veinte (20) meses de prisión, como responsable del delito de falsedad en documento privado. En fallo del veinte de octubre del mismo año, por su parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la sentencia en mención, y contra ella se interpuso el recurso extraordinario de casación.

Tramitado conforme a la ley el citado recurso, corresponde ahora a la Sala resolver lo que fuere pertinente con base en los siguientes:

Hechos:

La señora Esperanza Rodríguez Yanguas, para el año de 1984 se desempeñaba como empleada de la firma "Confecciones Yami Ltda." con sede en la ciudad de Cali. En razón de su cargo, la referida empleada debía, entre otras funciones, extender cheques para los diversos

pagos que se deberían hacer tanto en los talonarios de la empresa como en los de su propietario el señor José Heberth Aguirre, quien firmaba los mismos.

En tales condiciones, la señora Rodríguez Yanguas en alguna oportunidad emitió sobre un formulario en blanco un cheque por la suma de treinta y cinco mil doscientos pesos ($ 35.200.oo); en otra ocasión, emitió otro instrumento negociable por el valor de diecisiete mil setecientos pesos ($ 17.700.oo), y en diferente oportunidad la misma señora antepuso el dígito "*uno*" al valor que en números se expresaba en un cheque girado por la suma de dos mil trescientos cincuenta pesos ($ 2.350.oo) y la letra "E" en la cantidad expresada en letras, para cobrar el instrumento por un valor total de doce mil trescientos cincuenta pesos ($ 12.350.oo).

Actuación procesal:

Formulada la denuncia, se aportó a la investigación copia de varios de los cheques adulterados por la acusada, así como las colillas de las chequeras correspondientes, a fin de demostrar la diferencia que en las cantidades giradas ofrecían estas con aquellos.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Primero Superior de Cali, mediante proveído de fecha dieciséis de julio de mil novecientos ochenta y cinco, y dentro de esta etapa se adelantaron las diligencias que se consideraron necesarias al cabal esclarecimiento de los hechos.

Con auto calendado el dos de diciembre de mil novecientos ochenta y seis, el mismo Juzgado Primero Superior calificó el mérito del sumario, llamando a responder en juicio criminal a la encartada por el delito de *falsedad en documento privado*; en tal providencia, se ocupó el juzgador de analizar la posibilidad de que el delito mencionado concurriera con un ilícito contra la propiedad, eventualidad que descartó al considerar que al no haberse utilizado en la realización de la conducta una actividad engañosa diversa a la simple presentación de los cheques para su cobro, no puede estructurarse un posible delito de estafa en el comportamiento de la encartada.

Celebrada la diligencia de audiencia pública, se dictó el fallo de primer grado el día veintisiete de agosto de mil novecientos ochenta y siete, en el cual se respetó la adecuación típica deducida en el calificatorio, la cual fue posteriormente confirmada por el Tribunal en la sentencia de segunda instancia citada con anterioridad.

Contra esta sentencia confirmatoria, el Fiscal Quinto del Tribunal de Cali interpuso el recurso extraordinario de casación.

La demanda:

Con fundamento en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el señor Fiscal Quinto del Tribunal Superior de Cali solicita a la Corte la invalidación de la actuación procesal, toda vez que considera que se ha incurrido en ella en nulidad de carácter

constitucional al haberse irrespetado las formas propias del debido proceso, en atención a que en el auto calificatorio solamente se formularon cargos por el delito de falsedad en documento privado, dejando por fuera las conductas que a su juicio constituyen delitos de estafa y hurto.

Sostiene el recurrente que efectivamente se halla comprobado en el proceso que los cheques números 0020382, 0035593, 0031937 y 0015869, todos ellos pertenecientes a la cuenta corriente número 222963-0 del Banco de Colombia, fueron convenientemente adulterados por la procesada a fin de obtener con ellos sumas superiores a las que inicialmente representaban, como que a cada uno de ellos se les agregó el dígito "*uno*" luego de emitidos, para ser cobrados por una cuantía superior en diez mil pesos a la que inicialmente estaban destinados a cubrir.

Esas adulteraciones, constituyen el delito de falsedad material en documento privado, en atención a que los instrumentos negociables fueron posteriormente utilizados por la procesada. Pero, a más de la anterior conducta, con la presentación de los títulos valores al banco girado, se hizo incurrir a los funcionarios de la entidad crediticia en un error, y por esta vía se obtuvo un incremento patrimonial indebido, con lo cual se tipifica el delito de estafa realizado por la misma encartada.

Finalmente, sostiene el censor que igualmente obra suficientemente demostrado el hecho que el señor José Heberth Aguirre dejaba firmados en blanco algunos formularios de cheques, circunstancia esta que aprovechó la inculpada para llenar el distinguido con el número 0585975 de la cuenta corriente número 222304-7 del Banco de Colombia por la suma de treinta y cinco mil doscientos pesos ($ 35.200.oo), cantidad para la cual no había sido autorizada, porque el formulario ha debido llenarse por la suma total de tres mil doscientos dieciséis pesos ($ 3.216.oo), tal como aparece en la colilla aportada por la denunciante. De esta forma, siendo que la autorización para llenar los espacios correspondientes al cheque no cubría la suma atrás indicada, la procesada entró en posesión de dineros que no le pertenecían, sustrayéndolos a su propietario y valiéndose para ello de la confianza depositada en ella por el dueño de la cosa.

Citó el recurrente algunas jurisprudencias de esta Corporación sobre el concurso posible entre los delitos de falsedad en documento privado y estafa, alegando tales decisiones en favor de sus pretensiones de que se case la sentencia y se retrotraiga el proceso para que reciba la debida calificación.

Consideraciones de la Sala:

Dos son, en definitiva, los cargos que eleva el censor contra la sentencia, si bien ambos cimentados en idéntico motivo de nulidad supralegal por omisión en el auto calificatorio de cargos por los delitos de estafa, en un primer caso, y de hurto, en una segunda conducta que considera estructurada en el comportamiento de la acusada.

Respecto del primero de los ataques, *debe recordarse que si bien el casacionista no presentó más que una de las posiciones que tradicionalmente se han enfrentado en tema tan espinoso como el del posible concurso entre los delitos de falsedad en documento privado y estafa, otras dos soluciones se han ofrecido en torno al tema; la primera, que considera como adecuable la conducta al ilícito de falsedad en documento privado con prescindencia de la estafa —que fue la asumida en las instancias—, y la segunda que predica la exclusiva adecuación al hecho punible de estafa.*

No se ocupará la Sala en esta ocasión de señalar la evolución jurisprudencial de estas diversas posiciones, por ser suficientemente conocidas. No encuentra la Sala razón en el demandante cuando afirma que la conducta desarrollada por la encartada ha debido adecuarse —a más de la falsedad en documento privado— a la descripción típica de la estafa. En efecto, el artículo 221 del Código Penal describe la falsedad en documento privado en los siguientes términos: "El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno a seis años". De aquí se desprende que para una correcta adecuación, el documento falsificado materialmente ha de tener la potencialidad de servir de prueba, y a más de ello, debe ser utilizado por el agente. Ello no significa, empero, que tal uso deba ser necesariamente delictivo o que, cuando el mismo configure ilícito por sí mismo, éste se halle subsumido por el modelo contenido en el artículo 221 citado.

El uso de un documento, privado o público, puede ser con fines ilícitos, lícitos o penalmente irrelevantes. Así, un documento privado falso (y los cheques en el caso que se estudia lo son), bien puede utilizarse por ejemplo para aparentar una posición económica de la que se carece, como cuando el agente simplemente exhibe el documento ante sus amigos o un determinado círculo social con la manifestación de que una elevada cantidad de dinero, representada en el cheque, le es adeudada, sin pretender con ello obtener provecho directo o específico, sino por el solo ánimo de ostentación. Pero, también puede ocurrir, que el documento se utilice con el fin de iniciar una acción ejecutiva en contra de su presunto girador, haciendo incurrir en esta forma al juez en error, con la finalidad, además, de derivar de él provecho ilícito; o bien, puede utilizarse el título valor como simple garantía para el pago de una deuda, siendo luego recogido al acreedor a quien se le entrega el dinero en efectivo que el instrumento representa. No puede existir duda alguna que en el primero de los casos planteados, la utilización del documento no entraña un real perjuicio a la fe pública o a bien jurídico diferente, razón por la cual se torna penalmente irrelevante, al punto que ni siquiera se recorre el tipo de falsedad descrito en el artículo 221 del Código Penal. En el segundo de los eventos planteados, sin embargo, el uso configura un nuevo ataque a bienes jurídicamente tutelados, y en el tercero, dicha utilización, si bien no está dirigida a la violación de un segundo bien jurídico, sí ataca el de la fe pública en atención a que el documento se ha introducido en el tráfico jurídico con plena validez, poniendo en peligro el interés que el legislador quiso proteger a través del tipo penal de falsedad en documento privado.

Estos ejemplos sirven a la Sala para determinar que si bien no en todos los casos de uso de documento privado falso se estructura el tipo penal, ni existe concurso, sí existen situaciones en las cuales la utilización, por constituir ella un nuevo ataque a intereses jurídicamente protegidos y estar acompañada de actos positivos que a su turno desarrollan otra descripción típica, realizan la figura del concurso de hechos punibles./De manera general, entonces, se puede afirmar que el criterio diferenciador entre la existencia o la ausencia de éste es la vulneración o simple puesta en peligro de un bien jurídico diferente al de la fe pública protegido en la descripción del artículo 221 del Código Penal, acompañada de la realización de acciones que configuren otro tipo penal, toda vez que es imprescindible acudir a la codificación sustantiva y examinar —para determinar el concurso— si se recorrió plenamente otra de las definiciones allí consagradas. En caso de que no se haya desarrollado otro de los verbos rectores, no podrá predicarse el concurso delictual.

Pues bien, indudable resulta en el caso planteado que en la conducta desplegada por la procesada Rodríguez Yanguas si bien se lesionó a más del bien jurídico de la fe pública el del patrimonio económico, su comportamiento no recorrió la descripción típica del artículo 356 del ordenamiento punitivo como que no realizó acción alguna independiente y específica para inducir en error a persona alguna y así obtener un incremento patrimonial indebido. En efecto, la procesada se limitó a falsear los cheques que anteriormente se habían emitido por el señor José Heberth Aguirre, y luego, a fin de acomodar su conducta al tipo del artículo 221 del Código Penal, los utilizó de conformidad con su uso natural, esto es, los presentó al banco librado para obtener la cancelación de una suma mayor a la representada en los títulos valores correspondientes.

El uso que hizo la acusada, entonces, es el propio estructurante de la falsedad; es precisamente el acto requerido por la ley para la tipicidad de la acción, no conducta independiente, sino una necesaria, porque sólo de este modo —en el caso bajo estudio— puede lesionarse el bien jurídico de la fe pública.. Cosa distinta hubiese sido si, por ejemplo, la misma acusada hubiese presentado los cheques, para cancelar con ellos bienes adquiridos ante terceros, a quienes sí evidentemente se induciría por este medio en error, para obtener ventaja patrimonial. En el asunto sometido a estudio, si bien se logró el incremento patrimonial, no se indujo en error de forma independiente al uso necesario de la falsedad; este fue el propio y natural del cheque y por ello, no puede predicarse la existencia de concurso delictual, como acertadamente lo consideraron los juzgadores de instancia.

Ahora bien, si es verdad que las providencias citadas por el censor apuntan a la aceptación del concurso entre los delitos de falsedad en documento privado y estafa, estas en realidad no tienen el alcance que se pretendió darles. Nótese que en todas ellas la Corte ha sido clara en expresar la posibilidad del fenómeno concursal siempre que los comportamientos, naturalísticamente diversos, se adecuen a distintas descripciones típicas, esto es, en todo caso que, además del uso, exista otro comportamiento que recorra un tipo penal diverso al consagrado en el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia con lo anterior, el cargo no prospera.

En torno al problema del "abuso de firma en blanco", consideró el censor que esta conducta estructura el ilícito de hurto, al punto que en las instancias tal comportamiento se adecuó al tipo de falsedad en documento privado, razón por la cual tanto el pliego de cargos como la sentencia, se profirieron con la específica mención al concurso de estos hechos punibles.

En este ataque, como en el anterior, *el censor procura un cambio de adecuación típica de la conducta con base en la plural ofensa que se causó a bienes jurídicos, pretendiendo que por ella, se dé prelación al interés particular del patrimonio económico sobre el más general de la fe pública.*

La sentenciada, al momento de realizar la conducta, consignó en los formatos de cheques que previamente habían sido firmados algunas cantidades para las cuales no estaba autorizada, e incluso el nombre mismo del beneficiario no fue el inicialmente previsto por el firmante del documento. Este hecho, y su posterior uso, viene a adecuarse jurídicamente al tipo penal consagrado en el artículo 221 del Código Penal, toda vez que se falsificó el formulario, esto es, se adulteró su inicial contenido, si bien no a través del borrado mecánico o la agregación de letras que hubiera podido hacerse eventualmente, si por medio de consignar en él cantidades diversas a las que, según instrucciones, deberían anotarse. Hecho lo anterior, la sentenciada presentó el título valor al banco librado, quien lo pagó, ajustando con ello la descripción típica del delito de falsedad que le fuera deducido en el pliego de cargos y luego en las sentencias.

A este respecto, suficiente claridad brinda pronunciamiento anterior de la Corte (14 de junio de 1983), con ponencia del doctor Luis Enrique Aldana Rozo, la cual se transcribe en sus apartes pertinentes:

> "En verdad que resultaba criticable que la codificación anterior (Ley 95 de 1936, aclara la Sala) hubiera consagrado una disposición específica para tipificar el abuso de firma en blanco, pues en estricto sentido el comportamiento de quien crea total o parcialmente un documento llamado a producir efectos jurídicos representa un atentado contra la fe pública, y, por ende, criticable no sólo la consagración expresa, sino su ubicación dentro de los delitos contra la propiedad.
>
> No obstante, ante la existencia de una norma especial que recogía en su integridad el comportamiento imputado al procesado, su aplicación era imperativa. En efecto, de no existir el artículo 415 del Código Penal de 1936, habría sido aplicable el artículo 233, en concordancia con el 231 del mismo ordenamiento, pero si bien es cierto que aquella disposición consagraba un comportamiento que habría podido ser sancionado con la aplicación de las disposiciones últimamente citadas, su carácter de norma especial le daba aplicación preferente al artículo 415 para sancionar el abuso de firma en blanco.

La especialidad de esta disposición resulta de varios hechos.

En primer lugar la hoja firmada en blanco ha debido llegar a poder del sujeto en forma legítima, en segundo lugar la entrada ha debido hacerse con carácter fiduciario, esto es, entregada para elaborar o completar su tenor de acuerdo con las instrucciones acordadas y, finalmente, que tal confianza hubiera sido traicionada al escribir en ella cosas diferentes y las convenidas, capaces de producir efectos jurídicos. A más de esto y atendida la ubicación de este tipo en el Código Penal derogado, con tal conducta debía lesionarse o ponerse en peligro el bien jurídico de la propiedad.

En la providencia que es objeto de recurso y en las demás providencias del Tribunal que le dieron origen se afirma que el artículo 415 del Código Penal de 1936 no era aplicable cuando se completaba un título cuyo tenor estaba parcialmente impreso, bajo la consideración de que en este caso no se estaba frente a una hoja firmada en blanco, sino ante un verdadero documento

Este planteamiento parte de la equivocada apreciación de alguna de las disposiciones del Código de Comercio. El artículo 619 de este estatuto señala que tienen el carácter de títulos valores los documentos para legitimar el derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, de donde se deduce que no pueden tener este carácter ni las hojas firmadas en blanco ni los formularios preimpresos no completados en su texto, cuando en ellos no se ha incorporado una obligación cierta y clara, esto es, el derecho literal y autónomo en dichos títulos representado, tal como lo prescribe el artículo 621 del mismo ordenamiento. Además de acuerdo con lo que dispone el artículo 671 *ibidem* toda letra debe contener la orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero.

Replícase que el artículo 622 del Código de Comercio faculta al tenedor legítimo para llenar los espacios en blanco, no obstante, es esta misma disposición la que ordena que tales espacios deberán ser llenados 'conforme a las instrucciones del suscriptor'. Así mismo señala que una firma puesta sobre un papel en blanco, entregado por el firmante para convertirlo en título-valor, dará al tenedor el derecho de llenarlo, pero que para hacerse valer contra cualquiera de los que en él han intervenido antes de completarse '...deberá ser llenado estrictamente de acuerdo con la autorización dada para ello'.

Por manera que lo que normalmente podría ser considerado como un atentado contra la genuinidad de los documentos, se llevó por el legislador de 1936 a los delitos contra la propiedad, pero sólo en la medida en que el autor del ilícito hubiera recibido la hoja firmada en blanco con un carácter fiduciario y para ser llenada, total o parcialmente de acuerdo con las instrucciones y esta confianza se traicionaba al redactar el documento con un tenor diverso del convenido. En los demás casos se estaba en presencia de una falsedad".

Surge claro, pues, a través de lo transcrito, que la conducta consistente en llenar espacios que en blanco se han dejado en el formato de un cheque, es comportamiento adecuable a la descripción típica actual de la falsedad en documento privado, como acertadamente fue deducido en las instancias, razón por la cual se predicó tanto en el auto calificatorio como en las respectivas sentencias, la existencia de un concurso delictivo que fue correctamente juzgado.

En consecuencia, el cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

DETENCION PREVENTIVA

Ningún procesado que se halle sumariado o con sentencia condenatoria, no ejecutoriada, podrá ser recluido en los establecimientos carcelarios (penitenciarías) destinados exclusivamente para condenados; hasta tanto no cause ejecutoria la sentencia definitiva

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 057.

Vistos:

La apoderada judicial del procesado *Reinerio Cardona López* solicita de la Sala se ordene la libertad inmediata de su patrocinado ya que, según lo preceptuado por el artículo 424 del Código de Procedimiento Penal, se encuentra ilegalmente detenido ya que ninguna persona puede ser recluida en establecimiento carcelario para cumplimiento de pena mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada.

Consideraciones de la Corte:

El artículo 424 del Código de Procedimiento Penal que invoca la memorialista para afirmar que su representado se halla ilegalmente detenido, tiene dos aspectos importantes para diferenciar y que, de modo alguno permiten afirmar que ningún procesado puede ser recluido en prisión mientras no medie sentencia condenatoria ejecutoriada.

Dicha norma se halla contemplada dentro del Capítulo II del Título V que trata sobre la captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional de inimputables y habeas corpus. *Ella hace referencia expresa al sitio o "establecimiento para cumplir la detención" decretada como medida de aseguramiento, es decir, enseña la manera de hacer efectiva la medida, bien sea para quien se halla simplemente sumariado y, para quienes ya han sido condenados, pero la sentencia no ha causado la debida ejecutoria.*

En otras palabras, la referida disposición obliga a que los procesados a quienes se les ha dictado medida de aseguramiento consistente

en "detención preventiva" deben ser recluidos en la cárcel del circuito o distrito judicial, y en su defecto, en la cárcel municipal.

Así mismo, los procesados contra quienes ha recaído sentencia condenatoria, pero aún no ha causado ejecutoria, deben ser recluidos en los citados establecimientos carcelarios y, solamente cuando se han agotado todos los recursos posibles, incluso el de casación cuando sea procedente, para la ejecución del fallo definitivo, se pondrá el condenado a disposición de la Dirección General de Prisiones (art. 612) mediante la expedición de las copias correspondientes, para que se determine el lugar donde debe cumplir la sanción impuesta.

Quiere decir lo anterior que, ningún procesado que se halle sumariado o con sentencia condenatoria, no ejecutoriada, podrá ser recluido en los establecimientos carcelarios (penitenciarías) destinados exclusivamente para condenados, hasta tanto no cause ejecutoria la sentencia definitiva.

Cuando se advierta que un procesado en las condiciones primeramente señaladas es recluido en establecimiento carcelario para condenados, lo procedente no es su excarcelación, sino el inmediato traslado a la cárcel común (municipal, de circuito o distrito judicial) según el caso o establecimiento especial para funcionarios o empleados oficiales, miembros de los cuerpos armados, clérigos y religiosos, o menores de edad (arts. 426 a 429) y la correspondiente investigación disciplinaria para quien dispuso su reclusión en establecimiento para sentenciados.

Olvida la apoderada del procesado que el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal dispone que las resoluciones (auto o sentencias) relativas a la libertad o detención *y las que ordenan medidas preventivas, aun cuando estén contenidas en providencias apelables en el efecto* suspensivo, *como lo es el recurso extraordinario de casación,* se cumplen de inmediato.

En el presente caso, Reinerio Cardona López se halla condenado a pena privativa de la libertad de prisión y expresamente se le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional (art. 68 del C. P.) y se encuentra recluido en la Cárcel del Distrito Judicial de Manizales, lugar autorizado por el artículo 424 del Código de Procedimiento Penal para permanecer detenido en espera del fallo definitivo, todo lo cual hace improcedente el reclamo de la peticionaria y, consecuencialmente el beneficio de libertad provisional.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *niega* al procesado Reinerio Cardona López el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

IMPEDIMENTO

No es posible sostener jurídicamente para rechazar la causal de impedimento señalada en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, que la etapa del sumario concluye con el auto de cierre de investigación y que, por consiguiente, la resolución de acusación forma parte de la causa o etapa de juzgamiento

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 57 de septiembre 13 de 1988.

Vistos:

Los Magistrados *Ruby Elsa Amador Díaz, Alvaro Guevara Sandoval* y *Alfonso Guzmán Guzmán*, integrantes de una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, se declararon impedidos para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto contra el auto que declaró contrario a la evidencia de los hechos, el veredicto emitido dentro de la causa que se adelanta contra Isabel Parra de Arias por el delito de homicidio.

La Magistrada Amador Díaz adujo como causal de impedimento, haber proferido como Juez Superior la providencia impugnada y sus dos compañeros de Sala, los doctores Guevara y Guzmán, haber conocido del proceso en su etapa sumaria cuando confirmaron la resolución de acusación, circunstancia que ahora los separa del conocimiento en la etapa de juzgamiento dentro de la segunda instancia de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal de 1987.

Una nueva Sala de Decisión, mediante providencia del 18 de agosto del presente año aceptó el impedimento manifestado por la doctora Amador Díaz y declaró infundado los presentados por los doctores Guevara y Guzmán, remitiendo lo actuado a esta Corporación para que se resuelva el incidente.

Se considera:

1º Son aplicables a este proceso las normas del Código de Procedimiento Penal de 1987, por haberse cerrado la investigación con posterioridad a la vigencia del Estatuto.

2º *El artículo 535 del Código de Procedimiento Penal establece una causal especial de impedimento para los Magistrados que conocen en segunda instancia cuando preceptúa:*

"Las apelaciones que se surtan en la etapa de la investigación por delitos cuyo conocimiento corresponda en segunda instancia a los Tribunales, se decidirán por la Sala respectiva, la cual quedará impedida para conocer en ese mismo proceso, de cualquier providencia en la etapa de juzgamiento".

3º *Lo anterior obedece a que el legislador ha establecido en el actual Código de Procedimiento Penal y en los procedimientos ordinarios, dos sistemas de juzgamiento:*

El primero, con tendencia acusatoria, ubica en cabeza de distinto funcionario las labores de acusación y juzgamiento. Es en este sistema el juez de instrucción quien adelanta la investigación y la califica formulando el pliego de cargos denominado resolución de acusación y es a los Jueces Superiores y de Circuito Penal a quienes corresponde adelantar el juzgamiento, adquiriendo competencia a partir de la resolución de acusación ejecutoriada (art. 467 y 486 del C. de P. P.). Se procura con este procedimiento, despojar al fallador de prejuicios o preconceptos que puedan comprometer su criterio con posteriores decisiones, separando netamente las etapas de investigación y acusación de la de juzgamiento.

El segundo sistema, deja en manos del mismo juez las funciones de investigación, acusación y juzgamiento en procesos de competencia de los Juzgados Penales Municipales, Tribunales Superiores y Corte Suprema de Justicia.

4º *Es dentro del primer sistema mixto o con tendencia acusatoria, donde el legislador ha establecido el impedimento para los Magistrados que integran la Sala de Decisión que hayan conocido de una apelación dentro del sumario, para no poder "conocer en ese mismo proceso de cualquier providencia en la etapa de juzgamiento" (art. 535 del C. de P. P.).*

Esta causal de impedimento indudablemente está causando serios tropiezos a la Administración de Justicia, que está quedando en manos de conjueces o jueces ad hoc *en buen número de Distritos Judiciales, con desmedro de la rectitud, eficacia y prontitud de este esencial servicio público. Sin embargo, el juzgador no puede apartarse del tenor literal claro y preciso de la norma en comento, no obstante su manifiesta inconveniencia.*

5º *En el caso* sub exámine, *obra esta causal de impedimento porque los Magistrados Guevara y Guzmán conocieron del sumario al revisar por vía de apelación la resolución de acusación y ahora no pueden intervenir dentro de la causa, en el recurso interpuesto contra el auto que decretó la contraevidencia del veredicto.*

6º *No es posible, sostener jurídicamente como lo hace la Sala de Decisión del Tribunal para rechazar la causal de impedimento manifestada por los Magistrados, que la etapa del sumario concluye con el*

auto de cierre de investigación y que por consiguiente, la resolución de acusación forma parte de la causa o etapa de juzgamiento.

No es admisible esta posición:

a) Porque en el sistema con tendencia acusatoria que rige este proceso, distingue dos claras e inconfundibles etapas: La investigación, su calificación y la formulación de la acusación (resolución de acusación) y la de juzgamiento adelantada por un juez que no haya formulado los cargos. La resolución de acusación que ha sido recurrida y confirmada, convierte las decisiones de primera y segunda instancia en una unidad inescindible, pudiéndose afirmar que tanto el juez a quo *como el* ad quem *formulan el cargo;*

b) Es evidente, que al sumario queda incorporado el auto calificatorio. Por ello, y de acuerdo al artículo 487 la etapa de juzgamiento sólo se inicia cuando se halla ejecutoriada la resolución de acusación en los procesos de competencia de los Jueces Municipales, Tribunales y Corte, y en los de competencia de los Jueces de Circuito y Superiores que sólo hasta entonces adquieren competencia para dictar el auto sobre control de legalidad.

7ª Por las anteriores razones, la Sala revocará en este aspecto el auto del Tribunal y declarará admisible y fundado el impedimento manifestado por los Magistrados Guevara y Guzmán para separarse del conocimiento del presente proceso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *revoca* el auto del Tribunal Superior de Tunja de fecha agosto dieciocho del presente año, únicamente en cuanto no aceptó el impedimento manifestado por los honorables Magistrados Alvaro Guevara y Alfonso Guzmán y a quienes se les acepta el impedimento y se les declara separados del conocimiento del presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Oficina de origen, para que se proceda de conformidad.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR

El Código de Justicia Penal Militar (Decreto 250 de 11 de julio de 1958) no es legislación de emergencia, sino de carácter permanente por mandato de la Ley 141 de 16 de diciembre de 1961 y la Ley 32 de 1984 que facultó al Gobierno Nacional para expedir el estatuto procedimental ordinario (Decreto 050 de 1987) no lo autorizó para derogar, modificar o sustituir disposiciones de aquella codificación especial

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 57.

Vistos:

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar contra la sentencia de 17 de noviembre de 1987, mediante la cual esa Corporación confirmó la dictada por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra convocado por el Comandante del Batallón de Infantería "Caycedo" con sede en Chaparral (Tolima), condenando al Cabo Primero del Ejército Nacional *Jorge Luis Martínez Boneth* a la pena principal de tres (3) años de prisión como responsable del delito de homicidio culposo en la persona del particular Saúl Huelgos Romero.

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares coadyuva la demanda presentada por el Fiscal, identificándose con sus planteamientos aunque discrepa del argumento adicional expuesto por el agente del Ministerio Público.

Hechos y actuación procesal:

En la madrugada del 26 de noviembre de 1986, dentro de la cantina "Olga Luz" de la población de Chaparral (Tolima), resultó muerto con arma de fuego el ciudadano Saúl Huelgos Romero, hecho del cual se sindicó al Cabo Primero del Ejército Jorge Luis Martínez Boneth, quien en uso de permiso y vestido de civil se dedicaba a ingerir bebidas embriagantes en dicho establecimiento acompañado de otro suboficial y varias amigas.

Cometido el hecho, huyó del lugar siendo capturado por varios agentes de la Policía Nacional llevando consigo un revólver marca "Colt" calibre 38 largo.

La investigación fue iniciada y adelantada por el Juzgado 22 de Instrucción Criminal, despacho que lo oyó en indagatoria profiriendo en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio culposo.

Practicadas otras pruebas, el Juzgado Superior de Chaparral atendiendo solicitud de su Fiscal remitió la actuación por competencia al Comando del Batallón de Infantería "Cayedo" con fundamento en el numeral 2º, artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar y en consideración a que, según doctrina de la Corte, los delitos comunes cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas en situaciones de turbación del orden público o conmoción interior eran de competencia de la justicia castrense.

Convocado Consejo Verbal de Guerra para juzgar al sindicado por el delito de homicidio culposo de que trata el artículo 329 del Código Penal, los Vocales afirmaron por unanimidad su culpabilidad en el hecho, veredicción acogida por el Presidente de dicho Consejo para condenarlo en primera instancia a la pena principal de tres años de prisión, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional, fallo consultado con el Tribunal Superior Militar y por éste confirmado, con salvamento de voto de sus integrantes, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

En el marco de la causal tercera de casación contemplada en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal vigente, se acusa la sentencia por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad de orden legal (art. 441-1º del C. de J. P. M.), por incompetencia del juez.

Afirma el Fiscal recurrente, que la Justicia Penal Militar carece de competencia para conocer de este proceso por tratarse de un delito común cometido sin relación alguna con el servicio militar al cual se hallaba vinculado el Suboficial Martínez Boneth, "ya que el homicidio a él imputado fue consumado cuando se encontraba disfrutando de un permiso (fl. 53), en traje de civil y utilizando un arma de uso personal y no de dotación oficial".

Agrega, que la Sala de Casación Penal de la Corte en providencia de 25 de septiembre y 22 de octubre (sic) de 1987 al dirimir sendos conflictos de competencia entre la jurisdicción penal militar y la ordinaria tuvo oportunidad de hacer una nueva y diferente interpretación del numeral 2º del artículo 308 del Código Penal Militar "para concluir que ese precepto solamente se refiere a delitos comunes, es verdad, cometidos por personal vinculado a las Fuerzas Armadas en estado de sitio o de turbación del orden público, pero cometidos en relación con el servicio militar".

Expresa, que no obstante, la validez del anterior razonamiento, de suyo suficiente para infirmar la sentencia acusada por haberse dictado

en juicio afectado de nulidad por incompetencia del juez, se permite plantear como fundamento adicional del cargo formulado, la tácita derogatoria del numeral 2º del artículo 308, por los artículos 13 y 67 inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal vigente.

Argumenta sobre el particular, que las normas citadas al delimitar el ámbito de la jurisdicción penal ordinaria, precisaron también el de la jurisdicción castrense concretándola únicamente al conocimiento de procesos "por hechos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", disposiciones que no pueden entenderse como simple e innecesaria reiteración del precepto constitucional contenido en el artículo 170 de la Carta Política "sino que las mismas deben tener una repercusión en el ordenamiento legal vigente".

A dicho planteamiento no cabe oponer el argumento de que la legislación común carece de entidad suficiente para derogar, modificar o sustituir disposiciones expedidas con fundamento en el artículo 121 de la Constitución Nacional porque la Corte en pronunciamientos de 24 de marzo y 13 de mayo de 1981 al examinar la incidencia del nuevo Código Penal sobre la legislación de estado de sitio, más concretamente en lo atinente con algunas figuras delictivas contenidas en el Decreto 1923 de 1979 (Estatuto de Seguridad) "claramente puntualizó que el legislador ordinario o extraordinario legítimamente facultado para el efecto, podía modificar la legislación extraordinaria emanada de los decretos legislativos dictados con fundamento en los artículos (sic) 121 de la Carta, o las mismas previsiones legislativas establecidas de antemano para épocas de turbación del orden público como ocurría con el artículo 308-2 del Código Penal Militar".

"Por tanto - concluye—, es claro así que el legislador extraordinario, facultado para expedir el Código de Procedimiento Penal según la Ley 52 de 1984, podía, sin exceder los límites de esas autorizaciones, modificar las disposiciones que en razón al estado de sitio en que se encuentra el país se hallaban rigiendo de manera extraordinaria, entre ellas precisamente el artículo 308, numeral 2º del Código Penal Militar".

Solicita en consecuencia, declarar la nulidad del proceso a partir inclusive, de la Resolución número 009 de 27 de julio de 1987 por medio de la cual el Comandante del Batallón de Infantería "Caycedo" convocó el Consejo Verbal de Guerra que juzgó la conducta del Cabo Primero del Ejército Jorge Luis Martínez Boneth, remitiendo la actuación por competencia al Juzgado Superior de Chaparral.

Consideraciones de la Corte:

De las pruebas aducidas al proceso resulta incuestionable que el Cabo Primero del Ejército Nacional Jorge Luis Martínez Boneth perteneciente al Batallón de Infantería "Caycedo" con sede en Chaparral (Tolima) cometió el hecho punible por el cual fue juzgado y condenado mediante el procedimiento especial de los Consejos Verbales de Guerra, en circunstancias que no tuvieron ninguna relación con el servicio militar, calificándose su conducta por los juzgadores de instancia, como constitutiva de un delito común en razón a que el homicidio a él

atribuido fue perpetrado dentro de un establecimiento público en momentos en que disfrutaba de un permiso concedido por sus superiores.

Evidente es también que el hecho se consumó encontrándose el país en estado de sitio (a partir del mes de mayo de 1984) y que, el numeral 2º del artículo 308 del Código Penal Militar declarado exequible por la Corte en sentencia de 4 de octubre de 1971, atribuye a la justicia castrense el juzgamiento de los delitos comunes cometidos por los militares en servicio activo, en tiempo de guerra, turbación del orden público o conmoción interior.

Sin embargo, la Sala de Casación Penal en providencia de 25 de septiembre de 1987 (Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome), citada por el Fiscal recurrente como fundamento de su reproche a la sentencia, interpretando el artículo 170 de la Constitución Nacional, en armonía con el mencionado precepto legal llegó a la siguiente conclusión, que ratifica una vez más:

"1º El fuero militar está consagrado en la Carta Política en su artículo 170 en los siguientes términos:

"De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

"De la diáfana redacción del canon político que se ha transcrito, surge como una evidencia incontrastable, que el constituyente no otorgó el fuero a los miliares por el solo hecho de serlo en el momento de su comportamiento ilícito, sino que reclamó para la efectividad de esta verdadera garantía que el delito se cometiere 'en relación con el mismo servicio'.

"2º De la exégesis precedente deviene para esta Sala que al ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar ha de dársele la interpretación que las reglas elementales de hermenéutica imponen. Esto es, que si el artículo del código castrense comentado no es otra cosa que el desarrollo de la norma constitucional que consagró el fuero militar, no podía el legislador ordinario extender los efectos la exigencia consistente en que el destinatario de la garantía foral debía haber cometido el hecho en relación con el servicio.

"En pretérita ocasión reconocía esta Corporación que el fuero, como institución de carácter excepcional, 'conduce a que se interprete en forma restrictiva, de manera que sólo tiene derecho al fuero el funcionario expresamente señalado por la ley, y sólo en la medida en que el hecho delictivo que se le atribuye haya sido cometido dentro de las exigencias previstas también en forma expresa por el ordenamiento' (Casación de agosto 24 de 1983).

"3º Finalmente, y como quiera que esta Sala coincide con los planteamientos reiteradamente expuestos por el Magistrado Reyes Echandía en sus numerosos salvamentos de voto a las tesis mayoritarias de esta Corporación, convenimos en afirmar que el delito atribuido al Sargento N.N. cometido por causas perfectamente ajenas

al servicio escapa a la órbita de la jurisdicción castrense, no obstante ser cierto que para la época del reato se encontraba la Nación bajo los efectos del 'estado de sitio'.

"Afirmaba el desaparecido jurista en su disenso a la sentencia de casación de noviembre 12 de 1981, lo que sigue:

"Cuando, pues, el artículo 170 de la codificación constitucional se remite al Código de Justicia Penal Militar, para que desarrolle legalmente el fuero allí consagrado, condiciona tal delegación a que sus preceptos lo consignen respecto de 'delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio'. Por manera que cuando los artículos 307 numeral 1º, 308 numeral 2º y 331 del Código de Justicia Penal Militar refieren su competencia a los 'militares en servicio activo' o a 'los suboficiales y personal de tropa', ha de entenderse, conforme al precepto constitucional que estas normas apenas desarrollan, que el delito realizado por esos militares en servicio activo ha de haber sido cometido en ejercicio de su función castrense".

"Por lo demás, ni el numeral 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, que extiende tal jurisdicción a los tiempos de 'guerra, turbación del orden público o conmoción interior', ni decreto alguno expedido durante el actual período de estado de sitio derogan ni podían hacerlo el mandato constitucional del artículo 170 en cuanto a la exigencia de que el delito debe ser ejecutado por militares en servicio activo y por razón del ejercicio o de tal actividad castrense, para que su autor o cómplice sea juzgado dentro del marco excepcional de la jurisdicción penal militar".

Y en reciente oportunidad, ocupándose del mismo tema, expresó sobre el particular:

"Del contenido de esta norma clara y precisa (art. 170 de la C. N.), se desprende que el militar sólo tiene derecho a su juzgamiento por la justicia castrense cuando se encuentra en servicio activo y cuando el delito imputado se haya realizado en actividades que guarden relación con el mismo servicio. En estas condiciones, la justicia penal militar no puede sustraer de los jueces ordinarios el conocimiento de los delitos comunes consumados por militares que no se encuentren en servicio activo o que hayan delinquido en actividades ajenas a dicho servicio. De ahí que, el fuero militar de acuerdo al querer del constituyente, sólo se aplique y justifique en el campo estricto del servicio militar" (Auto de 2 de febrero de 1988).

Siendo este el criterio acogido por la Sala en cuanto a la institución del fuero militar fácil es colegir que el Suboficial del Ejército Martínez Boneth, acusado de homicidio, no tiene derecho a ser juzgado por el procedimiento establecido para los militares en servicio activo que delinquen por causas relacionadas con el servicio. Su juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria porque el hecho cometido no guarda ninguna relación con su actividad militar, sino que fue perpetrado en uso de la licencia o permiso y en circunstancias totalmente extrañas

a su función castrense, resultando indiferente que al momento de su consumación el país se encontrara, como se encuentra en estado de sitio por turbación del orden público.

Asiste razón en este punto al Fiscal recurrente que reclama la nulidad del proceso por incompetencia del juez y al Magistrado disidente del Tribunal Superior Militar que propugnó por una decisión inhibitoria por dicho motivo aunque sin las consecuencias derivadas del vicio de nulidad advertido (fl. 152 del expediente).

Consecuente con lo dicho, la Corte casará la sentencia impugnada declarando la nulidad del proceso a partir inclusive, de la Resolución número 009 de 27 de julio de 1987 por la cual el Comandante del Batallón de Infantería "Caycedo" convocó Consejo Verbal de Guerra que juzgó la conducta del Suboficial sindicado, disponiendo la remisión de las diligencias por competencia, al Juzgado de Instrucción Criminal de Chaparral, a fin de que se reponga la actuación conforme a derecho.

Coincide la Sala con las apreciaciones del Procurador Delegado en el sentido de rechazar la derogatoria tácita del numeral 2º, artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar por los artículos 13 y 67, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal vigente, pues la última de tales disposiciones al señalar quiénes administran justicia en materia penal mencionó a los Tribunales Militares, asignándoles el conocimiento "de los procesos por hechos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", no hizo otra cosa que reafirmar el principio constitucional contenido en el artículo 170 de la Carta Política imprimiendo mayor solidez jurídica a la interpretación hecha por la Corte en decisiones transcritas en precedencia.

Además, el Código Penal Militar (Decreto 250 de 11 de julio de 1958) no es legislación de emergencia, sino de carácter permanente por mandato de la Ley 141 de 16 de diciembre de 1961 y la Ley 52 de 1984 que facultó al Gobierno Nacional para expedir el Estatuto Procedimental ordinario (Decreto 050 de 1987) no lo autorizó para derogar, modificar o sustituir disposiciones de aquella codificación especial.

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 y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º *Casar* la sentencia impugnada.

2º *Declarar la nulidad* del proceso a partir inclusive, de la resolución de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, a fin de que se reponga la actuación conforme a derecho y,

3º Remitir las diligencias por conducto del Tribunal Superior Militar al Juzgado de Instrucción Criminal radicado en Chaparral (Tolima), por competencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

TERRORISMO. COLISION DE COMPETENCIA JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

El Decreto 180 de 1988 suspende de manera tácita y temporalmente la vigencia del último inciso del artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, en todo lo que haga relación a los delitos de terrorismo y por cualquier otro delito conexo con alguna de los que aparecen específicamente descritos, debiéndose concluir que la competencia es de los jueces de orden público

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada: Acta número 057 del 13 de septiembre de 1988.

Vistos:

Por auto del 10 de agosto del presente año el Juzgado Primero de Orden Público de esta ciudad provocó colisión de competencias negativas al Juzgado de Instrucción Criminal de Reparto, por considerar que era éste el funcionario competente para investigar y fallar el delito de rebelión que en su concepto es el que se tipifica en este proceso.

El Juzgado Veinte de Instrucción Criminal por auto del dieciocho (18) de agosto, rechazó la competencia que le fuera propuesta, al considerar que el delito tipificado era el de secuestro agravado y que por ello el competente para conocer del proceso era el Juez de Orden Público.

Trabada la controversia debe resolver la Corte el conflicto planteado, decisión que así se toma luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

El ocho (8) de junio del presente año, en las horas de la mañana un grupo de personas que dijeron pertenecer al movimiento "Cristianos por la vida y la salvación nacional", se tomaron la sede del CELAM (Consejo Episcopal Latinoamericano), manteniendo en su interior por seis (6) días a un grupo de religiosos y seglares que allí se encontra-

ban. En el curso de la toma, quienes así actuaron trataron de hacer una convocatoria de diversos estamentos sociales tendientes a buscar un pronunciamiento sobre la crisis de la Nación.

El 14 de junio culminó la toma, con la liberación de todas las personas que allí estuvieron retenidas. Débese anotar que la actividad de quienes realizaron la conducta motivo de juzgamiento la hicieron sin la utilización de armas predispuestas de antemano, pero sí con unas improvisadas.

Consideraciones de la Sala:

Las argumentaciones del Juez de Orden Público que entra en conflicto, lo llevan a concluir que el delito que se tipifica en los hechos que son motivo de investigación es el de rebelión y que este hecho se demuestra por el contenido de varios testimonios de algunas de las personas que allí estuvieron; a renglón seguido sostiene que estas personas buscaban dialogar con diversos sectores de la opinión pública para buscar un camino de entendimiento y reconciliación para salvar al país de los males que lo aquejan, para culminar de acuerdo con reciente jurisprudencia del Tribunal de Orden Público en la que se afirma: "Se establece que estos grupos de *'rebeldes'*, atentan contra el régimen constitucional y deben ser sancionados con base en el Código Penal Colombiano y no con fundamento en el estatuto para la defensa de la democracia".

En las circunstancias anteriores considera que el grupo que hizo la toma no tenía como fines el terrorismo, que fue pacífico y que los instrumentos utilizados fueron los medios de comunicación y que en tales condiciones es claro que su objetivo era cuestionar a la clase dirigente del país y por tanto a los sindicados se les debe dar el tratamiento de rebeldes de acuerdo a lo dispuesto por el Tribunal de Orden Público puesto que se trata de "integrantes de una organización irregular que propende por la modificación o supresión del régimen constitucional adoptado por el Estado, contando para ello con la fuerza de las armas, propaganda alusiva al movimiento, movilización de obreros, etc... siempre buscando la máxima trascendencia e impacto político, para presionar las soluciones, que a su modo de ver, benefician a la comunidad..."

Por su parte el juez de la competencia ordinaria consideró que en los hechos motivo de investigación se concretaba un delito de secuestro agravado y que en ningún momento se daba el delito de rebelión, porque considera que la retención de varias personas no denotó la intención de derrocar el gobierno nacional y menos aún suprimir el actual régimen constitucional.

Criticando la posición del funcionario que provoca la colisión de competencias sostiene que si los sindicados actuaron sin armas no pueden haber cometido el delito de rebelión porque el artículo 125 exige la utilización de ellas, afirmando que "por armas" deben entenderse las de fuego, pues sólo estas pueden servir para los fines de derrocar a un gobierno o mutar un régimen constitucional, por ma-

nera que si el grupo referenciado, autor de la toma del CELAM actuó sin armas de fuego en la ejecución del censurable operativo, injurídico resulta endilgarles la comisión de un delito de rebelión.

Finalmente considera para llegar a la conclusión de la existencia del delito contra la libertad personal dentro de las previsiones del Decreto 180 de 1988, que si bien este Decreto en la mayoría de las conductas descritas señala el terrorismo como una finalidad específica del autor, ello no significa en su criterio que todos los delitos allí definidos deben asociarse imprescindiblemente con el delito de terrorismo, para afirmar finalmente que en la conducta tipificada en el artículo 7º, referida a los integrantes de un grupo de sicarios que así no tengan finalidades terroristas, dice que no debe dudarse que deberán ser juzgados por el Decreto 180 y que a la misma conclusión se puede llegar con el delito de secuestro de personas (arts. 22 y 28) donde tales comportamientos se sancionan sin consideración a la finalidad terrorista de sus autores.

Debe la Corte entrar a precisar que los funcionarios que han tratado el conflicto incurren en una serie de imprecisiones y de errores conceptuales que la Sala debe destacar antes de entrar de fondo a la solución de la controversia propuesta. El proponente de la colisión negativa afirma que la toma fue pacífica y dice que tal afirmación está respaldada por los testimonios del denunciante, de Armando Alberto Rosas, Mary Sáenz de Lesmes y Andrés Rosillo; pero si bien es cierto que estos testimonios destacan que los integrantes tenían como finalidad buscar una salida a los problemas del país en un diálogo con distintos sectores, debe concluirse que la toma no fue pacífica y destacarse como es el mismo funcionario de orden público quien utiliza la expresión "rehenes" para referirse a las personas que quedaron en poder de los sindicados en el edificio del CELAM.

No está adecuadamente citado el denunciante para hablar de la toma pacífica de las dependencias del CELAM puesto que utiliza la expresión toma "pacífica" en comillas para resaltar la falsedad de la pacificidad de la acción; basta citar un breve párrafo de la denuncia para llegar a esa conclusión "...dando comienzo así a la toma 'pacífica' por parte de este grupo compuesto aproximadamente por cuarenta y dos personas *quienes procedieron en forma violenta* (el subrayado es de la Sala), se posesionaron de las instalaciones físicas del CELAM *reteniendo en forma indebida*..."

Armando Alberto Rosas dice en uno de sus apartes "...ellos fueron respetuosos, eso de por sí si el hecho de tenerlos así es un irrespeto a la vida, cuando íbamos al comedor ellos con unos palos grandes nos vigilaban... y estaban ofuscados y un muchacho de ellos llevaba como dos tarros de lata, pero yo pensé que eran explosivos..."

Andrés Rosillo refiriéndose a la violencia contestó: "Yo diría que verbal, ellos decían hagan lo que les decimos y no les va a pasar nada, pero si no se manejan bien ahí una toma y puede ser peor, además, uno de ellos de los guerrilleros pasó un par de veces hacia el tanque del cilindro del gas con un artefacto bastante extraño, era redondo, del tamaño de un bolo y..."

El Padre Gabriel Arias en uno de sus apartes dice: "...salvo la actitud general de ello que nos tenía privados de la libertad..."

El Hermano Alejandro Mejía Pereda sostiene por su parte: "Dos personas me indicaron haber visto cosas abultadas en el cinto de ellos y me dijeron que posiblemente había tres empistolados, yo tengo fotografías de bombas molotov, yo tengo una mejor en diapositiva que le puedo dar, las armaron varias bombas molotov el último día y las tenían en varios sitios y vi varios embases con mechas y cera líquida para pisos y eran 24 bombas molotov armadas..."

De los testimonios extractados sucintamente se ha de concluir que la toma no fue pacífica, así lo hayan afirmado los autores de los hechos que se investigan y causa desconcierto a la Corte que el juez que provoca la colisión acepte tales afirmaciones sin hacer un análisis detenido de la prueba, con la que se demuestra la mentira de la afirmación de los asaltantes.

Termina concluyendo y amparado en reciente jurisprudencia del Tribunal de Orden Público que el posible delito cometido fue el de rebelión, después de afirmar que el sistema utilizado no fueron las armas "sino los medios de comunicación"; luego de haber sostenido en la iniciación del auto "que el autodenominado grupo pretendía con su 'toma pacífica', cuestionar los momentos de crisis por los que atraviesa el país, pidiendo un diálogo con representantes del Gobierno, grupos políticos y connotados personalidades y así buscar las soluciones a los problemas que afronta la Patria, cuestionando las políticas gubernamentales que han sido inoperantes ante la violencia y que desestabilizan la democracia y la misma vida e integridad del pueblo colombiano".

Son por lo menos contradictorias las anteriores argumentaciones con la conclusión a que se llega sobre la existencia del delito de rebelión porque el artículo 125 que lo tipifica muy claramente establece que los autores del mismo deben emplear las armas y su finalidad debe ser "derrocar el Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente..." y es evidente que dentro de la consideración criticada se acepta que no estaban armados, ni tenían ninguna pretensión diferente a la del diálogo. Con tales argumentaciones, cómo es posible que se llegue a tal conclusión? Porque por las pruebas existentes la Sala estima que sí estaban armados, posiblemente con elementos que adaptaron para que tuvieran poder ofensivo, y por armas no pueden entenderse únicamente las que han sido fabricadas con tal finalidad como parece creerlo este funcionario; y si no estaban armados según su criterio y no buscaban derrocar el gobierno es absolutamente imposible que se pudiera llegar a concluir en la rebelión, porque falta uno de sus elementos descriptivos más importante (el empleo de las armas) y el elemento subjetivo que caracteriza la conducta típica, porque si se emplean las armas tumultuariamente, pero con finalidad diferente, evidentemente se tiene que descartar la existencia de la rebelión.

Equivocadas y contradictorias son entonces las argumentaciones del proponente de la colisión al igual que su conclusión final, pero la situación es más desconcertante cuando al citar la posición del Tri-

bunal de Orden Público destaca los elementos descriptivos y subjetivos que integran el delito de rebelión que hacen inválida por su ausencia la argumentación que se critica.

Extraña que hablando en su providencia de "rehenes", que el denunciante entre los muchos delitos que menciona como posiblemente cometidos en primer lugar cita el secuestro, y que algunas de las víctimas hablen de la pérdida de la libertad, el juez que propone la colisión no haga ningún análisis sobre la existencia posible de este delito?

El Juez de Instrucción Ordinario por su parte hace una mejor adecuación típica del delito de rebelión, al considerar que si no estaban armados no podían cometer el delito, para luego introducir un elemento descriptivo que no contiene el tipo penal, pues afirma que para que este delito se concrete en la realidad jurídica, los agentes deben emplear armas de fuego, porque considera que sólo con ellas se puede derrocar un gobierno y la afirmación no puede ser más equivocada porque el tipo penal menciona simplemente las armas y por tanto el intérprete no puede introducir al tipo elementos que no estén contenidos en él; además no se entiende por qué llega a tal conclusión pues es evidente que por la utilización de otras armas puede derrocarse un gobierno o cambiar su esquema constitucional y si no, basta recordar la gesta guerrera del General Mosquera con los famosos macheteros del Cauca.

Sin entrar a hacer un análisis sobre las muchas críticas que se le han formulado al Decreto 180 de 1988 es evidente que la Sala debe proceder a hacer un estudio del contexto del decreto legislativo para establecer cuál es la competencia que le corresponde a los Jueces y al Tribunal de Orden Público.

En este orden de ideas debe recordarse que el Decreto que declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, Decreto 1038 de 1984, tuvo su origen en la concurrencia de numerosos actos de terrorismo y en la realización de plurales hechos violentos que han producido la muerte de muchos civiles, y de miembros de las Fuerzas Armadas y que con el transcurso del tiempo tales actividades se acrecentaron en todo el territorio nacional "manifestándose en actos que atentan contra la vida e integridad de los funcionarios del Estado, dirigentes políticos y sindicales, intelectuales, el secuestro de candidatos a alcaldías y corporaciones públicas de elección popular, con fines desestabilizadores de las instituciones democráticas; y que igualmente mediante actos terroristas se han ocasionado graves daños a plantas industriales, oleoductos, edificios públicos y privados y que en tales condiciones es deber del gobierno enfrentar la situación de violencia generalizada, el ataque premeditado a las instituciones democráticas que se han manifestado en el auge de actos terroristas, para lo cual es necesario complementar las disposiciones del Código Penal y de Procedimiento Penal.

Con base en las consideraciones precedentemente sintetizadas, se dictaron una serie de disposiciones de derecho penal y de procedimiento penal que buscan ante todo poner remedio a las manifestaciones de violencia que se han generalizado en el país.

Dentro de la modalidad legislativa escogida para la redacción del decreto que se comenta no se siguió un tratamiento legislativo uniforme, en ocasiones por decisión política del legislador extraordinario que consideró que algunas conductas debían hacer parte de este estatuto, así no estuviesen guiadas por finalidades terroristas; y en otras porque la naturaleza de las materias tratadas legislativamente así lo exigían y dentro de esta línea de pensamiento es preciso destacar como en muchas de las conductas tipificadas se incluye un elemento subjetivo como es el caso de la conducta descrita en el artículo 2º que se inicia "el que con fines terroristas...": y en una u otra forma gramatical, en un primer grupo de artículos esta exigencia o elemento subjetivo del tipo aparece claramente en las conductas descritas en los artículos 1, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 26 y 31.

Por el contrario existen dos grupos de artículos en lo que no aparece esta exigencia subjetiva, o que tratándose de tipos de conducta alternativa, en una de ellas no aparece como integrante de la misma, la finalidad o propósito terrorista. En el segundo grupo se encuentran la fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en el artículo 13 en el que no se hace mención a que la conducta realizada deba ser con finalidades terroristas o con vinculación a ellas; o la prevista en el artículo 18 interceptación de correspondencia oficial, en la que tampoco se exige que la conducta tenga relación con actividades terroristas; la del artículo 19 relacionada con la utilización ilegal de uniformes e insignias donde brilla por su ausencia la exigencia que caracteriza la mayoría de las conductas descritas en el Decreto legislativo que se analiza; el secuestro tipificado en el artículo 22, en el que se limita a definir la conducta atentatoria contra la libertad individual; y finalmente la del artículo 28 que tipifica el secuestro de aeronaves, naves o medios de transporte, en el que tampoco aparece la finalidad terrorista. En el tercer grupo, aparecen tipos de conducta alternativa, donde se describen dos o tres conductas, unas en las que es indispensable la demostración de la finalidad terrorista para que pueda entenderse que la conducta se consumó conforme a la descripción legal y la otra, en la que no se requiere haber actuado con tan precisa finalidad. Es el caso de la conducta tipificada en el artículo 7º, concierto para delinquir, en la que se describen dos conductas: a) El que forme parte de un grupo de sicarios y b) El que forme parte de una organización terrorista; y las conductas descritas en el artículo 15, sobre "instrucción y entrenamiento" militar, en donde igualmente se presenta el mismo fenómeno analizado con anterioridad, porque aquí las conductas alternativamente tipificada son: a) El que sin autorización legal organice, instruya, entrene o equipe a persona en tácticas, técnicas o procedimientos militares... y b) El que sin autorización legal organice, instruya, entrene o equipe a personas en tácticas o procedimientos terroristas...; y c)..., o las contrate con fines terroristas.

Finalmente existe una cuarta clase de tipos penales en los cuales la descripción de la conducta no incluye el elemento subjetivo de la finalidad terrorista, pero sí se la agrega en la titulación del artículo, es la situación concreta de los artículos 9 y 27 que respectivamente se titulan "incendio, destrucción o daño de nave, aeronave o medio de transporte por acto terrorista", y "atentados terroristas contra com-

plejos industriales y otras instalaciones"; normas que si se estudian detenidamente no contienen las exigencias que son características de la mayoría de los tipos que constituyen este ordenamiento legislativo. En realidad de verdad, en relación con estas dos conductas no era estrictamente necesario que se incluyera la exigencia terrorista, porque por la misma modalidad comportamental y circunstancial de la conducta, por sí mismas evocan o constituyen el acto terrorista en su esencia, pues que se trata de conductas que implican incendiar, destruir, dañar o causar el hundimiento, naufragio o encallamiento de nave marítima o fluvial o caída, incendio, o daño de aeronave o destruir vehículo o unidad montada sobre ruedas en el caso del tipo inicialmente mencionado; y en el segundo, es la destrucción inutilización mediante bombas o explosivos o cualquier medio apto, una serie de complejos industriales, puentes, aeropuertos, terminales portuarios y similares.

Por qué, tratándose como se trata de un estatuto con finalidades eminentemente antiterroristas se encuentran conductas en las que no aparece esta motivación de la conducta? La situación estructural es clara, porque el elemento subjetivo del tipo existe como una exigencia técnica imprescindible para distinguir una conducta ilícita de una inocua, como sucede con el hurto, porque si no se agrega "el propósito de provecho", es evidente que la conducta consistente en sustraer un bien mueble ajeno constituirá una contravención, una falta civil, o simplemente una conducta inocua, pero no podrá concretarse como un atentado contra el patrimonio económico; en otras ocasiones el elemento subjetivo del tipo sirve para distinguir una conducta ilícita de otra, porque la modalidad comportamental es exactamente la misma y sólo se vienen a distinguir por la finalidad perseguida por el sujeto agente, que es lo que sucedía con el secuestro y el rapto en la anterior legislación penal, puesto que es evidente que el comportamiento delictivo en ambas era un atentado contra la libertad individual, pero en el uno, la finalidad era de beneficio patrimonial o de cualquier otra naturaleza, mientras que en el rapto tenía que ser con fines matrimoniales o libidinosos. Realizado el análisis anterior debe concluirse entonces que fue querer del legislador que algunas conductas por su gravedad o trascendencia social fueran incluidas en el estado antiterrorista sin ser necesario en relación con ellas que se realizaran con finalidades terroristas.

En el estatuto que se analiza, se debe afirmar que si el propósito del legislador es tomar medidas para contrarrestar una determinada forma de delincuencia, es necesario que en sus normas tiene que enfatizarse, cuáles son las conductas que efectivamente, y de manera más eficaz influyen en la perturbación del orden público y porque si se quiere crear un grupo de jueces con una competencia singular, denominada jurisdicción especial, es necesario delimitar su órbita de competencia, para que en un momento determinado, por falta de su precisa individualización, no se conviertan en realidad en jueces ordinarios regulados por las normas generales de competencia y dentro de tales finalidades entonces era indispensable que se especificara el elemento subjetivo. Para clarificar el concepto tómese por ejemplo el caso del homicidio, con el que no era posible pensar que todos los homicidios, cometidos por mil y un motivos, o incluso sin motivaciones especiales,

fueran a quedar dentro de la competencia de estos jueces creados especialmente para combatir una forma específica de delincuencia, determinándose entonces que el homicidio para que fuera del conocimiento de la jurisdicción especial era necesario que se cometiera con finalidades terroristas y sobre alguno de los funcionarios que se mencionan en el artículo 29 del estatuto comentado; es por ello entonces que el homicidio para que sea de competencia de la jurisdicción especial debe ser cometido con fines terroristas, y sobre determinadas personalidades y aún así, es preciso destacar que si se comete el homicidio sobre uno de los personajes allí enumerados pero con motivaciones diversas a las terroristas, las pasionales, por ejemplo, la competencia para conocer del proceso será la señalada en las reglas generales del Código de Procedimiento Penal.

Debe sí advertirse en este caso que el conocimiento de un proceso de homicidio cometido sobre algunas de las personas enumeradas en el artículo 29, en principio, su instrucción le corresponde a los Jueces de Orden Público y sólo luego de que con la investigación se demostrara que las motivaciones del delito fueron diversas a las estrictamente terroristas, se podrá enviar el proceso para que sea conocido por los jueces de la competencia ordinaria.

Pero no todas las conductas que se querían involucrar en esta competencia especial contienen tal finalidad, porque como ya se relievó con anterioridad el legislador extraordinario quiso incluir dentro del estatuto antiterrorista, conductas en las que no es imprescindible actuar con finalidades terroristas sin que por ello se pudiera concluir entonces que la competencia no sea de esa jurisdicción especial. Se explica entonces así el porqué de algunas conductas que escapan a la norma general que caracteriza a las descritas en el estatuto penal que se analiza.

Lo anterior, porque la dificultad para definir o precisar el terrorismo proviene del hecho de que es una designación genérica que engloba toda una serie de actos multiformes que comportan violencia y terror, y son así muchas las conductas que podrían estar comprendidas dentro de la genérica expresión de terrorismo.

Son muchas las conductas en las que no existiría la más mínima duda de que se trata de actividades terroristas, tal el caso de cuando se actúa con elementos capaces de ocasionar un daño común, o cuando se realizan actividades contra altos funcionarios del Estado.

Pero al mismo tiempo existirían otros en los que se presentaría una gran dificultad para ubicarlos como actividades terroristas; de allí entonces que el legislador extraordinario busque una precisión de algunas de esas conductas agregándoles un elemento subjetivo e incluyendo otras que por decisión pública, fundamentalmente por su importancia consideró que deberían estar en un estatuto que pretende restaurar el orden público perturbado.

Esta manera multiforme de presentarse el terrorismo como fenómeno social afecta evidentemente los móviles porque como afirma PREVOST, no se trata sólo de una simple voluntad de negar todo el sistema social, sino que puede ser el combatir una política particular

(la petrolera); una política capitalista, en cuanto al manejo de las políticas económicas, salariales y de reforma agraria; o bien, de oponerse a un cierto comportamiento político.

En el caso concreto en el que se plantea el conflicto de competencias, por ahora y de las pruebas recaudadas sería difícil pensar en la existencia de un delito de rebelión, pero sí por el contrario, es perfectamente factible pensar en la existencia de un secuestro, porque de una u otra manera las víctimas son uniformes para afirmar que fueron privadas de la libertad, que fueron amenazadas, que se obstruyeron con diversos objetos las puertas de salida, que eran vigiladas por personas armadas de garrotes y que las llegaron a amenazar si no se sometían a las órdenes que les eran impartidas y está debidamente probado que esta situación se prolongó durante varios días y en tales condiciones es preciso pensar en la existencia de un delito contra la libertad individual.

Por la prueba recaudada hasta el momento existen elementos que llevan a la Sala a considerar que la toma no fue pacífica, sino que por el contrario se caracterizó por la violencia, así ninguna persona hubiera sido lastimada; porque si la toma hubiera sido pacífica no se daría la presencia de "rehenes" como acertadamente los denomina el Juez Primero de Orden Público y no se hubieran podido concretar las finalidades políticas que los ahora procesados buscaban. Nadie en el Universo acepta la pérdida injusta de la libertad de buena manera, ello sólo es posible, cuando se ejerce contra la víctima medios de violencia o de coerción que le limitan el sagrado derecho a su libertad, y es esa también la razón por la cual no hubo una reacción directa e inmediata de las Fuerzas Armadas. Es entonces que por medio de la toma violenta de la sede del CELAM, y por la retención de los rehenes que los sindicados logran conmover al país y a hacer en principio posible sus exigencias para que se presentaran en esa sede una serie de personalidades de distintos sectores de la población, que estaban dispuestos a acceder a esta conminación para tratar de evitar una tragedia de grandes proporciones. Hubo entonces violencia y se presentó la pérdida injusta e ilegal de la libertad de una serie de ciudadanos y como consecuencia de ello, se pudieron consumar las finalidades políticas buscadas por los sujetos activos del delito, causando la consiguiente zozobra e intranquilidad pública, porque debe afirmarse sin lugar a dudas que si buscaban canales de solución a los problemas del país, lograron exactamente lo contrario, esto es acrecentar la sensación de inseguridad ciudadana.

Antes de llegar a la conclusión definitiva que se evidencia por las reflexiones precedentes, estima la Sala que se debe hacer una consideración en relación con los fenómenos de la conexidad, porque es sumamente frecuente que la realización de estas actividades comporten la ejecución de otras conductas delictivas, como sucede en el caso presente, en el que no puede descartarse la posibilidad de que se hayan ejecutado otros hechos ilícitos, pues se habla de la pérdida de algunos objetos de uso personal; se dice también del daño y destrucción de algunos bienes de la sede del CELAM, y del uso indebido de aparatos de muy costoso funcionamiento como es el caso del télex y telefax,

que no deben ser eliminados, de la misma manera que todos los otros que hubieran podido cometerse.

En el caso que se analiza el fenómeno de la conexidad no genera problema de ninguna naturaleza, porque por lo menos hasta el momento y por los delitos que se alcanzan a vislumbrar como de posible ocurrencia, todos serían de competencia de funcionarios de igual o menor jerarquía y se seguiría la norma general de competencia por conexidad, según la cual conoce de todos ellos, el funcionario de mayor jerarquía.

Pero es igualmente muy probable que la conexidad se presentara con los denominados delitos políticos, porque de manera casi que necesaria las actividades terroristas andan de la mano de los delitos políticos, porque en realidad aquellas son los medios instrumentales utilizados para conseguir los fines últimos de la actividad política subversiva, esto es la toma del poder, y el cambio de la estructura constitucionalmente establecida, y ante la evidencia de tal posibilidad debe hacerse un análisis relacionado con la subsistencia o suspensión temporal tácita de la norma general de competencia sobre delitos conexos.

En el artículo 70, numeral 1º, literal a) el Código de Procedimiento Penal señala como competencia de los jueces superiores el conocimiento de los delitos políticos y además de los delitos contra la vida, el concierto para delinquir, el terrorismo y el secuestro.

Por su parte en el artículo 84 se dispone en el inciso último que "para todos los efectos relacionados con el conocimiento de delitos conexos, el Juez Superior será el de mayor jerarquía".

Los anteriores preceptos nos llevarían dentro de la normalidad institucional para la que fue elaborado el Código de Procedimiento Penal, a interpretar que en caso de conexidad de un delito político con cualquiera otro de los delitos previstos en el Código Penal, siempre y cuando el sujeto activo no tuviere fuero constitucional, que el competente para conocer de ellos será el Juez Superior.

Pero desvertebrada esa normalidad institucional por la ola de violencia que vive el país; promulgada una normatividad excepcional, que señala una competencia especial para unos jueces creados para tal efecto a los que se les destina el conocimiento de un reducido número de conductas delictivas relacionadas la mayoría con el terrorismo, deberá examinarse si la norma antes citada sobre competencia de delitos conexos se encuentra vigente o si por el contrario ha sido suspendida de manera tácita por la expedición de esa normatividad específica que regula la actividad terrorista.

Ya se había sostenido con anterioridad que al crearse una competencia especialísima para los llamados jueces de orden público, el gobierno por medio de un decreto legislativo quería que estos jueces especializados y con recursos técnicos e investigativos excepcionales se dedicasen única y exclusivamente a la investigación y fallo de aquellos delitos que de manera más grave afectan la seguridad ciudadana y constituyen factor de desestabilización de las instituciones jurídicas y políticas; puede afirmarse que era en realidad el seguimiento de la

tendencia legislativa que se ha seguido en otros países, particularmente los europeos y con los cuales se han conseguido logros muy satisfactorios en la lucha contra las más diversas formas de terrorismo.

Dentro de tal propósito se le quitó la competencia a los jueces superiores para el conocimiento de los delitos de terrorismo, secuestro y parcialmente, el concierto para delinquir y delitos contra la vida. Esta finalidad se concretó entonces en el señalamiento de un reducido número de delitos, la mayoría con vinculación terrorista, para que estos jueces pudiesen con mayor dedicación y especialización, y con mayores recursos técnicos que los jueces ordinarios combatir efectivamente las conductas delictivas que están poniendo en peligro de subsistencia a la sociedad y al Estado colombiano.

Las finalidades de política criminal que se advierten para este estatuto son inequívocas y de allí la denominación por el cual se lo reconoció: "Estatuto para la Defensa de la Democracia"; y dentro de tales finalidades políticas y de orden público, ¿podrá considerarse, que está actualmente vigente para estos efectos la norma general de competencia según la cual en caso de conexidad entre un delito de terrorismo y uno de carácter político, la competencia para conocer de ese proceso lo será el Juez Superior? No lo considera así la Sala, y por el contrario predica la suspensión tácita de esta norma de competencia por conexidad en virtud de la promulgación del decreto legislativo tantas veces citado; y la conclusión a que llega la Sala es lógica, si se tienen en cuenta las finalidades para las cuales fue creada esta competencia excepcional que en realidad justifican la existencia del Decreto 180. Llegar a una conclusión contraria sería desvertebrar las finalidades de política criminal que dieron nacimiento a esta normatividad y sería en realidad una forma de hacerle perder eficacia al Estatuto para la Defensa de la Democracia, porque como ya se dijo de manera regular el delito político y el terrorista andan de la mano y por medio de esta interpretación se harían inanes los esfuerzos del Gobierno que verificaría que la utilización de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, no tendrían la eficacia que buscaba con la expedición del decreto comentado.

Tratándose como se trata de un decreto legislativo, por medio del cual el Gobierno utiliza las facultades excepcionales del artículo 121 de la Constitución Nacional es lógico concluir, que el Decreto 180, suspendió de manera tácita y temporalmente la vigencia del último inciso del artículo 84 del Código de Procedimiento Penal en todo lo que haga relación a los delitos de terrorismo, y por cualquiera otro delito que entre en conexión con algunos de los que aparecen específicamente descritos en el mencionado decreto, debiéndose concluir que la competencia será de los jueces de orden público.

Avala esta afirmación, el contenido mismo del artículo 52 del Decreto 180 de 1988, que decide que las disposiciones del mencionado decreto se aplicarán a los delitos cometidos desde su vigencia "... y suspende las disposiciones que le sean contrarias" *(Subraya la Sala), como lo es, obviamente, la norma general de competencias a que se ha hecho alusión anteriormente.*

A más de lo anterior, el Decreto 474 de 1988, "por el cual se organiza la jurisdicción de orden público, se establecen nuevas competencias *y se dictan otras disposiciones" a través de la asignación del conocimiento de procesos por algunos delitos a los Jueces de Orden Público, y su segunda instancia al Tribunal correspondiente, resolvió definitivamente la situación puesto que en el artículo 2º, numeral 2º, luego de enumerar como competencia de la jurisdicción que allí se reorganiza a las conductas típicas descritas en el Decreto 180 de 1988, señala que la competencia de tales funcionarios se extenderá a los delitos conexos con ellos, esto es, que en virtud de tal disposición, cuando concurra con alguno de tales delitos el de rebelión, o cualquiera de los denominados "Políticos", el juez que deberá tramitar el proceso lo es el de orden público, no el superior quien en virtud de la normatividad especial ve suspendida su competencia en razón de la conexidad, no así la que le correspondería en caso de que el delito político fuera cometido sin relación alguna con el de terrorismo u otro cualquiera de los descritos en el Decreto 180 de 1988, en cuyo caso, sí adquirirán la facultad de tal juzgamiento con exclusión del Juez de Orden Público.*

Adicionalmente, debe precisarse, que el mismo Decreto 180 de 1988 estableció un procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos atribuidos a la competencia de los jueces de orden público, en el cual ninguna mención se hizo al jurado de conciencia; esta situación, si bien supondría un enfrentamiento con las normas generales según las cuales determinadas infracciones deben juzgarse con la participación de un juez popular, tiene clara solución al interpretarse la normatividad, como que el Decreto 180 mencionado es norma especial y posterior a la regulación general del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), con lo cual debe primar sobre el estatuto ritual mencionado, debiéndose, en consecuencia, adelantarse el juzgamiento sin la intervención del jurado de conciencia y con estricto ceñimiento a las normas procesales consagradas en el Decreto 180 de 1988.

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

Resuelve:

Dirimir el conflicto de competencias trabado entre el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Bogotá, y el Juzgado Primero de Orden Público de la misma ciudad, asignando la competencia para conocer de este proceso al Juzgado Primero de Orden Público, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia con lo anterior, *remítase* la actuación al Juzgado que corresponda; y envíese copia de esta providencia al Juzgado de Instrucción Criminal para los efectos legales pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Dídimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Admitir aprehensiones, comentarios o posiciones subjetivas de las partes para variar las reglas que gobiernan la competencia por el factor territorial, es desnaturalizar los fines de este instituto

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada: Acta número 57 de septiembre 13 de 1988.

Vistos:

El Juez Superior de Florencia (Caquetá) ha remitido a esta Corporación, la solicitud de cambio de radicación a otro Distrito Judicial, del proceso que cursa en ese Despacho contra *Jaime Cruz González* y otros, impetrada por el doctor Ismael Ramírez Gasca, apoderado de la parte civil. La Sala decide de plano la solicitud aludida.

Antecedentes:

1º Bajo el supuesto de que varias irregularidades presentadas en el proceso en que actúa, pueden afectar la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, el solicitante invoca ante la Corte Suprema de Justicia, el cambio de radicación del proceso a otro Distrito Judicial, con los siguientes argumentos:

a) Que durante el desarrollo de la audiencia pública, se conoció que uno de los procesados, a cambio de dinero, semovientes y una finca, admitió ser el único responsable de los delitos porque se procede, excluyendo con ello, la responsabilidad de los demás implicados;

b) Que la posición asumida por la representante del Ministerio Público, en el acto del debate público, en cuanto desconoce pruebas que incriminan a todos los procesados, para solicitar al jurado popular, la condena para uno y la absolución para los demás, es absurda, y;

c) Que existe certificación en el proceso, expedida por la juez instructora que adelantó el sumario, en donde se dice que dicha funcio-

naria recibió oferta de dinero para desviar el curso de la investigación y proferir en favor de uno de los procesados, cesación de procedimiento.

2º El defensor de Jaime Cruz, considera en escrito dirigido a esta Corporación, que ninguna razón jurídica le asiste al peticionario, en cuanto que su solicitud no contempla alguna de las causales que permiten el cambio de radicación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, tratándose entonces, de una "triquiñuela" del apoderado de la parte civil, para entorpecer la administración de justicia. Critica el hecho de que la funcionaria de instrucción haya encubierto la posible comisión de un delito, al no denunciar en su oportunidad el ofrecimiento por ella certificado, y esperar hasta la audiencia pública para presentar la certificación a que se alude y que hace parte del proceso. Solicita, por último, se investigue la conducta del peticionario, en cuanto atenta contra la lealtad debida a la administración de justicia, conforme lo señala el Decreto 196 de 1971.

Consideraciones y solución de la Sala:

Una vez más aprovecha la Sala, para destacar la importancia de esta medida extraordinaria, en procura de exigir a quien pretenda su aplicación, esgrima argumentos serios que coincidan con la necesidad de preservar la recta administración de justicia, las garantías de quienes intervienen en el proceso, del mantenimiento del orden público, la publicidad del juzgamiento o la seguridad del procesado, de conformidad con las causales señaladas en el artículo 78 del estatuto procedimental. Por lo que, admitir aprehensiones, comentarios o posiciones subjetivas de las partes para variar las reglas que gobiernan la competencia por el factor territorial, es desnaturalizar los fines de este instituto.

Sea lo anterior introducción suficiente, para acometer el estudio de los argumentos del solicitante, en el mismo orden de su presentación:

a) *No obstante que de por sí solo el hecho descrito en el literal a) del punto primero del capítulo signado como antecedentes, no es causal que permita el cambio de radicación del proceso a un sitio distinto, puesto que los conceptos de imparcialidad o independencia hacen relación a las especiales condiciones en que los procesados y las demás partes puedan ejercer todos sus derechos procesales y constitucionales, se precisa advertir que en reciente pronunciamiento de esta Corporación se determinó que quien pretenda el cambio de radicación es al que le corresponde presentar las pruebas en que fundamenta su petición, so pena de que al no hacerlo, corre el riesgo de fracasar en su empeño, notándose que en este preciso punto, la Corporación no encuentra la prueba que a juicio del solicitante ameritaba la aplicación de la medida. Por lo anterior, su argumento carece de valor, pudiendo utilizar otros medios jurídicos para corregir la supuesta irregularidad, tales como la interposición de los recursos a que tiene derecho, si sus intereses se agravian injustamente;*

b) *La posición que asumiera la representante del Ministerio Público en el momento de la audiencia pública, sin duda alguna es la mejor muestra del normal desarrollo de un debate de tal naturaleza, puesto que permite la presentación del análisis probatorio desde distintos puntos de vista, para ilustrar con mejores argumentos al jurado popular. Nada se opone para que quien represente a la sociedad, precisamente en cumplimiento de su misión, considere que ante la ausencia de pruebas en contra de uno o varios de los enjuiciados se solicite en su favor pronunciamiento absolutorio, y por el contrario, si considera que la prueba existente conduce a la certeza sobre la responsabilidad de alguno de los procesos, se procure su condena. El Fiscal, recuérdese, no siempre será el persistente acusador, puesto que su representación de la sociedad su obligación también se extiende hasta lograr que no se condene a un inocente. Valga la misma crítica nacida, en cuanto no encuentra la Sala prueba alguna que permita sustentar el cargo incierto de la falta de imparcialidad o independencia de la administración de justicia, cuando lo que se ha podido observar ante la falta de copias del debate público, suspendido en postura procesal cuestionable, es que éste, permitió a las partes que actuaron hacerlo en igualdad de condiciones, se diría la perfecta controversia, en torno al análisis probatorio.* No se justifica el traslado pedido, pues el fundamento en que se apoya carece de todo respaldo en la documentación que sirva a la Sala para adoptar la debida decisión, argumento de la Sala válido para todas las irregularidades expuestas como causales, por lo que no se ordenará el traslado del proceso a otro Distrito Judicial, como se pretende;

c) No obstante el supuesto ofrecimiento hecho a la juez instructora, tendiente a desviar el curso de la investigación, lo cierto es que el proceso llegó hasta la etapa calificatoria, sin que se desvinculara al procesado de quien se dice lo hizo en postura ciertamente delictuosa, lo que demuestra la imparcialidad de la justicia, en cuanto nada, ni aún el ofrecimiento de utilidad al empleado oficial fueron suficientes para lograr el cometido.

Extraña a la Sala y será motivo para que el Tribunal Superior disponga lo pertinente, el hecho omisivo de la Juez de Instrucción Criminal, en presunta contradicción con lo dispuesto en el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, al no comunicarse sin tardanza el hecho supuestamente delictuoso cometido por uno de los procesados. De otra parte y al tenerse conocimiento de tal situación, se deberá adelantar la investigación correspondiente con relación a la posible comisión del hecho delictuoso imputado a Jaime Cruz González. Nota atenta de lo anterior, tomará el juez de conocimiento para que compulse las copias pertinentes.

Tampoco la circunstancia anteriormente comentada es suficiente para que se dé aplicación a la medida extraordinaria del cambio de radicación, pues tal, no comprometió en manera alguna la recta e imparcial justicia, si se tiene en cuenta que de nada le valió al procesado, el ofrecimiento para lograr su desvinculación del proceso.

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

Resuelve:

No disponer el cambio de radicación solicitado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

VEREDICTO

Tradicionalmente ha venido reconociéndose la existencia de tres categorías de veredictos fallidos, apuntando a la naturaleza del vicio que lo invalida y lógicamente a sus consecuencias procesales

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada: Acta número 57 de septiembre 13 de 1988.

Vistos:

Agotados los trámites procesales, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de la procesada *María Adela Chaparro de Silva* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, que la condenó a la pena principal de diez (10) años de prisión como autora responsable del delito de homicidio.

Hechos:

Se procesó y condenó a María Adela Chaparro de Silva por haber dado muerte a Belisario Aza Chaparro, en hechos ocurridos el diez (10) de marzo de 1987, en el Municipio de Aratoca.

Actuación procesal:

El proceso fue adelantado en su parte investigativa por los Juzgados Promiscuo Municipal de Aratoca y 17 de Instrucción Criminal de ese Distrito Judicial, habiéndole correspondido la calificación del mérito del sumario al Juzgado Segundo Superior de San Gil, despacho que llamó a responder en juicio criminal a la procesada.

Rituado el juicio se celebró la audiencia pública con intervención del jurado de conciencia, quien previo el debate respondió de la siguiente forma el veredicto puesto a su consideración: *"Sí lo mató; en riña imprevista"*.

El Juzgado Superior acogió el anterior veredicto y condenó a la procesada a la pena de diez (10) años de prisión. Apelada esta decisión el Tribunal la confirmó integralmente.

La demanda de casación:

Cargo único:

Al amparo de la causal cuarta de casación, conforme al artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior aplicable al caso, el censor acusa la sentencia de segunda instancia por haberse dictado en juicio viciado de nulidad, por considerar que el fallo se profirió sobre un veredicto inexistente; sostiene en defensa de su tesis el casacionista que "...el veredicto que el jurado le dio a doña María Adela suscita perplejidad y confusión en la mente del fallador y por tal motivo violó los preceptos que resguardan el debido proceso, razón por la cual se incurrió en nulidad de rango constitucional".

La defensa francamente reconoce que doña María Adela fue condenada sin que el jurado de conciencia la declarara responsable el jurado apenas le hizo la imputación de que sí mató pero nada más, ya que el agregado por ser figura inerte no le puede dar vida jurídica a un veredicto tan extrañamente concebido".

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, emitió su concepto en el cual se muestra adverso a las pretensiones de la demanda por considerar que el veredicto es coherente y sus términos guardan la debida armonía gramatical para entender la idea expresada en él. Discurre así el Ministerio Público:

"Ninguna incertidumbre existía en el proceso acerca de la autoría del comportamiento que fue objeto de investigación, tanto para el momento en que fue elaborado el cuestionario, como para aquel en que el jurado pronunció su veredicción y tal situación fue conocida por los integrantes de él como quiera que a más de estar el cargo formulado, expresa y claramente consignado en el auto vocatorio a juicio en donde se efectuó mención de cada una de las piezas componentes del abundante caudal probatorio existentes sobre el particular y que señaló a la procesada Chaparro de Silva como la persona que accionara el arma contra el hoy occiso el día y hora en que tuvieron ocurrencia los hechos, y tal circunstancia fue aceptada por el fiscal en la audiencia, en donde solicitó el pronunciamiento afirmativo de responsabilidad de la procesada, como por el defensor de ésta, al solicitar a los miembros del jurado una respuesta afirmativa de autoría pero con el reconocimiento de una eximente de responsabilidad, así: 'Sí lo mató, pero en legítima defensa suya y su esposo'. 'Sí lo mató, pero bajo la convicción errada e invencible de estar amparada por una causal de justificación'. 'Sí, pero en exceso de legítima defensa suya y la de su esposo'.

"Luego la respuesta afirmativa del jurado de conciencia al interrogante que le fuera planteado por el juzgado se refirió a la responsabilidad de la causada por los hechos que le fueron imputados en el auto de proceder, en ella no existió negación en relación a los aspectos contemplados por el cuestionario, puesto que no se efectuó un rechazo concreto a alguno de ellos, ni siquiera se guardó silencio u omisión

sobre temas específicos que le fueron propuestos, que de todos modos hubiesen indicado su aceptación de lo afirmado en la pregunta, por cuanto toda respuesta debe considerarse en forma integral en relación con ella".

Consideraciones de la Sala:

I. Desde el punto de vista de la técnica del recurso la demanda está correctamente encausada ya que el debido proceso resulta lesionado cuando un acto procesal viola el derecho de defensa o las reglas esenciales de la actuación procedimental, como ocurre indudablemente en los casos en los que la sentencia haya sido edificada sobre un veredicto inexistente, lo cual impone la declaratoria de la nulidad constitucional.

II. Para la resolución del asunto planteado deben ponerse de presente algunas cuestiones, así:

1º El veredicto, como expresión de los jueces populares es una decisión de conciencia sobre la responsabilidad penal del procesado; respuesta, que por ello no requiere estar sustentada sobre un rígido criterio lógico racional en la apreciación de las pruebas, ni construido con expresiones técnico jurídicas se requiere sí que sea contentivo de una "afirmación categórica de responsabilidad", que tenga sustento probatorio, y que sea claro y preciso en sus términos; cuando ello no ocurre el veredicto resulta fallido.

2º Tradicionalmente ha venido reconociéndose la existencia de tres categorías de veredictos fallidos, apuntando esta clasificación a la naturaleza del vicio que lo invalida y lógicamente a sus consecuencias procesales; se habla entonces de veredictos contraevidentes, contradictorios e inexistentes.

3º El veredicto es contraevidente cuando niega la verdad de los hechos, no tiene por ello sustento probatorio, por el contrario se expresa en sentido inverso a la contundencia de la realidad probatoria. El juicio de contraevidencia es entonces un examen del veredicto con referencia a la realidad procesal, y no sobre la estructura misma del veredicto que en ese aspecto no ofrece reparo alguno.

4º Por el contrario, el veredicto contradictorio, es aquel que se niega así mismo, y que como concepto se afirma y se niega al mismo tiempo —lo contradictorio es por ello un juicio al interior mismo del veredicto—, sobre su propia estructura que está viciada, sin referencia alguna a la realidad procesal.

5º Al tiempo que los veredictos inexistentes "son aquellos cuyo contenido conceptual se agota en un punto en que no es posible aprehender su verdadero y auténtico sentido. Comprenden siempre una decisión inacabada, a medias, pues la responsabilidad que atribuyen o niegan, no puede ser traducida al derecho con absoluta fidelidad". La calificación de inexistente de un veredicto es solución ineludible cuando la falta de claridad de su propia estructura, no puede descifrarse con la realidad procesal y las alegaciones de las partes en la

audiencia no permiten desentrañar su alcance. En otros términos no es posible en el juicio de inexistencia del veredicto, circunscribirlo al estudio de su propia estructura sino que se requiere echar mano de la realidad procesal y sobre todo de los debates de audiencia para buscar la claridad requerida.

III. El asunto que se resuelve por la Corte, gira en torno al siguiente veredicto. "Si lo mató; en riña imprevista", respuesta del jurado que el actor juzga inexistente.

No comparte la Sala esta apreciación del casacionista, en primer término, porque toda su argumentación se sustenta sobre la premisa de que el juicio de inexistencia del veredicto es un examen al interior de este, sin referencia a los debates de audiencia y con sujeción única y exclusivamente a su literalidad en forma artificiosamente entendida.

Esto se deduce de su afirmación de que "el jurado apenas le hizo la imputación de que sí mató pero nada más", y que la expresión "si lo mató", afirma sólo la autoría pero no la responsabilidad.

Si se revisa la cuestión dentro del contexto del proceso y de las alegaciones de audiencia, claramente se puede apreciar que la veredicción estudiada no es inexistente, sino que por el contrario se trata de un veredicto condenatorio como lo entendieron los juzgadores.

Recuérdese en primer término que la procesada María Adela Chaparro de Silva fue convocada a juicio por el delito de homicidio intencional en los términos del artículo 323 del Código Penal y que en desarrollo de tal convocatoria el cuestionario sometido a consideración de los jueces de conciencia por el juzgado, preguntaba por la responsabilidad penal de la Chaparro de Silva por haber ejecutado la muerte de Belisario Aza Chaparro en forma voluntaria y con intención de matar.

Ya en el debate de la audiencia pública, el señor Fiscal del Juzgado Superior después de un análisis de la prueba aportada y de hacer extensa consideración sobre la responsabilidad de la procesada, solicitó a los jueces responder "sí es responsable". Por su parte el vocero de la defensa alegó en favor de la acusada el haber actuado en legítima defensa de su vida o inculpablemente dentro de un error sobre la antijuridicidad; al tiempo que el defensor, que es el mismo casacionista, dedicó su intervención a demostrarle al jurado la no responsabilidad de la Chaparro de Silva, y al finalizar su intervención le propuso a los jueces las siguientes fórmulas alternativas como respuesta al cuestionario: a) Sí lo mató, pero en legítima defensa suya y de su su esposo; b) Sí lo mató, pero bajo la convicción errada e inevitable de estar amparada por una causal de justificación; y c) Si, pero en exceso de legítima defensa suya y la de su esposo.

La primera observación importante que debe hacerse es que en el proceso que hoy se estudia, en ningún instante, ni siquiera en los primeros momentos de la investigación, existió la menor duda sobre la autoría del homicidio por parte de María Adela Chaparro de Silva, ello nunca se discutió ni se puso en duda; y el debate de audiencia se

ocupó de la responsabilidad de la procesada pero no tuvo ninguna referencia a la autoría para negarla. Este fue un supuesto aceptado por todas las partes dentro del proceso.

La otra reflexión que se debe hacer dentro del contexto de la audiencia pública, es que los jueces en su respuesta rechazaron las propuestas alternativas hechas por la defensa que implicaban la no responsabilidad de la procesada o su responsabilidad atenuada, y resolvieron afimar la responsabilidad de María Adela pero fueron influidos por el léxico de la defensa al afirmar "sí lo mató", agregándole además la forma como ellos pensaron que había sucedido el hecho en riña imprevista lo cual jurídicamente no tiene trascendencia como lo acepta el mismo censor.

Es indudable entonces, que los jueces de conciencia estaban afirmando la responsabilidad de la procesada, como acertadamente lo entendieron los juzgadores.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

PECULADO

Es peculado culposo la conducta imprudente del funcionario judicial, que da lugar a que se pierdan los bienes depositados en su poder y sobre los cuales debía ejercer custodia en forma diligente para su guarda y conservación

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 057 (septiembre 13 de 1988).

Vistos:

El Tribunal Superior de Quibdó mediante auto de 3 de febrero pasado llamó a responder en juicio por abuso de autoridad al señor *César Otoniel Arias Rengifo*, Juez 3º Penal Municipal (Encargado) de esa ciudad, dentro del proceso adelantado en su contra por denuncia enviada por el titular de ese despacho doctor Antonio A. Paz Perea por la pérdida de determinados objetos pertenecientes al proceso contra Armando Londoño Luna, donde es denunciante Juana María Córdoba Moreno y además dispuso medida asegurativa al procesado. Recurrida en reposición y apelación esta providencia, el Tribunal negó el primero de los recursos y concedió el segundo, para cuya definición remitió el asunto a esta Corporación.

Dentro del trámite de segunda instancia fue recibido el concepto de la Procuraduría Delegada con solicitud de modificar el enjuiciamiento para pronunciarlo por el delito de peculado culposo.

La acusación:

De acuerdo con la información enviada por el doctor Antonio A. Paz Perea, Juez 3º Penal Municipal de Quibdó al Tribunal de ese Distrito, el juez encargado inició el 3 de julio de 1985 investigación contra Armando Londoño Luna por delito contra el patrimonio económico por denuncia formulada por Juana María Córdoba Moreno. Al reintegrarse el titular a su despacho y examinar el proceso en mención, no encontró constancia de depósito de objetos relacionados con el mismo; pero cuando el sindicado Londoño Luna amplió la indagatoria aseguró la entrega de dos cadenas de oro al entonces juez Arias Rengifo y presentó recibo que así lo acreditaba, calendado el 16 de julio de 1985.

Y según el mismo funcionario, el juez acusado le llevó tales objetos para que los empeñara y le entregara el dinero, no habiendo sido devueltos, ni encontrados en la oficina.

Con el informe anterior se allegaron copia de la diligencia mencionada y del recibo de las joyas. En cuanto a los mismos hechos se refirió la señora Juana María Córdoba Moreno en escrito que obra en autos (fl. 107).

Actuación procesal:

Una vez iniciada la investigación se agregaron copias del proceso en el cual se produjo la irregularidad; también se acreditó la calidad del acusado y se recibieron las declaraciones de los testigos y la versión del acusado. Cerrada por considerarse perfeccionada, el Tribunal en desacuerdo con la Fiscalía que solicitó enjuiciamiento decretó sobreseimiento temporal por encontrar vacíos en la investigación, dada la oposición existente entre la versión del acusado de haber hecho entrega de las alhajas al procesado Londoño Luna para su refacción porque aparecían como de deficiente aleación y lo afirmado por este último en cuanto a que tales objetos se los entregó el juez encargado con el fin de que las empeñara y le entregara el dinero con la promesa de efectuar posteriormente la devolución, lo que no cumplió.

En la reapertura de la investigación se realizaron las pruebas ordenadas; se confrontaron las versiones de Londoño Luna con los testigos y se ampliaron algunas declaraciones. Cerrada nuevamente la investigación y cumplido el trámite del caso, se profirió la decisión impugnada.

La providencia impugnada:

En la nueva calificación, la Fiscalía solicitó enjuiciamiento por el delito de peculado culposo, dado que no obstante la oposición entre las versiones del funcionario acusado y el juez titular, observadas las nuevas pruebas, se deducía que éste procedió indebidamente al devolver las mencionadas cadenas al procesado Londoño Luna, con incumplimiento o quebranto de su obligación, lo cual sustentaba el cargo referido.

El Tribunal decidió proferir enjuiciamiento contra el incriminado por abuso de autoridad e imponerle conminación como medida asegurativa. Anota que el acusado sostiene su versión, apoyada por algunos testigos y que Londoño Luna incurre en imprecisiones en la forma como ocurrieron los hechos. Admitidas las manifestaciones del primero, deduce irregularidad en su actuación al devolver los objetos depositados en el juzgado, pues no le correspondía adoptar esta medida de componedor y si existía alteración en el depósito de elementos sin calidad suficiente por parte de Londoño Luna, debía dirigir la investigación por esta vía. Concluye que la presión que se ejerció sobre el procesado referido y el haberle entregado los objetos en depósito, permiten ubicar el hecho ilícito en la norma correspondiente (art. 152 del C. P.), con base en la cual se dictó en enjuiciamiento (art. 677 del C. de P. P.).

La apelación:

Expresa el acusado que la irregularidad investigada la cometió sin ánimo doloso y que fue fruto de su negligencia por no hacer firmar a Londoño Luna el acta de devolución de los objetos con constancia de su estado en ese momento, no obstante lo anotado en el recibo inicial firmado por él de tratarse de aleación de 18 kilates de oro. Esto lo hizo para evitar que después se afirmara que él las había sustituido y se responsabilizara sólo el depositante. Trató de subsanar situación que juzgó podría perjudicarlo y procedió por la ofuscación del momento y su desconocimiento de las normas legales (art. 40, numeral 4º del C. P.). Solicita reposición y en subsidio apelación.

El Tribunal al negar el primero de estos recursos y conceder el segundo estimó que no existía la causal de justificación alegada dada la irregularidad en la devolución.

Concepto de la Procuraduría Delegada:

Solicita la modificación del auto apelado para fundar el enjuiciamiento en la infracción al artículo 137 del Código Penal por configurarse peculado culposo dadas las contradicciones de Londoño Luna y que las otras pruebas desvirtúan su dicho y atendida la confesión del acusado. El concepto hace referencia a los hechos y pruebas recibidas como a las diferentes versiones del testigo, pues las afirmaciones de Londoño Luna no fueron apoyadas por el testigo Mena Rivas y a la versión del incriminado de haber recibido tales objetos con la finalidad de reponerlos con las especificaciones requeridas, para responder a la persona que le había entregado el oro para su elaboración.

Se considera:

1º Es procedente la apelación por hallarse debidamente concedida y reunir los requisitos exigidos.

2º Se demostró la calidad de juez encargado del acusado con las constancias de su nombramiento, posesión y ejercicio del cargo, como también aparece de su indagatoria y de actuaciones procesales.

3º La acusación que se formula contra el procesado es la de que habiendo recibido por cuenta del proceso ya mencionado, tramitado en el juzgado —en ese momento a su cargo y que se inició por él— determinados objetos que el procesado entregaba o depositaba en relación con la infracción contra la propiedad por la cual fue denunciado, los devolvió a quien los había llevado al juzgado, en forma irregular y sin dejar constancia alguna, siendo esa devolución improcedente.

Tal depósito resulta suficientemente comprobado con el recibo expedido por el juez encargado César Otoniel Arias Rengifo a Armando Londoño Luna, con fecha de julio 16 de 1985, cuya copia obra en autos y con relación a la denuncia formulada contra el mismo por Juana María Córdoba Moreno por infracción contra la propiedad.

Se agregaron copias del proceso contra Londoño Luna, en el que obra su ampliación de indagatoria, en donde hace la acusación al juez encargado; también la denuncia formulada por Juana María Córdoba Moreno por cuanto habiéndole entregado determinada cantidad de oro y realizando el pago para la elaboración de unas cadenas de oro, no dio cumplimiento a su compromiso dando lugar a la investigación. Tal entrega de otra parte se acepta por el acusado en sus intervenciones, y es reiterada por Londoño Luna; también se refiere a este hecho el testigo Juan de la Cruz Mosquera C., quien prestaba por esa época sus servicios como empleado de la oficina.

4º La explicación sostenida del acusado ante el cargo resultante en su contra, por no encontrarse en la oficina ni haber presentado los objetos que recibió en depósito, consiste en que al observar que las alhajas no eran de la calidad afirmada por Londoño Luna, procedió a entregárselas para que las devolviera, corrigiendo las fallas anotadas y con la debida alcación, sin que lo retornara el recibo inicialmente expedido. Así se desprende de su indagatoria y del careo entre el procesado y el mencionado Londoño Luna.

Frente a estas afirmaciones del acusado, aparecen las del mencionado depositante, en el sentido de que si bien recibió del juez encargado Arias Rengifo los objetos indicados, lo hizo a petición de éste para efecto de empeñarlos, lo cual se le facilitaba por su amistad con los dueños del negocio prendario y para entregarle el dinero al procesado, como lo efectuó. Que si bien ante el incumplimiento del último las reparó por su cuenta o se le suministró el oro, no hizo la entrega en el juzgado por estar pendiente de que el incriminado le hiciera la restitución del dinero del caso.

Examinada esta última versión, como lo consideró el Tribunal y lo anota el concepto Fiscal, no aparece suficientemente confirmada por otros elementos de juicio. En primer término se observa que el deponente referido incurre en vacíos, en imprecisiones, pues expresa inicialmente que fue llamado por el juez para la entrega de las cadenas de oro y posteriormente que él acudió ante aquél para efecto de que se las entregara y sustituirlas por otras de menos quilates, anteriormente afirmó haber entregado el dinero producto del empeño al juez y después expresa que vendió las alhajas nuevamente elaboradas y que regaló 4.000 al funcionario y 2.000 a su ayudante Carlos Mena Rivas. Existiendo otras fallas en sus manifestaciones, que destaca el Tribunal en su anterior providencia de sobreseimiento temporal, como la Fiscalía y la Procuraduría en esta instancia.

Igualmente, los testigos citados no ratifican en forma suficiente la versión del denunciante, Carlos Mena Rivas aunque está de acuerdo con éste en algunos aspectos no recuerda sino de una sola elaboración de los objetos y tampoco en cuanto al dinero entregado por Londoño al juez y a él, como aparece del careo con el incriminado Isaías Córdoba (fl. 96) quien según Londoño acompañaba al juez cuando se presentó para pedirle empeñara los objetos, lo niega enfáticamente, como también lo expresó el acusado. Y no obstante se demostró que Londoño Luna entregó en prenda los objetos de la naturaleza expresada,

en dos fechas diferentes (inspecciones judiciales fls. 111, 113, 137), no coinciden con exactitud los valores correspondientes, como se ha anotado en el proceso.

La versión del acusado resulta apoyada por los dichos de los testigos Néstor Palacios, Régulo Valencia y José Noel Mosquera en cuanto a que la devolución la efectuó el juez Arias Rengifo en su oficina y por no ser los bienes indicados de la calidad requerida.

Ante la situación probatoria reseñada, debe acogerse la versión del acusado en lo referente a la devolución que hizo a Londoño Lona para la refacción de los objetos en cuestión.

5º *Resulta anormal la actuación del incriminado, por cuanto aparte de no haber dejado —como era su obligación— constancia del depósito o entrega por parte del acusado de los efectos indicados por cuenta de la obligación existente y con destino al proceso respectivo, procedió también irregularmente a su devolución, si bien alega que por las razones referidas. Tampoco hizo anotación alguna en el proceso o adoptó las medidas necesarias si consideraba que aquellos no tenían la calidades según lo convenido con quien le había encargado la elaboración.*

Pero esta irregular actuación no configura como lo considera el Tribunal Superior de Quibdó un delito de abuso de autoridad, sino que constituye conducta imprudente del funcionario judicial, que dio lugar a que se perdieran los bienes depositados en su poder y sobre los cuales debía ejercer custodia en forma diligente para su guarda y conservación. Conducta prevista en el artículo 137 del Código Penal.

Cuestión que aparece aún más clara si se tiene en cuenta, como ya se expresó, que el juez se abstuvo además de hacer constar los hechos correspondientes, dando lugar a la situación equívoca, materia de la investigación, y obviamente a que se extravíen objetos que debían quedar en el juzgado para darle el destino que se dispusiera en el proceso.

Por tanto, como ha solicitado la Procuraduría debe modificarse la providencia recurrida para apoyar la acusación en la infracción indicada.

6º Al sustentar la apelación el procesado alega la existencia de causal de inculpabilidad por actuar en el convencimiento de que su acción no configuraba infracción alguna. Esta alegación carece de fundamento y no cabe acogerla, pues aparte de que no podía ignorar como empleado judicial las obligaciones correspondientes al destino que desempeñaba, las circunstancias del hecho no contribuyeron a corroborarlo ya que, debe insistirse, en que no resulta explicable, en forma alguna, que omitiera dejar las constancias necesarias en la actuación, para aclarar y comprobar cuál fue su conducta al actuar en el convencimiento de que era procedente la devolución. Y por el contrario vino a tenerse conocimiento del irregular proceder únicamente cuando el juez titular se enteró de los hechos por reclamo ante él formulado por la denunciante. Razón ya rechazada en primera instancia al resolver la reposición intentada.

Como la infracción por la cual se llama a juicio se encuentra sancionada con arresto (art. 137 del C. P.), se procede a la medida de aseguramiento de conminación (art. 416 del C. de P. P.) ya decretada por el Tribunal y no se hace por tanto necesaria modificación alguna al respecto.

A pesar que el mismo procesado acepta en su injurada que para el tiempo de los hechos se encontraba como juez encargado, no está por demás, a fin de dilucidar cualquier duda que pueda existir sobre este aspecto, que durante la etapa probatoria del juicio se agreguen los documentos indispensables tendiente a establecer dicha calidad. El Tribunal para tales efectos tomará las medidas indicadas y ordenará las diligencias pertinentes del caso.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del Ministerio Público,

Resuelve:

Modificar la providencia en cuanto al enjuiciamiento que se formula al procesado César Otoniel Arias Rengifo, de notas civiles conocidas, por peculado en las circunstancias anteriormente señaladas (Libro II, título 3º, Capítulo 1º). Se *confirma* en lo restante.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Manrilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

Sólo cuando las pruebas solicitadas y omitidas modifiquen realmente los resultados del proceso o su decisión o hubieran tenido valor para producir dicha consecuencia, su omisión puede ocasionar la nulidad

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 059.

Vistos:

El defensor del procesado *Miguel Angel Ortiz Salazar* interpuso recurso de casación contra la sentencia de noviembre 25 de 1987 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, confirmatoria en su integridad de la de primera instancia dictada por el Juzgado 37 Penal de este Circuito calendada el 2 de octubre del mismo año y por medio de la cual se impuso al acusado la pena principal de 40 meses de prisión y las accesorias, además de la condena en perjuicios en suma concreta, como coautor del delito de hurto de objetos de Radio Melodía sustraídos en el Municipio de Bosa, Distrito Especial de Bogotá, la noche del 14 de noviembre de 1986.

Recibido el concepto de la Procuraduría 1ª Delegada en lo Penal con solicitud de abstención por parte de esta Corporación de casar el fallo referido, se procede a adoptar la decisión del caso.

Hechos:

La Procuraduría Delegada en su concepto los resumió de la siguiente manera:

"La noche del 14 de noviembre de 1986 varios individuos penetraron en la sede trasmisores de Radio Melodía del Municipio de Bosa, reduciendo a la impotencia a custodios y moradores, para luego apoderarse de equipos y maquinaria muy cuantiosos. Instantes después y en lugar cercano pudo hallarse uno de los vehículos en que huyeron los delincuentes con la mercancía sustraída y conducido por el procesado Miguel Angel Ortiz Salazar, quien fue capturado y puesto a disposición de la autoridad competente" (fl. 29 cuaderno de la Corte).

Actuación procesal:

Iniciada la investigación y oídas las declaraciones de quienes se encontraban en las dependencias en donde se cometió el ilícito, al igual que las de los agentes que recibieron al capturado Miguel Angel Ortiz Salazar con el vehículo donde se encontraban los bienes sustraídos y oído éste en indagatoria en la que afirmó haber sido coaccionado por hombres desconocidos para transportarlos, se dictó en su contra auto de detención, medida confirmada por el Tribunal Superior al conocer el recurso de apelación.

Perfeccionada la investigación se calificó con enjuiciamiento por hurto calificado y agravado por fingir ser autoridad, cometerse de noche y por más de dos personas, decisión ratificada por el Tribunal al resolver la apelación. Cumplidos los trámites se dictó la sentencia de primera instancia, confirmada mediante la que es objeto del recurso extraordinario.

La demanda:

Con resumen de los hechos y de la actuación procesal, invoca el actor contra la sentencia las causales cuarta y primera de casación de acuerdo al artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal y con base en las mismas y en la norma constitucional, formula las acusaciones que se enuncian seguidamente.

Primer cargo:

Afirma el demandante que se afectaron las garantías del debido proceso incurriéndose consecuentemente en nulidad "...al no haberse practicado reconocimiento fotográfico base que de darse permitía suponer que Ortiz Salazar fue coaccionado en su obrar e irremediablemente variaría la culpabilidad y conduciría a la verdad del hecho y sus autores, violándose el derecho de defensa..."

En desarrollo de esta acusación anota que puede ocasionarse nulidad no obstante existir defensa técnica, cuando no se practican las pruebas solicitadas y pertinentes. Afirma que la Sala de Casación ha declarado la nulidad por quebranto de las garantías procesales en diferentes eventos, como cuando no se agotaron los medios para citar al sindicado, no se verificaron sus referencias o bien "cuando se ha omitido la práctica de pruebas relevantes para su defensa..."

Alude a su alegación al apelar el enjuiciamiento, dictado por ser el procesado el conductor del vehículo en el cual se hallaban los objetos sustraídos y cuya exculpación no se aceptó por existir circunstancias o pormenores que no coincidían, sin ser aceptable que los autores del hecho abandonaran aquellos. Sostiene que su poderdante estaba amenazado y observa que el instructor negó el reconocimiento de dos posibles agentes del orden que conocía, asunto que volvió a insistir en la audiencia. Anotando la dificultad para el procesado de probar sus afirmaciones, situación que hizo referencia nuevamente en su memorial de apelación del fallo del juzgado, confirmado sin

referencia alguna a este aspecto, desechando en general cualquier causal de inculpabilidad o de justificación.

Se refiere al dicho del acusado y a la petición de su apoderada para efectuar reconocimiento fotográfico sobre álbumes, solicitud ordenada pero no realizada, falla que equivale a su negativa, pues, en el proceso no aparece constancia alguna, impidiéndosele comprobar su afirmación y con esto lesionando su derecho de defensa, en cuanto a la culpabilidad. En consecuencia dejó de cumplir el instructor el artículo 334 del anterior estatuto procesal cerrándose la investigación sin esta prueba. Fuera de que se desconoció el artículo 412 del mismo código, por haberse negado declaraciones para demostrar buena conducta.

Causal primera: Violación de la ley sustancial.

Empresa el actor que la sentencia es "...violatoria de la ley sustancial por infracción directa en error de derecho (art. 580, numeral 1º del C. de P. P. anterior)..."

A falta de prueba "contundente" —argumenta—, el fallador tuvo en cuenta las incongruencias en la versión del acusado y circunstancias constitutivas de graves indicios en su contra, en especial que en su vehículo se hallaban los objetos hurtados y que quienes, según el mismo eran los responsables, no hubieran retirado al menos los más valiosos. Y como al tenor del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal derogado, no se interrogó al incriminado sobre sus contradicciones no podían tenerse en cuenta en su contra, además de que la ley no permite estimarlas como prueba completa, pues se trataban de suposiciones, violándose así el estatuto precitado.

Cita los artículos 35 y 21 del Código Penal, y advierte que las contradicciones también se dan entre el denunciante y quienes lo acompañaban al momento de los hechos y en tal forma se deduce una responsabilidad objetiva (art. 5º). De suerte que no verificadas las contradicciones no podían aunarse a otras erróneas apreciaciones para deducir plena prueba.

Transcribe consideraciones de la sentencia en la parte que hace alusión a los indicios como son el no haber procurado el acusado perseguir al hombre que lo acompañaba y que se dice huyó, el ser sólo un acompañante, el marchar su vehículo detrás del ocupado por los otros coautores y a la contradicción en que incurrió al afirmar que este último lo mantuvo amenazado y después que únicamente lo vio cuando se encontraba con su vehículo en el lugar de los sucesos. Observa que el hecho que se toma como indicio por la apreciación subjetiva del fallador, tan sólo comporta una sospecha, sin fuerza demostrativa, salvo que se trate de hechos establecidos. Agrega que lo anterior implica suponer una responsabilidad sin verificar las citas del incriminado y omitiéndose la prueba decretada, para llegar así a una condena injusta.

Por todo ello solicita casar la sentencia y dar aplicación al artículo 583 del Código de Procedimiento Penal derogado.

Concepto de la Procuraduría Delegada:

Al examinar los cargos, advierte que si bien la práctica de las pruebas guarda estrecha relación con el derecho de defensa, sólo cuando estas son esenciales y posibles de realización su omisión ocasiona nulidad. Y como en el caso examinado existen indicios para sustentar la responsabilidad del procesado, el reconocimiento fotográfico no tiene tal alcance si por otra parte los elementos de juicio demuestran su participación en los hechos.

En cuanto al segundo cargo observa falla en su formulación pues afirma la violación directa de la ley y seguidamente el error de derecho, planteamiento antagónico. Y si se entiende que se propone la violación indirecta, no se precisan los errores ni se hace demostración al respecto, impidiendo así el examen de las alegaciones, sin dejar de pensar en que el fallador decidió sobre pruebas suficientes y análisis detenido de las mismas. Concluye, como se anotó, no casar el fallo.

Se considera:

1º *La nulidad alegada, con apoyo en la norma constitucional, conforme ya se vio radica en que al omitirse prueba que el actor entiende sustancial, se quebrantaron sus garantías procesales, si mediante ella se trataba de acreditar su inocencia, incurriéndose en la consecuente invalidez.*

Como lo anota el Ministerio Público y lo ha destacado la jurisprudencia de esta Sala, la oportuna y amplia realización de las pruebas solicitadas por la defensa, en cuanto resulten de trascendencia para su exculpación o para mejorar su situación frente a las acusaciones formuladas, excluyan estas o permitan deducir circunstancias de atenuación o modifiquen la responsabilidad, es prerrogativa sustancial del procesado toda vez que a través de ella pueda ejercitar su defensa conforme al derecho reconocido por claras y precisas normas de orden constitucional y legal.

Sin embargo, también debe reiterarse que sólo cuando las pruebas solicitadas y omitidas tienen tal efecto esencial, en cuanto modifiquen radicalmente los resultados del proceso o su decisión o hubieran tenido valor para producir dicha consecuencia, su omisión puede ocasionar la nulidad. Situación que debe examinarse de manera concreta en cada caso.

2º Dentro del período instructivo de este proceso, se solicitaron por la apoderada varias pruebas, entre otras los aludidos reconocimientos fotográficos, negándose algunas. Al respecto cabe anotar que en lo referente a la buena conducta del acusado debe decirse que obran en autos los testimonios oportunamente recibidos, de ahí que la afirmación del demandante de no haberse atendido el artículo 412 del Código de Procedimiento Penal anterior, carece de fundamento y en mayor razón si se consideraron innecesarias otras declaraciones sobre el mismo punto.

El reconocimiento fotográfico se pidió sobre algunos álbumes fotográficos de la Policía "...de todos los elementos que conforman

o integran el cuerpo de la Policía Nacional (posiblemente la Sijín F-2)..." (fl. 65). Esta prueba ciertamente decretada no fue practicada tal vez por no estimarla de importancia, aunque vale recordar que la defensa no reiteró o insistió en su realización en el período probatorio del juicio, como hubiera sido lo deseado y realmente de tanta trascendencia para los intereses de su representado.

No obstante lo anterior, no sería esta la razón esencial para desconocer consecuencia de nulidad a dicha omisión, si en verdad pudiera entenderse que la prueba estaba destinada a producir efectos definitivos, empero tal cosa no ocurre en la situación que aquí se analiza.

Porque si bien la solicitud se fundaba en la afirmación del procesado de haber sido compelido por hombres que parecían ser de la policía y que según el denunciante los maleantes se presentaron con tal carácter, la petición —sin que pudiera ser de otra manera— se proponía en forma general y difícil de realizar con resultados positivos, ya que se trataba de identificar concretamente no a persona definida que pudiera ser sometida a esa prueba, sino a un número indeterminado de individuos, bastante numerosos, con consecuencias inciertas. Es decir que no se tenía en el proceso una persona determinada sobre la cual recayeran sospechas y que pudiera ser sometida a semejante procedimiento para ratificar la inculpación, sino de examinar fotografías para establecer si entre estas había alguna que hubiera intervenido en los hechos.

Por otra parte, como debe anotarse a fin de valorar la acusación, ésta aparece sustentada en el hecho de especial gravedad de haber sido sorprendido el condenado en situación de cuasiflagrancia, por cuanto se hallaba en posesión de los bienes sustraídos minutos antes, dando ante esta posición, claramente comprometedora, explicaciones en las cuales incurrió en serias contradicciones, no obstante habiendo sido suficientemente interrogado sobre el caso y oído en ampliación de su indagatoria, sin que lograra presentar una versión atendible capaz de destruir los hechos demostrados.

De todo lo expuesto se infiere que si bien se incurrió en la preterm isión indicada, a ésta no puede atribuírsele un alcance sustancial que implique quebranto del derecho de defensa y por lo tanto sea viable la nulidad invocada.

3º En cuanto al cargo con base en la causal primera, debe destacarse inicialmente su formulación antitécnica, aspecto que también relieva la Procuraduría Delegada, pues alude a violación directa de la ley sustancial pero la relaciona con error de derecho, lo cual conlleva oposición de conceptos dado que entraña aceptar lo que el fallador considera demostrado y negarlo simultáneamente con los consiguientes resultados sobre la acusación.

Con prescindencia de la anterior falla —que conduciría a desestimar la impugnación— si se entendiera que el cargo se funda en violación indirecta de la ley, se observa así mismo imprecisión en la

formulación toda vez que los ataques se dirigen por error de derecho contra la prueba indiciaria y hechos considerados con tal alcance por el fallador, cuando el supuesto error sólamente es predicable de pruebas a las que la ley asigna determinado valor y no a las que se hallan sometidas a la crítica razonada, como ocurre con la prueba mencionada.

Los juzgadores, al analizar la prueba y con ella lo establecido en el proceso, dedujeron indicios de diversas situaciones que resultaban comprobados como son las contradicciones o inexactitudes del incriminado que sin ambajes aparecen de su exposición, quien con absoluta libertad y ampliamente interrogado dio cuenta de su actuación. Por lo demás las personas residentes en las instalaciones en donde se cometió el hurto, no presentan contradicciones notorias y por el contrario sus aseveraciones son reiteradas, enfáticas y suficientes sobre la forma como se desarrollaron los hechos y los procedimientos abusivos a los cuales fueron sometidos.

Por lo expresado las deducciones de los falladores, con base cierta, no pueden considerarse infirmadas como se alega, existiendo más bien una simple oposición de su interpretación con la del recurrente, quien no hace sino insistir en sus alegaciones yu propuestas en las instancias.

Finalmente, cabe agregar, como también aparece del concepto Fiscal, que la sentencia se apoya en hechos plenamente demostrados y en un examen detenido de las pruebas existentes para llegar a las conclusiones adoptadas y fulminar la sentencia atacada.

Así los cargos se desechan por no resultar demostrados.

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

Resuelve:

Rechazar el recurso de casación propuesto.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

NULIDAD. CASACION. Técnica.

Corresponde examinar en primer lugar, como lo impone la lógica del recurso, las acusaciones a la sentencia fundadas en la causal de casación de la nulidad procesal

Corte Suprema de Justicia.-- Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinte de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 59.

Vistos:

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 5 de junio de 1987, en el proceso adelantado contra *Rutiel Marino Cadavid Velásquez* y otros por delito contemplado en el Decreto 1188 de 1974, en la que a todos y cada uno de los implicados se les condenó a la pena principal de 54 meses de prisión y multa de $ 7.500.oo, al modificarse en este sentido la de primera instancia, interpuso recurso de casación el defensor de aquél. Corresponde a la Sala decidir lo pertinente.

Hechos y actuación procesal:

Da cuenta el proceso reconstruido por extravío del original, que el 8 de agosto de 1979 en diligencia de allanamiento autorizada por el Juzgado 20 de Instrucción Criminal de Bogotá en el inmueble de la carrera 103*B* número 22-63 del municipio anexado de Fontibón, por funcionarios de la Policía Judicial, se incautaron más de 53 kilogramos de sustancia a base de cocaína, según la prueba de narcotest realizada en el lugar, distribuidos en 39 bolsas de distinto peso, como culminación de un operativo que al parecer venía haciéndose de tiempo atrás. En el inmueble fueron capturados así mismo los ciudadanos Rafael A. Trigos, Rutiel Marino Cadavid Velásquez, Camilo Rivera, Armando Vergara y Raúl Peñaranda y puestos a disposición de la autoridad correspondiente.

La investigación fue iniciada el 13 de agosto del mismo año por el Juzgado 52 de Instrucción Criminal radicado en Fontibón y a la misma vinculados todos los aprehendidos, contra quienes el día 22 de los mismos mes y año dicho Despacho profirió auto de detención, medida cautelar que el 19 de septiembre subsiguiente fue revocada por el mismo funcionario aduciendo como fundamento la pérdida de valor

de los elementos de juicio iniciales por razón de los nuevos recaudados (fls. 25-26, 83 a 89, y 191 a 199 cuaderno principal Nº 1 fotocopias). El 13 de octubre de 1982, el juzgado del conocimiento, el 24 Penal del Circuito de Bogotá (fls. 72-73 cuaderno principal Nº 1), accediendo a petición de parte, declaró cumplida la condición del inciso segundo del artículo 5º de la Ley 22 de 1980 y sin el más somero estudio del material probatorio, ordenó la cesación de procedimiento bajo los auspicios de tal norma, pero, apelado que fue el proveído por el agente del Ministerio Público, el Tribunal Superior del Distrito, en el suyo del 15 de junio del año subsiguiente, apoyado en jurisprudencia de esta Sala estimó que el *a quo* debía revisar la "totalidad de la prueba que obra en el proceso" como cuestión previa y consustancial a la orden de cesación (fl. 373 cuaderno principal Nº 1 fotocopias) y se abstuvo de desatar el recurso. El expediente volvió al juez del conocimiento, el que, retomando los graves indicios de las diligencias preliminares —27 de enero de 1984— revivió el auto de detención (f.s. 381 a 386 cuaderno *ibídem*). La actuación continuó su curso normal, y el 10 de mayo de 1985 el juez del conocimiento comprometió a todos los implicados en juicio por delito tipificado en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 (fls. 441 a 451 cuaderno *ibídem*), decisión que el Tribunal confirmó —teniendo en cuenta que la conducta se hallaba entonces, 16 de septiembre de 1986, encuadrada en la Ley 30 de ese año—, adicionando el cargo con la agravante resultante de la "cantidad y calidad de sustancia decomisada" (más de 53 kilogramos y 93.3% de pureza). Cumplida la audiencia pública, se produjo la sentencia de primera instancia, de la que se excluyó a uno de los encausados por haber cesado el procedimiento en su contra al haber fallecido, pero revisada en apelación, el Tribunal la confirmó pero modificando la pena en el sentido de aumentarla a 54 meses de prisión y $ 7.500.oo de multa, haciendo uso de la discrecionalidad consagrada en el artículo 43, numeral 3º del Decreto 1188 de 1974. Es esta la sentencia objeto del presente recurso extraordinario.

Consta que la reconstrucción del proceso, cuyo extravío se advirtió el 31 de marzo de 1986, se logró con las copias fotostáticas que presentó el defensor del procesado recurrente doctor Armando Camacho, requerido para el efecto, y quien bajo juramento afirmó haberlas recibido anteriormente para el desempeño de su labor, y con las demás piezas obtenidas de las distintas dependencias oficiales intervinientes (fls. 1, 2, 42, 47 y ss. cuaderno original Nº 1).

La demanda y el concepto del Ministerio Público:

I. Se objeta el fallo de segundo grado mediante acusaciones que el censor estima constitutivas de cuatro cargos, así:

Primero: Es violatorio en forma indirecta de la ley sustantiva, específicamente del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 que se consideró tipificante de la conducta atribuida al procesado recurrente, por error manifiesto de hecho, por cuanto el sentenciador apreció erradamente los peritajes respecto de la cantidad de droga incautada, ya que de acuerdo al acta de inspección judicial para establecer ese dato y su calidad, fueron 53 gramos y 824 miligramos de sustancia estupefaciente encontrada a los capturados, tal como lo afirmó la Juez

24 Penal del Circuito a quien correspondió proferir la sentencia de primera instancia en ese proveído basada en el signo ortográfico que separaba los dos guarismos, que ella creyó ver en la fotocopia del Acta del 22 de agosto de 1973 levantada por el juez instructor (fl. 79 cuaderno reconstruído y fl. 211 cuaderno original Nº 1), pero el Tribunal afirmó en su fallo que la cantidad fueron 53 kilogramos y 824 gramos, persistiendo así en el error en el que había incurrido al confirmar el auto de proceder agravando la imputación por esta circunstancia, con lo cual, según sus palabras, "dejó de aplicar la favorabilidad establecida en el inciso 2º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986" que era la aplicable y que implicaba una sanción menor que la impuesta.

Segundo: Se basa igualmente en la causal 1ª de casación. El fallo es igualmente violatorio de la misma norma sustantiva y en forma también indirecta, porque la misma apreciación errada de la prueba mencionada en el cargo anterior, indujo al sentenciador a dar aplicación a la agravante del numeral 3º del artículo 43 del precitado decreto, aumentando arbitrariamente la pena sin sujeción al concepto de discrecionalidad que envuelve la facultad judicial de tasación de la pena.

Tercero (primero bajo la causal de nulidad en la demanda): La sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad constitucional por violación del debido proceso, porque el Tribunal se abstuvo de desatar la apelación interpuesta contra el auto mediante el cual el juzgado del conocimiento decretó la cesación del procedimiento con fundamento en el artículo 5º de la Ley 22 de 1980, que establecía que si transcurridos más de dos años de haber sido oída una persona en indagatoria, no había prueba suficiente para decretar su detención preventiva, o ésta hubiere sido revocada, el juez de oficio y sin intervención del Ministerio Público, procedería a ordenar la cesación. Con su negativa el Tribunal obró contra derecho, tanto porque su deber era pronunciarse sobre lo sustantivo de la decisión a revisar y no podía soslayarlo ya que sólo posibles vicios de forma en la concesión del recurso se lo permitían, como porque no podía abstenerse bajo el pretexto de que el *a quo* debía hacer una valoración "de la situación procesal de los inculpados para establecer si había mérito o no para dictarles auto de detención". En su sentir la Corporación extralimitó el alcance del Estatuto en que se basaba la determinación que adoptó el juez de la primera instancia, y ello no le estaba permitido a pesar de la existencia para entonces de los variados criterios sobre su interpretación, menos aun cuando el juez, según afirma, sí había plasmado en su proveído la valoración probatoria que extrañó su superior, al consignar que la situación de inconsistencia probatoria que el juez instructor había deducido para revocar la medida cautelar, prevalecía para cuando aquel funcionario declaró la cesación.

Cuarto (segundo bajo la causal de nulidad en la demanda): La sentencia está dictada en juicio viciado de nulidad legal por falta de competencia del juez del conocimiento, a partir e inclusive del auto del 27 de enero de 1984, en el que, acatando lo dispuesto por el Tribunal cuando se abstuvo de desatar la apelación aludida en el cargo anterior, revivió el auto de detención, revocando a su vez el del instructor que lo había levantado, pues aquel funcionario, una vez concedido el recurso de alzada, perdió la facultad de continuar ejerciendo

su función en el proceso, y sólo podía reasumirla cuando el Tribunal lo resolviera. En la demostración de la censura discurre el actor sobre la naturaleza y alcances del auto de cesación que la Ley 22 de 1980 autorizaba proferir, y estima que el juez debió devolverle el proceso al Tribunal para que "reconsiderara su posición", sin admitir, como lo hizo presiones de un influyente diario nacional —que no menciona—.

En conclusión estima que la sentencia condenatoria se expidió bajo el desconocimiento de todas las circunstancias destacadas en su alegación.

II. El señor Procurador 3º Delegado en lo Penal se muestra adverso a la casación impetrada, pues encuentra que el proceso se cumplió bajo estricta legalidad y que en cuanto hace a la primera censura basada en la supuesta violación indirecta de la ley sustantiva, está antitécnicamente formulada pues aunque se enuncia y sustenta en un hipotético error de apreciación de un elemento fáctico obrante en el proceso, en verdad reposa sobre la supuesta inexistencia de la dicha prueba, es decir, que el planteamiento confunde el sentido de la violación que pregona. Observa el distinguido colaborador fiscal, refiriéndose a los cargos de nulidad, que el Tribunal no se abstuvo de tramitar el recurso de apelación señalado en la censura, sino que, una vez subsanada la falla que advirtió en el auto de cesación de procedimiento por el juez *a quo*, el proceso no regresó al *ad quem* por sustracción de materia, ya que la decisión de aquél cambió esencialmente y no fue nuevamente impugnada. Como consecuencia, y puesto que la competencia del juez del conocimiento no se había perdido sino que estuvo momentáneamente suspendida durante la fallida tramitación de la alzada, era su deber continuar el proceso, como lo hizo, con lo cual se ciñó a los mandatos procesales pertinentes.

Consideraciones de la Corte:

Como lo impone la lógica del recurso, se examinarán en primer lugar las acusaciones a la sentencia fundadas en la causal de casación de la nulidad procesal.

Cargo tercero (primero por nulidad): No vulneró el Tribunal la garantía del debido proceso al abstenerse en principio de resolver la apelación contra el auto por el cual el juez del conocimiento decretaba la cesación multimencionada, pues fundamentado como expidió su pronunciamiento del 15 de junio de 1983 en somero pero juicioso criterio respaldado en la interpretación jurisprudencial del sentido del artículo 5º de la llamada Ley de Emergencia Judicial, lo único que buscó como propósito evidente para la eficacia y rectitud de la administración de justicia, fue recordarle al a quo *la necesidad mínima de establecer si las bases probatorias de la investigación permanecían estáticas o por el contrario habían sufrido alguna modificación, y ello resultaba apenas natural para la fecha del pronunciamiento, pues desde el 19 de septiembre de 1979 cuando la medida cautelar había sido levantada, bien hubieran podido allegarse nuevos elementos de juicio, determinantes en mayor medida de una decisión justa y razonada. El Tribunal observó, y así aparece en el texto del auto que se abstuvo de conocer, que faltaba motivarlo atendiendo a la evidencia probatoria, lo cual no*

reñía con la exigencia objetiva de la ley que le sirvió de sustento al a quo, y así lo que en definitiva sucedió fue que veló por la obligación constitucional de la debida motivación, que no se reduce a las sentencias, sino que se extiende por igual a toda providencia que por su naturaleza y alcances lo requiera.

Si satisfecha la falencia observada, la decisión del juez del conocimiento cambió diametralmente, y esta nueva determinación suya no fue reclamada, no nació, como bien lo observa el Procurador, la obligación para el Tribunal de resolver recurso alguno.

No prospera el cargo.

Cargo cuarto (segundo por nulidad): El proceso no devino nulo porque el juez del conocimiento hubiera obedecido lo dispuesto por su superior jerárquico en el sentido de examinar el acervo probatorio para decidir sobre las peticiones de aplicación de la Ley 22 de 1980, pues para hacerlo conservaba su competencia, que no había perdido en ningún momento ya que al devolverle el proceso con la glosa del auto de abstención de desatar el recurso de apelación aludido en el cargo precedente, su deber era continuar el proceso ya que la Corporación no había asumido la competencia de juez revisor por apelación. Las determinaciones del nuevo auto rechazando la casación impetrada obedecieron a la legalidad procesal, que nunca se desatendió en las determinaciones posteriores. Tampoco este cargo tiene éxito.

Cargos primero y segundo (bajo la causal de violación indirecta de la ley sustantiva): Por constituir estas dos censuras un solo cargo, ya que la segunda no es más que la consecuencia obligada de la primera, y sólo así integran la proposición jurídica completa que exige el recurso extraordinario que se decide y que antitécnicamente desconoce el actor, se estudiarán conjuntamente.

La presentación del cargo y su extensa y farragosa sustentación por el profesional del derecho que suscribe la demanda el doctor Armando Camacho Preciado y que fue el mismo que colaborando para la reconstrucción del proceso facilitó las copias fotostáticas del sumario en la parte más importante en cuanto al acervo probatorio, ya que incluyeron las diligencias preliminares cumplidas por la Policía Judicial, no puede menos que sorprender a la Sala por su falta de seriedad.

En efecto: No logra entenderse cómo, si la diligencia de allanamiento y registro según el acta respectiva (fl. 8 cuaderno fotocopias 1 principal) revela que la incautación fue de 39 bolsas de polietileno con sustancia estupefaciente, todas y cada uno de peso muy superior a los 53 gramos y unos miligramos que menciona en la demanda; si al laboratorio de química y física del DAS se enviaron 39 muestras tomadas de igual número de bolsas incautadas, con peso total superior a los 105 gramos para sus análisis; si el remanente, tomadas las cantidades para prueba fue destruido en operación que según el acta de inspección judicial en que basa la acusación el fallo (fl. 79 cuaderno fotocopias Nº 1 principal) duró cerca de una hora; si en el auto de proceder ya el Tribunal había corregido lo que pudo ser un error del entonces juez del conocimiento agravando la imputación debido a la cantidad

(y calidad) de la droga decomisada, afirme hoy el señor abogado recurrente, que existió error de hecho en la apreciación de la prueba que daba cuenta de la cantidad del decomiso y pretenda contra toda lógica y evidencia fijarla en la ínfima (frente a la enorme incautada, 53 kilogramos 824 gramos) para reclamar una rebaja de pena por ese factor.

Ahora bien, el estudio del libelo indica que el cargo por error fáctico por apreciación de la diligencia de inspección judicial sobre pesaje y toma de muestras, no podía proponerse con fundamento exclusivo en esa prueba, porque ella no fue la única valorada en la sentencia en cuanto concierne a la cantidad decomisada.

La sentencia acusada es clara en la mención y valoración de las pruebas pertinentes, y es así como toma como complemento para el punto concreto, la diligencia de "incautación" del folio 8 del cuaderno de fotocopias principal, que no es otra que la de allanamiento y registro en la que se describe el peso individual de todas y cada una de las 39 bolsas de estupefacientes halladas, y la misma actá cuestionada, pero correctamente interpretada (fl. 79 cuaderno *ibídem*), además de que al confirmar la de primera instancia sin objeciones sobre su valoración como prueba general, incorporó —por la unidad de los fallos cuando se trata de confirmación—, entre otras, el "análisis efectuado por el grupo de química y física..." del DAS (fl. 211 cuaderno original Nº 1), en el que consta que la sola cantidad analizada casi duplicaba la que el abogado recurrente afirma fue decomisada. Es decir, que para que el cargo hubiera sido correctamente sustentado, el actor debió cuestionar todas las pruebas del hecho del cual el Tribunal dedujo la agravante, y que no eran otras que las que daban fe de la cantidad incautada; al no hacerlo, incurrió en falla contra la estructura de la reclamación para su estudio de fondo, por lo cual la censura no prospera.

En definitiva, como los cargos a la sentencia no han logrado ser demostrados, no se accederá a la casación solicitada.

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

Resuelve:

1º *No casar* la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase. Devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

PENA. Generalidades

Con el precepto del artículo 33 de la Ley 2ª de 1984, el legislador establece una orientación sobre la ejecución de las sanciones, para que se tengan como primordiales los fines de protección de la sociedad y prevención general, por encima de consideraciones retributivas y resocializadoras

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 055 del 6 de septiembre de 1988.

Vistos:

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que fuere pertinente en relación con el recurso extraordinario oportunamente interpuesto por el defensor del procesado *Leovigildo Rojas Díaz* contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el día quince (15) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en la cual se condenó a los procesados *Rojas Díaz* y *José Antonio Pino Gironza* a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión como responsables de un delito de extorsión en grado de tentativa.

Hechos:

Aproximadamente el día veinte (20) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987) en el municipio de Oporapa, Departamento del Huila, el señor Pablo Rojas Cárdenas fue abordado por dos sujetos quienes se identificaron como miembros del grupo guerrillero "FARC" y le exigieron la entrega de doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.oo).

El señor Rojas Cárdenas solicitó entonces un plazo de ocho (8) días para cumplir la exigencia, y entre tanto dio aviso de ella a las autoridades de policía, las cuales capturaron a los autores del ilícito en momentos en que recibían un paquete que simulaba contener el dinero.

Actuación procesal:

Formulada la denuncia, ésta fue repartida al Juzgado Trece de Instrucción Criminal con sede en Pitalito, el cual abrió la investigación

correspondiente en auto calendado el treinta (30) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

A la actuación procesal se vincularon debidamente, en calidad de sindicados, los señores José Antonio Pino Gironza y Leovigildo Rojas Díaz, a la par que se compulsaron copias de la actuación para que el Juzgado Penal de Menores asumiera el trámite de las diligencias correspondientes en relación con el menor Idelber Ordóñez.

El Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal Especializado, radicado en Neiva, asumió el trámite del asunto y practicadas las pruebas necesarias, cerró la investigación mediante auto de fecha veintiuno (21) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987), procediendo luego a la calificación sumarial en providencia de diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987), con citación a audiencia pública a los procesados Pino Gironza y Rojas Díaz.

El día treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987), el Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal Especializado radicado en Neiva, dictó sentencia de primera instancia en los términos ya dichos, con expresa alusión a la imposibilidad de conceder a los sentenciados la condena de ejecución condicional, por expreso mandato de la ley. Este fallo fue consultado, y luego confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, autoridad que no se ocupó del punto referente a la condena de ejecución condicional, confirmando en este aspecto la sentencia de primer grado a través de la decisión que puso fin a la instancia, en la cual solamente se modificó la pena en atención a que no se trata de un delito consumado, sino meramente tentado.

La demanda de casación:

Invocando la causal primera de casación, el censor ataca el fallo de segunda instancia por considerarlo violatorio de la ley sustancial en forma directa, por interpretación errónea de los artículos 12 y 68 del Código Penal.

Funda el actor sus razones en el hecho de que en el expediente "no existe acreditada ninguna circunstancia que muestre que la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, excluyan al señor Leovigildo Rojas Díaz del beneficio de condena de ejecución condicional vale decir, que no requiere de tratamiento penitenciario". A continuación, el libelista examina el quántum punitivo para concluir que por este aspecto se satisfacen las exigencias legales para la aplicación de la norma reclamada, situación que se presenta en similares términos respecto de la falta de condenas judiciales proferidas contra su defendido y la ausencia de circunstancias agravantes en el delito cometido.

En relación con la pretendida violación del contenido del artículo 12 del Código Penal, señaló el libelista que la pena tiene como fin inevitable el de la retribución, y por tanto, el estado debe brindar al penado mecanismos de readaptación por medio de la ejecución humanitaria de la pena sin violentar su autonomía moral ni su dignidad.

El concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, al emitir su concepto, precisó que el juzgamiento se adelantó como ha debido hacerse, de acuerdo con los artículos 12 y siguiente de la Ley 2ª de 1984. En esta regulación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 33, está prohibida expresamente por la ley la concesión del beneficio de la condena de ejecución condicional, norma a la cual hizo referencia —sin citarla— el juez de primera instancia y que luego fuera acogida tácitamente por el Tribunal.

En consecuencia con lo anterior, estimó el colaborador fiscal que ninguna infracción se produjo a la ley sustantiva, ni por falta de aplicación, ni por interpretación errónea.

Refiriéndose a la pretendida violación del mandato contenido en el artículo 12 del Código Penal, sostuvo el Ministerio Público: "...de hecho la misma ley prevé que conviene a los fines de la pena enunciados en el artículo 12 del Código Penal, cuales son los retributivos, preventivos, protectores y resocializadores, que el procesado sea encarcelado, luego al ordenar el fallador hacer efectiva la sanción impuesta, al negar el otorgamiento de la condena de ejecución provisional, no violó la citada norma sustancial pues no le concedió ningún alcance diferente al que la ley le otorga".

Consideraciones de la Corte:

El delito de extorsión que se imputa a los sentenciados, según las regulaciones del artículo 13 de la Ley 2ª de 1984, debe juzgarse de acuerdo con los preceptos en ella señalados, puesto que el artículo 673 del Decreto 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal), ordena: "Las normas del capítulo segundo de la Ley 2ª de 1984 continuarán vigentes hasta el término señalado en el artículo 74 de la citada ley". Este término, conviene aclararlo, es el de seis años, contados a partir de la vigencia de la disposición, la cual fue publicada el día diecisiete (17) de enero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) (Diario Oficial Nº 36450).

Ahora bien, dentro del mencionado Capítulo Segundo de la Ley 2ª de 1984, se encuentra el artículo 33 cuyo texto dispone: "Las personas que sean condenadas de acuerdo con las normas establecidas con este capítulo y por los delitos en él señalados a los conexos con ellos, no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional" *(Subraya la Sala).*

Esta norma, obviamente, es desconocida por el casacionista quien, invocando los presupuestos del artículo 68 del Código Penal a favor de su defendido, omitió hacer consideraciones frente a esta clara prohibición legal de aplicar el artículo por él reclamado en el caso que se encuentra bajo estudio en la Corte.

Mal puede atacarse una sentencia con base en la causal alegada por el recurrente aduciendo interpretación errónea de una norma que no estaba llamada a ser aplicada en el caso concreto, por prohibirlo expresamente la ley que regula el juzgamiento. Si la norma no se

aplicó, cuando más podría presentarse el ataque a la luz de este motivo de casación, esto es, falta de aplicación.

De forma diáfana, en consecuencia, se revela la no prosperidad del cargo formulado, tal como lo pone de presente, igualmente, el señor Procurador Delegado en lo Penal. La imposibilidad de conceder el beneficio emana de una disposición general que revela la voluntad del legislador y que debe ser aplicada por el funcionario judicial hasta tanto no se declare la inconstitucionalidad, o se acuda a la figura expresa del artículo 215 de la Constitución Nacional, eventos que no se presentan en el asunto bajo examen. Ni siquiera ha debido ocuparse el casacionista de demostrar el quántum *punitivo ni las condiciones personales del autor del hecho, porque a pesar de que se reúnan los requisitos contemplados en el artículo 68 del Código Penal, no puede aplicarse su disposición, como ya se señaló.*

En el mismo orden de ideas, el ataque fundado en la interpretación equivocada del artículo 12 del Código Penal está llamado a fracasar. En efecto, si bien el legislador ha asignado a la pena algunas funciones, ello no quiere decir que se deba escoger una sola de ellas y fundamentar así el beneficio reclamado, con ignorancia de las prohibiciones legales. Muy por el contrario, pese a lo consagrado en el artículo 12 del ordenamiento punitivo, y por consideraciones de política criminal que no es del caso entrar a considerar en esta sede, es el propio legislador quien considera que los fines preventivos, retributivos, protectores y resocializadores, han de interpretarse con un alcance diferente, y de manera general, frente a conductas consideradas tan graves y desestabilizadoras del orden social como lo son la extorsión, el secuestro extorsivo y el terrorismo.

Con el precepto del artículo 33 de la Ley 2ª de 1984, es el legislador quien considera que para el tipo de conductas atrás enunciado, se deben tener como primordiales los fines de protección de la sociedad y prevención general de la sanción penal, por encima de consideraciones retributivas y resocializadoras. Se establece, de esta forma, una orientación sobre la ejecución de las sanciones, sin vulnerar las disposiciones legales con lo cual se fija, además, el alcance interpretativo de las funciones de la pena.

Así las cosas, el fallador no interpretó erróneamente el contenido del artículo 12 del Código Penal, sino que, por el contrario, desarrolló el contenido del mismo de acuerdo con las disposiciones posteriores que fueron desconocidas totalmente por el censor.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

REBELION. CONCURSO

Todos aquellos delitos consumados por rebeldes fuera de combate, no quedan impunes y colocan al juzgador en presencia de un concurso heterogéneo de hechos punibles conexos entre sí, sin que pueda considerárseles como parte de la conducta que tipifica el delito de rebelión

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 59.

Vistos:

Agotada la correspondiente tramitación, procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados *Carlos Augusto y Yuel Ballesteros Vásquez y Concepción Rodríguez Rodríguez* contra la sentencia de 3 de septiembre de 1987, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó con algunas modificaciones la dictada por el Comandante de la Décima Tercera Brigada del Ejército Nacional, que los condenó como responsables del delito de tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas de que trata el artículo 202 del Código Penal, modificado por el 7º de la Ley 35 de 1982.

Hechos:

Aparece de autos que el 27 de agosto de 1985, miembros de la Compañía de Contraguerrilla Urbana y Agentes de la Policía Judicial ascritos a la Décima Tercera Brigada del Ejército Nacional, allanaron la residencia ubicada en la transversal 31A número 30B-64, barrio Eduardo Frey de esta ciudad, incautando un fusil, cuatro carabinas, una subametralladora, una granada de fragmentación, un equipo de comunicaciones, gases paralizantes, ropa militar y abundante cantidad de munición de diferentes calibres, así como varios accesorios y propaganda alusiva al Ejército de Liberación Nacional "ELN".

Decomisaron también un vehículo de servicio público, veintiocho (28) cédulas de ciudadanía, cinco (5) libretas militares, cuarenta y siete mil novecientos dólares americanos (US$ 47.900) y trescientos

cincuenta mil pesos colombianos en efectivo ($ 350.000.oo), procediendo a la captura de los moradores Carlos Augusto Ballesteros Vásquez, Yael Ballesteros Vásquez y Concepción Rodríguez Rodríguez.

Actuación procesal:

El Juzgado Quinto de Instrucción Penal Militar que decretó el allanamiento y registro del inmueble ocupado por los hermanos Ballesteros y la joven Concepción Rodríguez, adelantó la investigación mediante comisión impartida por el Comando de la Décima Tercera Brigada, oyendo en declaración a los militares que intervinieron en dicha diligencia procediendo al decomiso de las armas, municiones y elementos a que alude el acta visible a folios 8 a 9 del expediente.

Parte de las armas y municiones allí relacionadas fueron reconocidas por el Almacenista de Armamento de la mencionada Brigada como de uso privativo de las Fuerzas Militares y de Policía (fl. 82 *ibidem*).

Carlos Augusto Ballesteros Vásquez, desde el momento mismo de su captura manifestó pertenecer al "ELN" movimiento con el cual simpatizaba, explicando que su misión en dicho grupo consistía en adquirir armas y municiones para ser distribuidas a los diferentes frentes rurales, armas adquiridas al sujeto llamado "Saúl" con dineros suministrados por el Ejército de Liberación Nacional, o llevados a su residencia por "Ernesto" y que el vehículo de servicio público incautado estaba destinado al transporte y distribución de las mismas.

Esta versión reiterativa del sindicado encuentra respaldo en las explicaciones que sobre el particular rindieron su hermana Yael y su compañera Concepción, quienes dan cuenta de las actividades a que se dedicaba Carlos Augusto y de la colaboración que en tal sentido le prestaban.

El Juzgado de Instrucción Penal Militar resolvió la situación jurídica de los capturados profiriendo en su contra auto de detención por el delito de tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas de que trata el Código Penal en su artículo 522 del Código de Justicia Penal Militar (fls. 52 a 57 *ibidem*).

Suscitado un conflicto de competencias positivo entre el Juzgado 29 Superior de Bogotá y el Comando de la Décima Tercera Brigada por tratarse según aquél, de la investigación de un delito de rebelión atribuido a la jurisdicción ordinaria y según éste, del delito común de tráfico de armas y municiones, adscrito a los Comandantes de Brigada mediante el procedimiento especial contemplado en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar (Decreto 1048 de 4 de mayo de 1984), el Tribunal Disciplinario mediante providencia de 27 de enero de 1986 dirimió el conflicto planteado atribuyendo competencia para conocer del asunto a la jurisdicción penal militar.

Perfeccionada la investigación y surtidos los traslados de ley, el Comandante de la Décima Tercera Brigada en sentencia de 21 de octubre de 1986, puso fin a la instancia condenando a Carlos Augusto Ballesteros Vásquez a 54 meses de prisión y a Yael Ballesteros y Con-

cepción Rodríguez a dos años de prisión, cada una, como responsables del delito imputado, fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá, al declararse inconstitucional el juzgamiento de civiles por parte de la justicia castrense, mediante el que es objeto del recurso de casación con la única reforma de rebajar a 36 meses de prisión la pena impuesta al primero de los nombrados.

Demanda de casación y concepto del Ministerio Público:

El defensor recurrente, sin determinar la causal invocada, demanda la nulidad del proceso por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, según los términos del ordinal 5º, artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, reparo que fundamenta en la confesión vertida por el sindicado Carlos Augusto Ballesteros, las manifestaciones hechas en indagatoria por su hermana y su compañera y los testimonios rendidos por los militares que intervinieron en el allanamiento de su residencia e incautación de las armas, municiones y propaganda alusiva al "ELN", pruebas demostrativas de que sus patrocinados, especialmente Carlos Augusto, pertenecían a la mencionada organización político militar alzada en armas para derrocar al Gobierno nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente.

Dicho comportamiento configura el delito político de rebelión caracterizado por la nobleza de sus fines y no un delito común por tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, como equivocadamente lo entendieron los juzgadores de instancia y el Tribunal Disciplinario que dirimió el conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la castrense.

Afirma que es un hecho notorio, exento de prueba, la existencia en el país del Ejército de Liberación Nacional, cuyos miembros siempre han sido juzgados "por el delito típicamente político de rebelión".

Y citando conocidos tratadistas que se ocupan del tema, concluye argumentando que "en el presente caso se ha pretendido decir, que mis defendidos y concretamente Carlos Augusto Ballesteros Vásquez, es un simple delincuente común y hasta casi se atreven a decir que es un demente que carece de conocimientos. Pero la realidad procesal y legal se ha encargado de desmentirlos.

No puede uno explicarse cómo un ingeniero de sistemas, empleado del ICFES, se retire de su empleo y arriesgando hasta la integridad de su familia, se dedique a mantener un depósito de aprovisionamiento de armas y equipos de campaña o de intendencia del Ejército de Liberación Nacional (ELN) y en el cual todos sus implementos son de propiedad de dicha organización político militar, es decir, si en el presente proceso no se encuentra plasmado el delito de rebelión tal y como lo han definido la jurisprudencia y la doctrina, entonces qué es lo que hay?".

La Procuraduría Delegada que interviene como Ministerio Público ante la Corte, acoge sin reservas los planteamientos de la demanda solicitando que se case la sentencia impugnada "en los términos expuestos por el censor".

Comenzando por afirmar que la mentalidad de algunos jueces no ha corrido pareja con la evolución del delito político de rebelión, pasa a rememorar las trágicas experiencias vividas por algunos países con la llamada "guerra de guerrillas" propiciada por conocidos movimientos subversivos examinando cuidadosamente el contenido de la "Circular 7 de la Dirección Local del "ELN", documento decomisado a los procesados, que trata, entre otras cosas, de su estructura orgánica, forma de organización y de lucha, estrategia y táctica de lucha guerrillera, enfatizando que:

"Infortunadamente los redactores del Código, enfrascados en el mundo de los códigos y por ende ausentes del mundo real, utilizaron el ambiguo 'empleo de las armas'. El tipo hubiera ganado en precisión si en cambio hubieran colocado 'movimiento político militar' que refleja toda la dimensión del problema, pues no sólo explica la violencia como método para el acceso al poder, sino la necesidad de una organización política que haga posible el cambio institucional o estructural e impulse a la sociedad hacia un nivel de mayor justicia e igualdad".

Esa ambigüedad da pie para interpretaciones restringidas "que califican a la rebelión como el simple ataque armado contra el Estado, visión, hoy en boga en el Tribunal Disciplinario que deja a medio camino el motivo altruista..."

Luego expresa:

"Pese a las juiciosas voces que se elevaron en su momento para calificar la conducta investigada como rebelión, la jurisdicción penal militar insistió y obtuvo su conocimiento como 'fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas', calificando a los procesados como simples delincuentes comunes, según los planteamientos del Tribunal Disciplinario, controvertidos por nosotros cuando se nos notificó el auto correspondiente..."

Y concluye, que tratándose no de simples simpatizantes sino de militantes activos del autodenominado "Ejército de Liberación Nacional" con la misión específica de elaborar o reproducir propaganda de la organización subversiva, adquirir material de guerra y hacerlo llegar a uno de los frentes rurales, la conducta observada por los sindicados debió encuadrarse en el tipo penal de la rebelión.

Consideraciones de la Corte:

Contrariamente a lo que piensan el demandante y la Procuraduría Delegada que coadyuva su pretensión infirmatoria, el reproche formulado a la sentencia por error de adecuación típica generador de nulidad del proceso, no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

Primera: Es incuestionable que en el desarrollo de la investigación por el delito común de tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, descrito en el artículo 202 del Código Penal, modificado por el 7º de la Ley 35 de 1982, cuyo conocimiento estuvo adscrito a los Comandantes de Brigada, Fuerza Naval o Base Aérea por virtud del Decreto 1058 de 4 de mayo de 1984, mediante el procedi-

miento especial contemplado en el artículo 590 del Código Penal Militar, se suscitó colisión de competencias positiva entre distintas jurisdicciones: La ordinaria representada por el Juzgado 2º Superior de Bogotá que reclamaba el conocimiento del asunto por considerar que los hechos atribuidos a los sindicados eran constitutivos del delito de rebelión tipificado en el artículo 125 del Código Penal y la castrense a cargo del Comandante de la Décima Tercera Brigada del Ejército Nacional que alegaba ser el competente para conocer del proceso por tratarse del delito contemplado en el mencionado artículo 202.

El conflicto surgido, fue resuelto en su oportunidad procesal por el Tribunal Disciplinario en providencia de 27 de enero de 1986, organismo que tenía entre sus atribuciones funcionales la de "dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones", según los claros términos del ordinal 3º, artículo 7º de la Ley 20 de 1972, asignando la competencia para conocer y fallar el proceso al Comando de la Décima Tercera Brigada, descartando, como es obvio, la existencia del delito político.

Razonó entonces esa Corporación:

"El hecho de que los sindicados manifiesten pertenecer al Ejército de Liberación Nacional, no es motivo suficiente para colegir que se encuentran implicados en este delito contra el régimen constitucional, es necesario que la conducta desplegada tenga una finalidad específica, idéntica a la propuesta en el tipo penal de la rebelión, vale decir, 'derrocar al gobierno, suprimir o modificar el régimen constitucional', porque si la finalidad es distinta, varía también la tipificación del comportamiento delictivo.

"Los sindicados únicamente han reiterado pertenecer al Ejército de Liberación Nacional y auxiliarlo como tal, pero en forma alguna han exteriorizado interés por cumplir los objetivos discriminados en el delito de rebelión. Precisamente, en la actualidad los medios de comunicación social, han hecho referencia a jóvenes que han sido vinculados a movimientos subversivos sin tener conocimiento de la finalidad que allí se persigue, sino estimulados por buscar nuevos horizontes económicos.

Habiendo sido definido el conflicto planteado entre distintas jurisdicciones sobre un aspecto substancial que atañe a la calificación del delito imputado, mediante resolución investida de seguridad y firmeza jurídicas, resulta impertinente un cuestionamiento del criterio adoptado para deducir la existencia de un posible vicio de nulidad sobre tema ya debatido y decidido en las instancias.

En tal sentido se pronunció la Sala en pasada oportunidad:

"...En el caso sub exámine, el extinguido Tribunal Disciplinario (hoy Consejo Superior de la Judicatura) decidió que la competencia en este caso correspondía a la justicia ordinaria y así se tramitó el proceso hasta su conclusión en la doble instancia. Resulta improcedente entonces tratar de cuestionar el criterio aplicado y que se produjo con pleno ejercicio de una atribución legal" (C. S. J., auto de junio 2 de 1980. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Segunda: Porque aún en el supuesto de que existiese el tipo penal de la rebelión (ya descartado por el juez competente al decidir el conflicto de competencia) tal situación no descartaría la forma concursal de la conducta, pues se hallaría el juzgador en presencia de dos tipos penales estrechamente unidos por un vínculo de conexidad ideológica de medio a fin, pero en presencia de comportamientos autónomos e independientes, sin que se pueda afirmar que el uno se subsume en la rebelión como elemento integrante de esta conducta ilícita o como factor de incremento punitivo.

Es suficiente recordar para estos efectos, que el artículo 127 del Código Penal sólo declara exentos de pena aquellos hechos punibles "...cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo".

Dedúcese como natural corolario de lo anterior, que todos aquellos delitos consumados por rebeldes, fuera de combate, como el homicidio, el secuestro, la extorsión, el constreñimiento ilegal, el porte de armas, el terrorismo, etc., quedan sometidos a las normas que regulan la materia en el Código Penal y en el de Procedimiento Penal, no quedan impunes y colocan al juzgador en presencia de un concurso heterogéneo de hechos punibles conexos entre sí. No es entonces, exacto ni jurídico como lo pretende el casacionista, que el delito por el cual fueron condenados los procesados se considere como parte de la conducta que tipifica el delito de rebelión.

No prospera la impugnación.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

TERRORISMO. COLISION DE COMPETENCIA JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

El delito de terrorismo se tipifica cuando se emplean o lanzan sustancias u objetos peligrosos, para provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella. La competencia corresponde, en consecuencia, al juez de orden público

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 59 de septiembre 20 de 1988.

Vistos:

Resuelve la Sala, la colisión de competencias negativas suscitada entre los Juzgados Décimo de Orden Público y Cuarenta y Tres de Instrucción Criminal de Bogotá, dentro del proceso seguido contra *Francisco Javier Molano Rodríguez,* acusado de un posible delito de "terrorismo".

Ha surgido el desacuerdo entre los funcionarios, en relación a la naturaleza del hecho punible. Mientras para el Juez de Instrucción se trata de un delito de terrorismo contemplado en el Decreto 180 de 1988 Estatuto para la Defensa de la Democracia, para el Juez Especial la conducta se subsume dentro del tipo "violencia contra empleado oficial" que sanciona nuestro Código Penal y cuyo juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria.

Por tratarse de una colisión suscitada entre la justicia ordinaria y una especial, la competencia para dirimirla la tiene la Sala Penal de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

Hechos:

Ocurrió, que el quince de junio del presente año, el Capitán de la Policía Nacional José Olimpo Ortega al mando de un grupo de agentes bloqueó la salida (puerta principal) de la Universidad Nacional, para impedir la salida a un grupo de estudiantes, que al parecer trataban de promover desórdenes en las calles aledañas al centro educativo.

Los universitarios y la Policía entraron en violento enfrentamiento, lanzando los primeros piedras y "cocteles molotov", botellas con ácido contra los uniformados, mientras estos trataban de disolverlos con el empleo de chorros de agua y tinta.

En el curso de estos hechos, el Capitán José Olimpo Ortega, recibió una pedrada lanzada por uno de los revoltosos que lo lesionó en la boca y le ocasionó varios días de incapacidad.

Dominada la situación, Francisco Javier Molano fue identificado como la persona que lanzara la piedra contra el militar, capturado y puesto a disposición de las autoridades como sindicado del delito de terrorismo. El señor Molano no es ni era alumno de la Universidad Nacional.

Considera el señor Juez de Orden Público, que los hechos no se subsumen dentro del tipo penal del terrorismo, de que trata el artículo 1º del Decreto 180 de 1988, porque "...la intención del conglomerado estudiantil fue la de repeler la acción de la Fuerza Pública y no la de infundir zozobra o terror en la población" y que además no está probado el uso por los estudiantes de sustancias explosivas.

Entiende en cambio el señor Juez de Instrucción Criminal que los acusados realizaron actos violentos "...que causaron zozobra a un sector de la población, especialmente a aquella aledaña a las instalaciones de la Universidad, a los peatones y a los vehículos automotores que por las vías adyacentes pudieron transitar, poniendo en natural peligro la vida e integridad física de aquellos, a su vez que implantando un estado de miedo, espanto y peligro... máxime que al lanzar bombas incendiarias indudablemente atentaban contra la vida y la integridad de las personas en general y el estado y buena marcha del transporte automotor que también corría peligro inminente..."

Se considera:

Se entiende por terrorismo un delito de mera conducta que consiste en emplear medios de destrucción colectiva contra personas o cosas, con el propósito de crear un ambiente de zozobra o perturbar el orden público. El tipo penal tutela el bien jurídico de la seguridad pública y la conducta lesiona además al conglomerado social.

El Código Penal de 1936 en el Título VIII, al tratar los delitos contra la salud e integridad colectivas, traía un tipo penal (art. 261) que sancionaba el lanzamiento contra personas o edificios, explosivos o sustancias inflamables, gases o bombas, pero guardaba silencio sobre el elemento subjetivo que debía mover la conducta del agente.

El Código de 1980, subsanando la anterior omisión, sanciona con el nomen juris *de TERRORISMO y como delito contra la seguridad pública, la conducta de un sujeto activo indeterminado que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público "...emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva..." (art. 187 del C. P.).*

Se trata de un hecho punible con un ingrediente subjetivo referido a los fines perseguidos por el infractor, de crear o mantener un estado

de zozobra o perturbar el orden público, mediante el empleo de medios de destrucción colectiva contra personas o bienes. Es pues, un tipo que requiere la utilización de medios peligrosos, pero de mera conducta pues no es necesario que las personas o cosas sufran el daño, es decir, que sean alcanzadas por los objetos peligrosos o inflamables.

El Estado colombiano, teniendo en cuenta la grave situación de alteración del orden público que vive el país y ante la pérdida del sosiego para la ciudadanía por la constante ejecución de hechos violentos contra las personas y los bienes, promulgó en ejercicio de las facultades de estado de sitio (art. 121 de la C. N.) el Decreto 180 de enero 27 del presente año que introdujo fundamentales variaciones al tipo penal de terrorismo de nuestro Código Penal.

En el decreto citado "Estatuto para la Defensa de la Democracia", que empezó a regir a partir de la fecha de su publicación, se establecen una serie de conductas constitutivas de delito, que adicionan y modifican transitoriamente la contemplada en el artículo 187 del Código Penal.

En su normatividad el citado decreto crea un tipo básico y propio de terrorismo en su artículo 1º y describe en sus demás artículos diversas conductas que por atentar contra la seguridad pública al crear zozobra, terror en la población o a un sector de ella, son constitutivos de delito de terrorismo.

Dentro de dichas conductas punibles, se encuentra el artículo 12 que sanciona el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos.

Dice la norma:

"Artículo 12. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos. El que con propósitos terroristas, coloque, lance bomba o artefacto explosivo o incendiario, o corrosivo de cualquier tipo, lo envíe, porte o remita que pueda afectar la integridad física de las personas o los bienes, en la vía pública, centros de recreación, instalaciones deportivas, instituciones de enseñanza, iglesias, en lugares caracterizados por la concurrencia habitual de personas, centros de salud, edificios públicos o privados, en lugares destinados a la habitación, en instalaciones industriales, militares o de policía, estará sometido a pena de 10 a 20 años de prisión y a multa de diez a cien salarios mínimos mensuales".

Se trata igualmente, de un tipo penal de mera conducta en la cual incurre el agente que coloque o lance, con fines terroristas, sustancias explosivas, incendiarias, que puedan afectar la integridad física de las personas en los sitios públicos o privados que señala la norma, aunque el resultado dañoso no se produzca.

En el caso que se examina, sostiene el Capitán de la Policía José Olimpo Ortega, que en las calles públicas aledañas a la Universidad Nacional, personas al parecer estudiantes (aunque unos no lo eran, como el acusado en este sumario) ocultando la cara con capuchas y paños humedecidos para prevenir el efecto de los gases, lanzaron sobre

la Policía que trataba de calmar el motín no sólo una "pequeña piedra" como lo afirma la defensa, sino objetos peligrosos que el agente José Lozano Ramírez precisa en estos términos al folio 17 del sumario:

"...Aproximadamente ochenta o cien personas que manifestaban ser alumnos de dicho centro educativo, portando bombas incendiarias, ácido en botellas, varillas, piedras y otros elementos pretendían tomarse la carrera 30... Al ir transcurriendo el tiempo, dichos elementos nos atacaban por más de cuatro puntos..." Agrega este testigo, que el Capitán que los comandaba recibió en la cara una pedrada que lo *lesionó seriamente.*

La Juez de Orden Público, afirma que los hechos así denunciados no corresponden a la realidad, sin que ofrezca las razones de hecho y de derecho en que fundamenta su posición y sin que el proceso hasta el momento demuestre cosa diferente a lo afirmado por las autoridades.

Deducese de lo anterior, y de los elementos de convicción hasta ahora allegados al proceso, que los hechos objeto de juzgamiento bien pueden subsumirse dentro de la conducta que como "empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos" contempla el Decreto 180 de 1988.

Es verdad que la mencionada norma demanda para su estructuración, que el sujeto agente actúe con fines terroristas. Y procede con esta finalidad, según el artículo 1º del aludido decreto quien lo haga para provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella.

Los hechos que originaron la investigación son indudablemente idóneos para crear o estimular zozobra o terror, pues las pedreas en las calles aledañas a la Universidad, acompañadas del empleo de ácidos y sustancias explosivas (con bombas molotov) ocasionan la pérdida del sosiego alteran el orden público y crean una atmósfera peligrosa, no sólo para los atacados, en este caso los agentes de policía, sino para los particulares que se hallen en el lugar y para las personas y vehículos que circulan en sus inmediaciones.

Suele suceder, como ya se anotara en el curso de esta providencia que con los actos realizados por los delincuentes se lesionen otros bienes jurídicos, consumándose, homicidio, lesiones, daño en bien ajeno, violencia contra empleado oficial, etc., conductas que guardan íntima conexidad con el terrorismo, cuando han sido ocasionadas con fines terroristas y por los medios que este tipo penal exige, y que fue definido en la Primera Conferencia Internacional para la unificación del Derecho Penal como "el empleo intencional de cualquier medio capaz de hacer correr un peligro común..."

Como la prueba testimonial imputa a los autores del hecho que se examina el lanzamiento y empleo de sustancias u objetos peligrosos, piedras, bombas incendiarias y sustancias corrosivas en las calles públicas y en predios de instituciones de enseñanza pública, el delito de terrorismo aparece tipificado ya que la intención de los acusados no fue otra que la de alterar o entrabar el funcionamiento de los poderes públicos y crear zozobra y temor en la ciudadanía o a parte de ella, la

competencia para conocer del sumario corresponderá en consecuencia al señor Juez de Orden Público, a quien el Decreto 474 de 1988 lo faculta para conocer del delito de terrorismo y todos aquellos que sean conexos.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *dirime* la presente colisión, otorgando el conocimiento del presente sumario al señor Juez Décimo de Orden Público a quien se le remitirá el expediente. Háguse conocer esta decisión para los fines pertinentes al señor Juez Cuarenta de Instrucción Criminal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Para que una demanda al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, cumpla con las exigencias legales, deben señalarse primero las llamadas "normas medio", esto es, las correspondientes al ordenamiento ritual que fueron infringidas por el juzgador y luego las precisas normas sustanciales que por esta vía sufrieron infracción

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 059 del 20 de septiembre de 1988.

Vistos:

Resolverá la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *José Marino Valencia Vásquez*, quien fuera condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Manizales el día veintiocho de abril del presente año, como infractor a las disposiciones contenidas en la Ley 30 de 1986.

Actuación procesal:

Contra la sentencia de segunda instancia, recurrió el procesado en casación, y para la atención del recurso correspondiente otorgó poder a un abogado titulado que lo representara.

La impugnación extraordinaria fue declarada admisible por la Corte en auto del catorce de junio de mil novecientos ochenta y ocho, en el cual se ordenó correr el traslado correspondiente para la presentación de la demanda.

La demanda:

En ejercicio del poder que le fuera concedido, el defensor del enjuiciado presentó demanda de casación, al amparo de la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, invocando la violación de la ley sustancial por interpretación errónea.

Si bien el censor no precisó en su libelo si la violación fue directa o indirecta, de las argumentaciones contenidas en su demanda puede la Corte colegir que alega el último tipo de infracción enunciado,

como que trata de controvertir la valoración probatoria que los juzgadores de instancia hicieron de la prueba de confesión del cosindicado Luis Fernando Valencia Cardona.

Dentro del cargo propuesto, el demandante estimó violado el contenido del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, mas para nada indicó qué norma sustancial fue la que resultó vulnerada por los falladores de instancia.

Consideraciones de la Sala:

El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, establece en su numeral primero como motivo de casación, el que la sentencia sea violatoria de la ley sustancial. Esta vulneración puede ser, a su turno, de carácter directo o indirecto. En el primer caso, la infracción se produce sin que el juzgador haya incurrido en errores frente a los medios probatorios, en tanto que la segunda de las formas consideradas exige que se haya incurrido en yerros de apreciación sobre las pruebas arrimadas al expediente, o sobre pruebas inexistentes en los autos.

Esta doble regulación impone, a su turno, una técnica específica según se trate de la infracción directa o la indirecta, puesto que si en el primer evento el demandante debe alegar la norma sustancial violada con exclusividad, en el segundo se impone que se llegue a la demostración de la infracción a través de las normas procesales, sin que ello signifique que se debe dejar de lado la ley sustancial violada por esta vía.

Así, para que una demanda al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, cumpla con las exigencias legales, deben señalarse primero las llamadas "normas medio", esto es, las correspondientes al ordenamiento ritual que fueron infringidas por el juzgador, y luego, las precisas normas sustanciales que por esta vía sufrieron infracción. El plantear una sola de ellas, tiene como conclusión que el ataque quede a medio camino, sin que pueda la Corte establecer cuáles de las reglas materiales que gobiernan el juzgamiento fue la definitivamente violada.

Por ello, el artículo 226 en su numeral primero expresamente manifiesta: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial*...", es decir, que es requisito indispensable para que la censura se ajuste a las normas procesales, la expresión de las normas sustanciales violadas, a más de la demostración de su vulneración por medio de la apreciación probatoria, en casos como el que se presenta a la atención de la Sala.*

Ahora bien, el demandante en el caso presente se limitó a presentar a la Sala un cargo sobre la base de que los juzgadores de instancia apreciaron indebidamente la prueba sobre la cual fundamentaron la responsabilidad penal de su defendido, señalando insistentemente la violación que por ello se produjo al artículo 247 del Código de Procedimiento Penal que regula las exigencias probatorias para condenar. Sin embargo, ninguna norma sustantiva tan siquiera enunció, no logrando con ello demostrar el presupuesto de la causal, esto es, la vio-

lación de la ley sustancial. El ataque, pues, solamente presenta uno de los extremos de la proposición jurídica que ha debido presentar, y en consecuencia, la demanda no reúne los requisitos establecidos en el artículo 224 del ordenamiento ritual, puesto que falta, por esta vía, el mencionado en el numeral 3º de la citada disposición.

Así las cosas, la Sala declarará desierto el recurso de conformidad con lo previsto en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, y ordenará devolver el proceso al Tribunal de origen.

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

Resuelve:

Declarar desierto el presente recurso. En consecuencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CONSULTA. PARTE CIVIL

En el grado jurisdiccional de la consulta y porque hay cierto tipo de delitos pluriofensivos como sería el caso de la falsedad, donde se menoscaba el interés colectivo pero también puede afectarse uno particular concreto, debe tenerse bien en cuenta el aspecto fáctico investigado, esto es, si existe en el proceso posibilidad de individualizar el perjuicio o, por el contrario, no concurre esa pretensión

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

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 57 de 13 de septiembre de 1988.

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena la cesación de procedimiento en favor del doctor *Gabriel Combat Fonseca*, Juez Catorce de Instrucción Criminal de dicha localidad, por el presunto delito de falsedad que se investigó en este proceso conjuntamente con el delito de prevaricato. Por este último se reabrió la investigación.

Reseña de los hechos:

Al Juez Catorce de Instrucción Criminal ambulante, doctor Gabriel Combat Fonseca, se le comisionó para investigar un delito de homicidio que tuvo ocurrencia en la ciudad de Magangué (Bolívar).

El Fiscal del Circuito de Magangué, quien intervino en dicha investigación desde el comienzo estimó que el juez comisionado era poco diligente en la investigación que se le encomendó hasta el punto de haber recibido el testimonio de la señora Emilse Gómez Hurtado quien se identificó con la cédula de ciudadanía número 25.586.871 de Valencia (Córdoba), documento que resultó ser falso. En tales circunstancias el fiscal pidió a su colega del juzgado superior que interviniera para que dicho juzgado asumiera la investigación que en forma deficiente tenía el juez comisionado, puntualizando dichas irregularidades.

El juzgado superior procedió en tal sentido y de inmediato puso la Fiscalía en conocimiento del Tribunal Superior de Cartagena la anómala situación. La Corporación abrió proceso contra el juez de instrucción por los delitos de falsedad ideológica y prevaricato, el

cual fue calificado con reapertura de investigación para el prevaricato y cesación de procedimiento respecto de la falsedad, determinación esta que es el objeto de la consulta.

Pruebas recepcionadas:

Obran en el proceso las siguientes pruebas de importancia: denuncia formulada por la Fiscal del Juzgado Superior de Magangué; oficio que el fiscal del circuito envió al del juzgado superior sobre el particular (fl. 58); fotocopias auténticas de la Registraduría Municipal y de la Nacional del Estado Civil sobre la persona titular de la cédula presentada por la testigo declarante en las cuales se dice que dicho número pertenece a Flor Nelly Muñoz y fue expedida en Patía (Cauca); testimonio por certificación jurada del Fiscal del Circuito de Magangué donde narra las circunstancias que le hicieron solicitar el desplazamiento del instructor; certificación jurada de la Fiscal del juzgado Superior; se acreditó la calidad de juez del funcionario denunciado; declaración de Reinaldo López López secretario del juzgado de instrucción cuyo titular es investigado para la época de los hechos (agosto de 1985); indagatoria del funcionario sumariado en la cual explica por qué no se practicaron las pruebas solicitadas por el fiscal y en cuanto a la cédula falsa dice que él no sabía que lo fuera pues simplemente identificó la persona y le recepcionó el testimonio (fls. 22 y ss.).

Criterio de la Procuraduría:

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, encuentra acertada la determinación del Tribunal "cuando dispuso cesar todo procedimiento en contra del acusado" por el cargo de falsedad imputado.

Seguidamente, sin ser objeto de consulta, se muestra en desacuerdo con la reapertura de investigación al delito de prevaricato respecto del cual demanda la cesación de procedimiento por no constituir ilícito penal.

Consideraciones de la Corte:

I. *El grado jurisdiccional de la consulta.*

No obstante haber sido notificada la providencia calificatoria al procesado y al Ministerio Público, la circunstancia de no existir parte civil reconocida, en los términos del artículo 210 Código de Procedimiento Penal, haría procedente la consulta en el presente caso. Este es un aspecto dilucidado por la jurisprudencia de esta Corporación. En efecto, en providencia de mayo 18 de 1988 la Corte, con ponencia del magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez y ratificando la de diciembre 10 de 1987, afirmó:

> *cuando la sentencia es absolutoria (también en el caso de cesación de procedimiento), en proceso en el cual inexiste parte civil, debe procederse a la consulta, por razón de la naturaleza*

del fallo emitido y su abierta desfavorabilidad para una eventual acción civil por fuera del proceso penal. Es desatinado conceptuar que la no existencia de parte civil torna improcedente la consulta; cuando se ha notificado personalmente al procesado o a su defensor, pues de ser así no tendría sentido el texto del artículo 210 al afirmar "o cuando haya parte civil reconocida", lo que sí conduce a que, cuando no la hay, la consulta se impone.

Sin embargo, en esta misma providencia se hizo una importante excepción, cuyo alcance vale la pena precisar ahora. Dijo la Corte:

"Conviene señalar que, cuando el titular del bien jurídico es la colectividad, lo es precisamente porque los respectivos tipos penales protegen derechos e intereses que no pertenecen a una persona determinada, sino que recogen todo el conglomerado social. Pero es desde luego una indeterminación relativa porque puede suceder que, realizada la conducta típica, algunos miembros concretos de ese conglomerado hayan resultado víctimas, y como tales tendrían derecho a constituirse en parte civil, pero ello no negaría el primordial predicamento, o sea que el titular del bien jurídico protegido (salud pública) es la colectividad.

"Y, cuando se afirma que el Estado es el titular, la aseveración se hace porque se entiende que tiene un derecho preferencial en esos eventos, nacido precisamente como contravalida de su obligación en la prestación de tales servicios públicos, sin que se niegue la factibilidad de ubicación en una persona determinada del perjuicio concreto que la facultaría para constituirse en parte civil.

"Así las cosas, cuando por la naturaleza misma de los hechos no hay quien pueda constituirse en parte civil, bien porque no se produjo un perjuicio concreto, ubicable en persona determinada, ora porque la colectividad o el estado como titulares del bien jurídico protegido como tales no pueden hacerlo, dado que su representación en el proceso se realiza por el Ministerio Público, personero de la sociedad, hay que entender que la procedencia de la consulta por no existir parte civil constituida, no tiene razón de ser, pues no puede exigirse lo imposible y, en tales eventos, surtida la notificación personal al procesado o a su defensor y al Ministerio Público se han cumplido los requisitos legales que harían improcedente ese grado especial de jurisdicción".

Hay cierto tipo de delitos pluriofensivos como sería el caso de la falsedad, donde se menoscaba el interés colectivo pero también puede afectarse uno particular concreto, con relación a los cuales debe tenerse bien en cuenta el aspecto fáctico investigado, esto es, si existe en el proceso posibilidad de individualizar el perjuicio, en cuyo evento para efectos de la consulta deberá seguirse la regla sentada en providencia de diciembre 10 de 1987 y cuya transcripción inicial se hizo; o, por el contrario, si no hay posibilidad de concretar el perjudicado, deberá seguirse la excepción que en providencia de mayo 18 de 1988 se estableció.

Aquí el delito por el cual se cesó procedimiento en la decisión objeto de consulta es el de falsedad ideológica consistente en haber hecho constar en documento público un hecho contrario a la realidad, el cual protege fundamentalmente el bien jurídico de la fe pública a través de una función de tal naturaleza singularmente importante como es la certificadora dada a los jueces, puesto que es ésta la imputación que en el fondo se le hizo al funcionario.

Como puede observarse, con tales presupuestos fácticos no podía la colectividad ni el Estado, a juzgar por la otra imputación, como titulares de los bienes jurídicos protegidos constituirse como tales en parte civil. Su personería la tenía aquí el Ministerio Público, el cual se notificó personalmente, al igual que el procesado, sin manifestación alguna de inconformidad. Ello, como lo afirmó la Corte en la providencia citada, permite sostener que se cumplieron los requisitos legales que hacen improcedente la consulta.

II. *La cesación de procedimiento por el prevaricato.*

En cuanto a la petición del señor Procurador Delegado para que se cese el procedimiento en relación con la sindicación por prevaricato que fuera investigada en este mismo proceso y calificada con reapertura, la Corte no puede acceder a ello primeramente, porque tal determinación no ha sido ni es legalmente consultable careciendo entonces la Corte de competencia y, además, por cuanto la cesación de procedimiento que contempla el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal autónomamente considerada no es procedente aplicarla en segunda instancia, en el supuesto de tener tal competencia, por no estar fundada en una causal objetiva, tal como lo tiene decidido la Corte.

En efecto, en providencia de julio 12 de 1988 con ponencia del magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz, la Corporación dijo:

"Si se trata de una causal objetiva (como la muerte del procesado, la prescripción de la acción penal, la amnistía, el desistimiento, la oblación, la descriminalización de la conducta) es claro que el juez *ad quem*, al igual que esta Sala aunque actúe como Tribunal de casación, no solamente pueden sino que deben ordenar la cesación de procedimiento. Obsérvese que cuando se presenta una cualquiera de estas causales objetivas, el Estado de inmediato pierde la competencia para continuar desarrollando la acción penal; lo único que puede hacer el *ad quem* es reconocer la ocurrencia de la causal y ordenar la cesación del proceso por haberse extinguido la acción penal y carecer, por tanto, de competencia para desatar el recurso interpuesto.

"Si la causal que se pretende invocar por el *ad quem* o que ante él se aduzca, no es de carácter eminentemente objetivo, sino de aquellas que requieren de una valoración subjetiva o de responsabilidad, considera la Sala que disponer la cesación de procedimiento no es posible, por carecer el *ad quem* de competencia para ello..."

Ello implica, entonces, que debe abstenerse la Corte de revisar la providencia consultada y de decidir la cesación impetrada por el señor Procurador Delegado.

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

Resuelve:

Primero: Abstenerse de revisar la providencia consultada.

Segundo: Abstenerse de decidir sobre la cesación de procedimiento impetrada.

Cópiese, notifíquese y cumplase. Devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CONSULTA. EMPLEADO OFICIAL

La ampliación del término prescriptivo del artículo 82 del Código Penal, no puede computarse para efectos de la consulta

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 61.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 9 de julio del año en curso, en determinación que consulta, calificó por segunda oportunidad el mérito de la presente investigación, adelantada contra el doctor *William Fernando León Moncaleano,* a quien en su condición de Juez Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá, le atribuía la comisión de varios punibles el Fiscal 13 del Circuito, "declarando prescrita la acción penal por lo que hace al delito de prevaricato" y ordenando "la cesación de procedimiento (art. 34 C. de P. P.), en lo atinente con el delito de falsedad".

En esta sede, obtenido el concepto del agente del Ministerio Público, es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo.

Hechos y actuación procesal:

La Corte acoge la versión que de los mismos presenta la instancia, así:

"El doctor Roberto Ramírez Castelbondo tildó de falsaria y prevaricadora la conducta cumplida por el doctor William Fernando León Moncaleano, Juez Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá, cuando por el primer semestre de 1981 y con el antecedente de antiguo resquemor entre ellos, no solamente se ocultó memorial de sustitución de poder que él había presentado desde el 10 de octubre de 1979, en proceso ejecutivo de Delia Castelbondo de Ramírez contra Aristarco Díaz, sino que dilató el pronunciamiento pertinente en torno a tal pretensión.

"La Sala previo el cierre investigativo, en ocasión pretérita, hubo de evaluar el acervo probatorio recaudado en la información procesal, concluyendo, según decisión de septiembre 11 de 1987, en que la confusión que reina en torno a la actuación del funcionario cuestionado no permitía tener una visión completa y exacta sobre lo realmente

ocurrido y con fundamento en ello determinar si le asiste o no responsabilidad penal por su obrar, porque no solamente no se acreditó la permanencia del doctor William Fernando León Moncaleano, por la época de los hechos, frente al Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá, sino que el curso del memorial de sustitución del poder y la dilación en cuanto a la solución que correspondía, cara al antecedente de fricción entre quejoso y funcionario, aceptada por éste, daba lugar a vislumbrar, en principio, anomalía en el proceder del juez y, por ende, se compadecía con tal estado de cosas la calificación con sobreseimiento temporal en aras de que la reapertura investigativa aportara luces que confluyeran a condensar la verdad del suceso y, de contera, la razón o sinrazón de las incriminaciones.

"El nuevo ciclo investigativo únicamente contiene la ampliación de la diligencia de injurada del funcionario acusado, en la que se evade hacer referencia amplia al tema que constituyó el objeto de la investigación, pues aunque se significa marginamiento del indagado respecto del extravío y trámite no oportuno del memorial de sustitución de poder, introducido en octubre 10 de 1979, debido a que para esta época no se hallaba en la dirección del juzgado, no se explicó jurídica y racionalmente el por qué se rechazó la sustitución, para, luego, aceptarla".

Breves consideraciones de la Sala:

1. *El Tribunal, en su determinación de 9 de julio del año en curso, dispuso: "Ordenar la consulta de esta providencia, si no se llegare a perfilar ninguno de los eventos prescritos en el último inciso del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal". Pues bien, este último inciso ordena: "No habrá lugar a consulta,* en los casos anteriores: *cuando la providencia ha sido notificada personalmente al procesado o su defensor, o cuando haya parte civil reconocida" (subrayas de la Sala). Y, los "casos anteriores", según el mismo texto, son precisamente las providencias que* "son consultables", *cuando contra ellas no se hubiere interpuesto recurso de apelación, así:*

"1. La sentencia y el auto de cesación de procedimiento, cuando el delito porque se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de cinco (5) años.

"2. La providencia por medio de la cual se concede la libertad condicional, cuando la pena impuesta sea mayor de cinco (5) años".

Lo anterior para señalar que lo primero que debe hacer el funcionario es determinar si la providencia de que se trata cumple o no los presupuestos a que aluden los numerales 1 y 2. Verificado esto, o sea que la providencia por su naturaleza es consultable, ahí sí se determinará si se dan o no los supuestos de hecho a que alude el inciso final del artículo 210, en orden a concederla o no.

En el evento sub exámine, *el delito de prevaricato, por el que también se procede, no tiene señalada pena privativa de la libertad superior a los cinco (5) años. De ahí que la naturaleza de la determinación hacía que, de una vez por todas, hubiera de desecharse este*

grado extraordinario de jurisdicción, sin que para arribar a tal conclusión fuera menester esperarse, para apreciar si se satisfacían o no los requisitos a que alude el inciso final del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora, a lo que se refiere el artículo 82 del Código Penal, cuando amplía el término de prescripción, "si el delito fuere cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos", no le resta ninguna validez a lo dicho, por cuanto resulta evidente que el susodicho artículo cuanto regla es la extensión del fenómeno prescriptivo, cuando se dan las circunstancias que allí se consignan, pero sin que sea dado ampliar por ello, en la proporción indicada por la misma norma, las penas privativas de la libertad de los respectivos delitos, para efectos punitivos. Es pues un fenómeno de exclusiva pertinencia para la prescripción, sin que la ampliación que consagra pueda computarse para efectos de la consulta, así esta verse sobre determinación en que la prescripción se declara y el sujeto agente del delito sea empleado oficial que lo cometió en el marco circunstancial que plasma el mencionado artículo 82.

Desatinó en consecuencia el Tribunal al remitir el proceso, para que se desate la consulta sobre lo determinado en cuanto al delito de prevaricato, e igual hizo la delegada al conceptuar sobre la legalidad de la misma, solicitando su confirmación.

2. Con respecto al ilícito de falsedad, el Tribunal, en la providencia que se consulta, expresó lo siguiente:

"...ciertamente, como lo plantea el funcionario incriminado en la diligencia de ampliación de indagatoria, habiéndose presentado el memorial de sustitución de poder en octubre de 1979 y, hallándose el respectivo proceso dentro de los suspendidos para la época en que llegó el doctor William Fernando León Moncaleano a regentar el Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá, operando constancia sobre la aparición del memorial en la inspección del juicio visible a folio 31 y según la cual en informe secretarial de mayo 27 de 1981 se resalta que el memorial de sustitución a que alude el denunciante, fue hallado dentro de un folder de memoriales correspondientes al año de 1979, necesariamente se evapora la incriminación que por ocultamiento del mismo pudiera caberle al doctor William Fernando León Moncaleano, por virtud de sus relaciones poco cordiales para con el profesional del derecho, pues a raíz de la presencia de éste para reclamar los títulos de depósito judicial fue que se buscó y localizó el memorial de sustitución de poder, introducido, precisamente, cuando ya el proceso estaba en suspenso e inmediatamente se profiere la providencia de mayo 27 de 1981 que dispone el trámite que ha sido cuestionado como manifiestamente contrario a la ley, porque el memorial ya había sido presentado y que hoy por hoy no es tema de evaluación, dado el fenómeno prescriptivo para el ilícito de prevaricato".

Si no existe prueba válida de compromctimiento para el juez acusado por la ocultación del memorial de sustitución, resulta conforme a derecho la aplicación del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, cesando todo procedimiento, cuando se trata como ahora de calificar por segunda vez el mérito de las sumarias. No hay

nada pues que agregar a lo expuesto por la instancia, señalándose simplemente que el Ministerio Público prohija la confirmación de la determinación, ya indicada en su fecha, origen y naturaleza, porque "como no existe testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicio grave de responsabilidad contra William Fernando León Moncaleano, lógico es concluir que se debe cesar procedimiento, al tenor del artículo 473 del Código de Procedimiento Penal (favorabilidad)".

3. Alude la delegada al hecho de que "lamentablemente la ineptitud del magistrado ponente en estas diligencias (doctor Amancio Rodríguez Queruz), anterior al actual, conllevaron a que el manto de la impunidad evitase que la conducta irregular de un funcionario que no hacía honor a la justicia, fuese sancionada". La Sala encuentra que, ciertamente, la investigación no fue adelantada, por tal magistrado, con la debida diligencia, lo que hace que tal circunstancia haya de llevarse al conocimiento de la Procuraduría, para lo de su cargo. Por la Secretaría de la Sala, ofíciese en tal sentido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Confirma* el cese de procedimiento, en cuanto se refiere al presunto ilícito de falsedad, según denuncia del Fiscal Trece de Bogotá, doctor Roberto Ramírez Castelbondo.

Por la Secretaría de la Sala, ofíciese a la Procuraduría, haciéndole saber de la presunta negligencia con que fue adelantado el trámite del presente proceso, por parte del magistrado Amancio Rodríguez Queruz, para lo de ley.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

AUTO INHIBITORIO. REPOSICION

La ejecutoria formal del auto inhibitorio se puede remover, exclusivamente, en tanto que nuevos medios probatorios demuestren la necesidad de iniciar investigación penal

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 059 del 20 de septiembre de 1988.

Vistos:

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo que fuere pertinente en torno al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la denunciante en contra del auto de fecha diecisiete (17) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán no accedió a la revocatoria del auto inhibitorio que esa misma Corporación había dictado dentro de la presente actuación.

Actuación procesal:

La señora Beatriz Solano de Girón, en cumplimiento del deber de denunciar consagrado en el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, elevó acusación penal en contra de la doctora Jenny Rosalía Gómez de Luna, Juez Segundo Penal Municipal de la ciudad de Popayán, a quien imputó la comisión de los delitos de prevaricato y falsedad.

Producida la ratificación bajo juramento de la acusación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán ordenó el adelantamiento de algunas diligencias preliminares con el fin de establecer la procedencia de la apertura de la investigación penal.

Evacuados los medios de prueba ordenados, el mismo Tribunal, mediante auto de fecha seis (6) de mayo del año que corre, se inhibió de iniciar proceso penal en contra de la acusada, providencia que fue debidamente notificada en forma personal al Fiscal de la Corporación, y por estado a las demás partes.

Ejecutoriada la decisión inhibitoria, la denunciante solicitó copias de la actuación, y luego, sin aportar prueba alguna presentó un escrito en el cual expuso las razones que consideró pertinentes para solicitar la revocación del auto que negó la apertura de la investigación.

En este estado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán reactivó el asunto, profiriendo auto el día diecisiete (17) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por medio del cual no accedió a la revocatoria planteada por la denunciante.

A continuación, la denunciante otorgó poder a un abogado "para que me represente en el trámite de los recursos relacionados con el auto inhibitorio (art. 352 del C. de P. P.) recaído en favor de la titular del Juzgado 2º Penal Municipal doctora Jenny Gómez de Luna y/o sus colaboradores. Mi apoderado queda facultado para ...interponer toda clase de recursos que estime necesarios y conducentes..."

Ante esta designación, la Corporación a quien se dirigió el escrito reconoció personería al abogado designado, quien posteriormente impugnó, por la vía de la apelación, el auto por medio del cual el Tribunal no accedió a revocar el proveído inhibitorio. Este recurso, fue concedido por el Tribunal en auto de veintiocho (28) de junio de este año, cuyo trámite de segunda instancia fue luego ordenado por la Corte.

Concepto del Procurador Delegado:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al emitir su concepto, estimó procedente la confirmación del auto apelado, toda vez que en su criterio las pruebas recaudadas en la fase de indagación preliminar acreditan la inexistencia de los ilícitos denunciados, y la valoración probatoria que de ellos se hizo en el auto inhibitorio no fue en forma alguna rebatida con un nuevo caudal de medios de prueba.

Consideraciones de la Sala:

De conformidad con la anterior actuación procesal, varios son los puntos que en este momento debe dilucidar la Corte. En consecuencia, por separado se harán las consideraciones relativas a cada uno de ellos.

1. *Procedencia de la revocación del auto inhibitorio.*

El artículo 353 del Código de Procedimiento Penal vigente, consagra la posibilidad de que el auto inhibitorio pronunciado por un funcionario judicial, sea luego revocado, aún después de su ejecutoria formal. Sin embargo, supedita tal evento al hecho de que probatoriamente se combatan los fundamentos que sirvieron para el proferimiento de tal medida.

Quiere decir lo anterior, que el nuevo estatuto procesal no ha consagrado la posibilidad de revocatoria del auto inhibitorio con base en el simple capricho del denunciante o del juzgador, sino que uno y otro, deben establecer nuevas pruebas que contradigan la decisión inhibitoria antes de solicitar la revocación o de ordenarla oficiosamente. No se trata de que el auto proferido sea, solamente, susceptible o no de revocación; se impone, como regla general, su ejecutoria formal, la cual se puede remover exclusivamente en tanto que nuevos medios probatorios demuestren la necesidad de iniciar la investigación penal; de allí, la exigencia legal comentada.

Por esa misma razón, el artículo 352, inciso 2º del Decreto 050 de 1987, entregó al denunciante o querellante la potestad de interponer recursos en contra de la providencia inhibitoria, a fin de que una instancia superior determinara sobre la legalidad de la medida, en caso de que no sea posible la postulación de nuevo material probatorio, con lo cual se ampara al denunciante en sus derechos. Sin embargo, si éste no hace uso de sus facultades de impugnación, una vez ejecutoriada formalmente la decisión, sólo podrá solicitar su revocación con la aportación de nuevos elementos de juicio.

Es lógico que esta sea la concepción del legislador, porque de otra forma, se restaría toda seguridad jurídica al juzgamiento, se impondría siempre la posibilidad de que el capricho imperara sobre las pruebas recaudadas, con el consiguiente perjuicio para el acusado, la desconfianza en la administración de justicia y la violación de los amparos procesales reconocidos a nivel internacional.

Hechas estas precisiones, debe concluirse entonces que bien hizo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán al negarse a revocar la medida inhibitoria, puesto que luego de proferida ésta, ninguna aportación de nuevos elementos de juicio se hizo. Empero, considera la Sala que la providencia que se dictó no era la adecuada porque no ha debido ocuparse de examinar si procedía o no la revocatoria del auto, ante la inexistencia manifiesta de los presupuestos de ella. Lo correcto hubiese sido rechazar de plano la solicitud que no desvirtuaba probatoriamente los fundamentos del auto inhibitorio.

3. *La decisión que debe tomar la Sala.*

Establecido como está que en el presente trámite no era procedente decidir sobre la revocación del auto inhibitorio, debe concluir la Sala que le es imposible entrar a estudiar el fondo del asunto, y en consecuencia se inhibirá de ello.

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

Resuelve:

Abstenerse de conocer del recurso de apelación interpuesto contra la providencia de fecha diecisiete (17) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988) emanada del Tribunal Superior de Popayán, por los motivos expuestos en la parte motiva de este auto.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Didimo Páez Velandia, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA. NARCOTRAFICO

La tenencia ilegal de elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína u de cualquier otra droga que produzca dependencia, se adecúa en la descripción típica del artículo 43 de la Ley 30 de 1986 y excluye el fenómeno concursal con el delito de contrabando

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 59 de septiembre 20 de 1988.

Vistos:

El Juez Cuarto de Instrucción Criminal de Pamplona ha remitido a esta Corporación el proceso que se sigue contra *José de Jesús Bautista Gamboa* por infracción al artículo 43 de la Ley 30 de 1986, para que dirima la presunta colisión de competencias que afirma, se ha suscitado entre los Jueces Unico Superior de Aduanas de Cúcuta y Primero Penal del Circuito de Pamplona.

Antecedentes:

1. Se ha cuestionado en el proceso si la conducta realizada por José de Jesús Bautista, constituye infracción a la Ley 30 de 1986, artículo 43, o si además debe imputársele concurso con el delito de contrabando por ser el eter producto de prohibida importación.

2. Al conocer el Tribunal Superior de Aduanas del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal de instancia, contra el auto de detención dictado contra José de Jesús Bautista, clarificó que en este caso el transporte de eter se adecúa en la Ley 30 de 1986, por aplicación del principio de especialidad respecto al Estatuto Penal Aduanero, pues, por tratarse de sustancia que sirve para el procesamiento de cocaína, su tenencia ilícita se caracteriza por la importación ilegal y al estar específicamente descrito este comportamiento en el artículo 43 de la precitada ley, impera su aplicación (fls. 137 a 154).

3. En cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal, el Juzgado Unico Superior de Aduanas de Cúcuta, ordenó el envío del expediente al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pamplona, advirtiéndole que de discrepar de estos planteamientos, proponía colisión negativa de competencias (fl. 159).

4. Al entrar a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) y recibidas las diligencias por el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Pamplona avocó el conocimiento (fl. 202) practicó algunas pruebas, declaró cerrada la investigación y calificó el mérito del sumario (fls. 186 y ss.) ordenando enviar el proceso a esta Corporación para que se dirima "la colisión de competencias negativa planteada" (fl. 189).

Consideraciones:

1. Del análisis de los actos procesales reseñados se colige, que en este caso no se ha trabado el conflicto de competencia alguno y por ende, la Corte se abstendrá de pronunciarse al respecto. Ciertamente el Juez de Instrucción Criminal aceptó las razones de la Justicia Penal Aduanera y procedió a calificar el proceso.

2. Además, *como acertadamente lo afirmó el Tribunal Superior de Aduanas, la tenencia ilegal de elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia como sucede con el éter, se adecúa en la descripción típica del artículo 43 de la Ley 30 de 1986 y excluye el fenómeno concursal con el delito de contrabando.*

3. *Además de que esta sustancia se encuentra entre las expresamente enumeradas en la prohibición, impera dar el debido alcance al elemento normativo de la preciuda disposición, cuando sanciona no la simple tenencia, sino la "ilegalidad" de su porte.*

4. *Al tratarse de un elemento de prohibida importación, como el éter, es obvio que una forma de tenencia "ilegal" es la indebida entrada al país del producto y si bien pueden concurrir otros eventos, tales como la ilícita tenencia de porte de un tercero de una sustancia legalmente importada por su inicial propietario, es función del intérprete establecer en cada caso el ámbito del referido elemento normativo; pero en situaciones como la que trata este proceso, no es posible desconocerlo para estructurar otro delito como el de contrabando.*

5. *El principio de especialidad aplicable para solucionar el aparente concurso de normas entre el Estatuto de Estupefacientes y el Penal Aduanero, impide que ante una descripción típica que especifica el objeto material del hecho punible, se proceda a dividir la conducta para también adecuarla en otra disposición que genéricamente la incluye.*

6. Siendo en consecuencia, a la jurisdicción ordinaria a quien le corresponde conocer de este proceso y habiendo avocado el conocimiento el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Pamplona, resulta necesario concluir, que en este caso no se ha trabado colisión de competencias y nada hay que dirimir.

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

Resuelve:

Abstenerse de pronunciarse sobre la presunta colisión de competencias a que se refiere el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Pamplona.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

IMPEDIMENTO. COMPETENCIA

Mientras se aplique el ritual previsto en la Ley 2ª de 1984, no hay lugar a la separación del funcionario, por haber conocido la Sala respectiva de apelación en la etapa de instrucción

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 059 (septiembre 20 de 1988).

Vistos:

Se procede a resolver de plano el impedimento manifestado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Manizales presidida por el Magistrado Uriel Buitrago Alzate, para conocer del proceso adelantado por infracción a la Ley 30 de 1986 contra la procesada *Fanny Zuloaga Quintero*, con fundamento en lo previsto en el inciso 2º artículo 535 del Código de Procedimiento Penal. La causal alegada no fue aceptada por la Sala que le sigue en turno presidida por el doctor Uriel Gómez Ceballos, ordenándose la remisión del asunto a esta Corporación para los efectos legales.

Antecedentes:

Contra Fanny Zuloaga Quintero y Juan Ramón García Alvarez se tramitó en el Juzgado 16 de Instrucción radicado en Viterbo (Caldas) investigación por infracción a la Ley 30 de 1986, dictándose en su contra auto de detención, el cual fue recurrido por el defensor del segundo de los procesados y que fue revocado por el Tribunal en auto de 3 de julio de 1987 con ponencia del doctor Uriel Buitrago Alzate.

Asumido el conocimiento por el Juzgado Especializado de Manizales y cumplido el procedimiento del caso se dictó sentencia condenatoria para la procesada (julio 16 de 1988) y habiendo correspondido en apelación el asunto a la Sala presidida por el doctor Buitrago Alzate —por cuanto ya había proferido decisión— manifestó su impedimento en atención a lo previsto en el artículo ya referido.

La ponencia del doctor Uriel Gómez Ceballos cita jurisprudencia de la Corte y anota para rechazar el impedimento que el proceso fue

fallado conforme al procedimiento de la Ley 2ª de 1984, en atención a la competencia conferida a los Jueces Especializados mediante los Decretos 468 y 1203 de 1987. Observa además que:

"El rito procesal referido, ubica en un mismo juez las facultades de investigar y fallar, por lo cual aparece claro, que el procedimiento dentro de cuyos linderos se condujo este expediente, es diverso al dispuesto en el Código Procesal para los punibles cuyo juzgamiento corresponde a los jueces superiores y penales del circuito, único en el que opera el impedimento especial contenido en el precepto 535 del elenco ritual..."

Se considera:

El impedimento se plantea con base en el motivo especial de separación de los funcionarios del conocimiento, es decir, los Magistrados que deben resolver en segunda instancia cuando estos hubieren intervenido en la etapa de instrucción, caso en el cual quedan impedidos para conocer de cualquier providencia en la etapa de juzgamiento de acuerdo al numeral 2º del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala que manifiesta el impedimento señala esta norma como motivo de su separación; criterio que tendría apoyo en el texto de la disposición en cuanto consagra esta causal en términos generales, en forma que resultaría aplicable a todos los procesos en que el Magistrado o la Sala hayan decidido en apelación en la etapa de instrucción y posteriormente le corresponda el mismo asunto para decidir la alzada en la etapa de juzgamiento.

Sin embargo como lo anota la providencia de la Sala que declaró inadmisible el impedimento, esta causal específica opera sólo en los casos en que se sigue el procedimiento señalado en el Código en que se separan totalmente las funciones instructora y falladora, lo que no sucede en procesos como el examinado en los cuales corresponde al juez especializado instruir y dictar sentencia. De manera que mientras se aplique el ritual previsto en la Ley 2ª de 1984 conforme a lo expresado, no hay lugar a la separación del funcionario por haber conocido la Sala respectiva de apelación en la etapa de instrucción, ya que se trata de trámites diferentes y por tanto no tiene efecto dicha norma relacionada claramente con el procedimiento respecto al cual se dictó y aplicable únicamente en relación con el mismo.

Este ha sido el criterio de la Sala Penal de la Corte, expresado reiteradamente en varias providencias, entre estas la que aparece citada en el proceso para desechar el impedimento (octubre 27 de 1987). Y en fecha más reciente esta Corporación en cuanto al mismo punto dijo:

"Este motivo de impedimento (que, por tanto, configura también causal de recusación) no estaba previsto en el Código de Procedimiento Penal de 1971, y debe su existencia a la 'separación' que el nuevo estatuto procedimental establece, para determinados casos, entre las etapas de investigación y de juzgamiento, las cuales quedan a cargo de distintos funcionarios entre quienes

no se da nexo de subordinación funcional ninguno: De ahí que las notas preponderantes de dichos segmentos del proceso, sea la autonomía y la independencia. Siendo ello así, resulta obvio que esta causal de impedimento no tiene cabida en los casos en que la resolución de acusación (antes auto de proceder) es proferida por el funcionario de conocimiento propiamente dicho, es decir el encargado por ministerio de la ley para adelantar el juicio y dictar sentencia. Esta hegemonía procesal, por así decirlo, gobernaba sin distingos todo el procedimiento penal de 1971, y continúa rigiendo en el actual para los juzgados municipales, algunos de instrucción criminal (Especializados y de Orden Público, Tribunales Superiores y Corte Suprema). Baste decir que el caso que aquí se afronta es uno de estos, por la sencilla razón de que sigue el rito del estatuto anterior, y en estas condiciones desde mayo de 1985 el Tribunal confirmó el auto de proceder y luego revisó por apelación otros proveídos; es decir, que ya dentro de la etapa del juicio ha venido pronunciándose la Sala recusada, factor este suficiente suyo para que su capacidad para emitir la sentencia respectiva se mantenga incólume".

"En este orden de ideas, resulta claro que la disposición en examen (art. 535, inciso 2º del C. de P. P.) se limita a consagrar un *trámite* especial en la segunda instancia en casos igualmente *especiales* (procesos de que conocen los Juzgados Superiores y de Circuito), pero repítese, preservar durante todo el proceso la tajante separación que el nuevo ordenamiento marca para dichos eventos, y que, en últimas, se traduce en un factor de competencia, al señalar la propia ley que invariablemente, *otro* juzgador distinto del que conoció por apelación en la etapa instructiva, debe ser quien realice lo propio en el tramo del juicio. Si la norma en cuestión, es, pues, de rito, la invocación de favorabilidad hecha por los procesados recusantes, carece de asidero y, por tanto, ha de rechazarse" (auto abril 20 de 1988. Magistrado ponente doctor Duque Ruiz; diciembre 1º de 1987).

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

Resuelve:

Declarar *infundado* el impedimento manifestado por la Sala que preside el Magistrado doctor Uriel Buitrago Alzate del Tribunal Superior de Manizales para conocer de este proceso.

Devuélvase a dicha Corporación para los efectos correspondientes.

Notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CASACION. NULIDAD

La nulidad no puede entremezclarse con las otras causales para ocultar la inoperancia de estas, pues de adoptarse este erróneo procedimiento se estaría demostrando por una vía que no corresponde dando al traste con el recurso

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 63.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 22 de octubre de 1987 proferida por el Tribunal Superior Militar, por medio de la cual confirmó modificando la cualificación punitiva de presidio por prisión, la de 3 de agosto de 1987 dictada por el Inspector General de la Policía Nacional, quien como Juez de Primera Instancia condenó al Mayor de esa Institución, *Abdón Martínez García,* a la pena principal de dos años de presidio como autor del delito de peculado por apropiación del artículo 233 del Código de Justicia Penal Militar.

Hechos:

Detectadas algunas irregularidades en el Hospital de Nuestra Señora de Fátima de la ciudad de Cali, se estableció que el Capitán de la Policía Nacional, hoy Mayor, Abdón Martínez García, en su condición de administrador, adquirió 24 libras de carne y 13 de pollo para consumo de su casa, con cargo al presupuesto del citado centro hospitalario; este hecho tuvo ocurrencia los días 31 de diciembre de 1983, 15 y 29 de enero de 1984.

Actuación procesal:

Adelantada la averiguación administrativa, el Juzgado 76 de Instrucción Penal Militar con sede en Cali recolectó las pruebas necesarias para que el Inspector General de la Policía Nacional, con fecha 28 de

enero de 1987, calificara el mérito del sumario llamando a juicio al Capitán Abdón Martínez García por el delito de peculado.

Convocado el Consejo de Guerra Ordinario y llevado a efecto el debate público con veredicto unánime de responsabilidad, el Juez de Primera Instancia lo acogió profiriendo la citada sentencia condenatoria, la cual por vía de apelación fue confirmada por el Tribunal Superior Militar modificándola en cuanto a la calidad de la pena impuesta como principal para que sea prisión y no presidio.

La demanda:

En confuso libelo, el censor acusa el fallo por diversas causales que entremezcla con evidentes fallas técnicas.

Causal cuarta:

En dos capítulos separados invoca esta causal:

Primero: Haber incurrido el fallador en nulidad supralegal al desconocer la garantía constitucional del debido proceso consagrada en el artículo 26 de la Carta; esta inobservancia la hace radicar en múltiples cargos que indistintamente lo va entremezclando, así:

a) Falta de apreciación de algunas pruebas testimoniales y documentales por el Juez de Primera Instancia al dictar el auto de proceder y el de Segundo Grado al proferir fallo condenatorio contra el Mayor Abdón Martínez García;

b) No haber apreciado tales pruebas para la elaboración del cuestionario que se puso a consideración de los Vocales cuando emitieron veredicto de responsabilidad;

c) Haberse calificado "doblemente los hechos", primero en el auto de proceder y posteriormente en el cuestionario que debían responder los Vocales en el debate público;

d) Desconocer la confesión del Mayor Martínez García, que constituía plena prueba al no estar desvirtuada en el proceso;

e) No aplicar el artículo 504 del Código de Justicia Penal Militar, de conformidad con el cual impera investigar lo favorable y desfavorable al procesado, al no valorar la prueba favorable al procesado;

f) A pesar de existir duda sobre la responsabilidad, no haber aplicado el artículo 445 *ibidem* en favor del recurrente;

g) Guardar silencio sobre el reconocimiento del subrogado de "condena de ejecución condicional";

h) Haberse dictado fallo condenatorio sin tener en cuenta que el delito del peculado no existe por no estar probado en el proceso;

i) Desconocer el Tribunal el "error esencial de hecho" en que incurrió el Mayor Abdón Martínez García al cometer la conducta que se le imputa.

Segundo: En este acápite censura, nuevamente, el fallo por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, pero en esta oportunidad, de carácter legal de conformidad con el numeral 2º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar por "...haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción..."

Este ataque lo concreta inicialmente en la errónea calificación del delito, por cuanto el hecho punible que se tipifica es el de abuso de confianza y no el de peculado por apropiación; pero al demostrar el cargo, se refiere al subrogado de la "condena de ejecución condicional" que no fue otorgado por el Juez de Primera Instancia y que el Tribunal confirmó; insiste en que el fallador dejó de apreciar las pruebas demostrativas de la inexistencia del delito contra la Administración Pública; finalmente, reconoce que acude a la nulidad porque la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial "no se puede alegar en los juicios por Consejos Verbales de Guerra..."

Causal segunda:

Enuncia el demandante que se ampara en la causal segunda de casación "por cuanto el fallador infringió directamente la ley sustancial, desconociendo que esta censura encuentra fundamento legal en el cuerpo primero de la causal primera".

Expresa que admite la prueba tal como fue valorada en la sentencia impugnada porque la censura se encamina a la errónea selección que hizo el Tribunal del artículo 233 del Código de Justicia Penal Militar al calificar la conducta del Mayor Martínez García como peculado y acto seguido, al demostrar el cargo afirma, que el fallador "incurrió en una errónea apreciación de los hechos" al no tener en cuenta el recibo que obra a folio 57 del expediente, de acuerdo con el cual las 24 libras de carne de res y 13 de pollo fueron destinadas en la alimentación de los pacientes del Hospital.

Con esta premisa, reitera la falta de aplicación del artículo 68 del Código de Justicia Penal Militar al no habérsele concedido a su defendido la "condena de ejecución condicional".

Concepto de la Procuraduría:

Resalta el señor Procurador Delegado para la Policía Nacional, en concepto que precede, lo "antitécnico y contradictorio de la demanda", "que impide su estudio"; motivo por el cual solicita a la Sala no casar el fallo impugnado.

Tal es la confusión del libelista, que intenta "que se analice un mismo hecho simultáneamente bajo el enfoque de distintas acusaciones" sin tener presente, que "las causales en casación son excluyentes".

Por la vía de la nulidad sustenta la falta de apreciación probatoria que corresponde a la violación indirecta de la ley sustancial; la falta de aplicación del artículo 68 del Código de Justicia Penal Militar que reclama el censor para que se conceda la "condena de ejecución condicional" entraña violación directa de la ley y "nunca por la causal cuarta"; la alegación de inocencia "es otro aspecto que debe plantearse al amparo de la causal primera" y no como nulidad; la

especificación del delito en el auto de proceder y en los cuestionarios no constituye "una doble calificación", pues al tratarse de un Consejo de Guerra Ordinario este es el procedimiento a seguir; el error relativo a la denominación jurídica de la infracción por tratarse de abuso de confianza y no peculado, el censor no demuestra el cargo y "se traduce en una simple apreciación personal".

En cuanto a la causal primera por haberse aplicado indebidamente el artículo 233 del Código de Justicia Penal Militar, este cargo es contradictorio con el expuesto al amparo de la causal cuarta, pues se pretende que se estudia con fundamento en las dos causales, ya que previamente se había propuesto como nulidad.

Consideraciones de la Corte:

1. *Presupuestos técnicos: Ha insistido la Corte en afirmar que la causal de nulidad no constituye un medio supletorio ni sustitutivo de las demás causales de casación y que como tal es igual de exigente en su proposición para que pueda prosperar.*

No es posible recurrir a ella por no encontrarse viable fundamentar la censura en otra, como sucede en este caso, cuando paladinamente reconoce el libelista que lo hace porque al tratarse de un proceso rituado mediante el trámite de Consejo de Guerra con intervención de Vocales, no ve procedente invocar la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial.

Cada una de las causales de este extraordinario recurso tiene su propio fundamento, naturaleza y fines; su aplicabilidad no es la resultante de una forzada adecuación a un determinado fenómeno fáctico o jurídico, es la concreta solución del derecho positivo a la ilegalidad del fallo de segunda instancia proferido por un Tribunal Superior de Distrito Judicial para los casos que previa y taxativamente determina la ley procesal.

Es tal la confusión conceptual de la demanda, tan contradictorio es el esbozo de los cargos, que bien podría sostenerse que no hay un planteamiento coherente que fundamente el recurso que lo haga inteligible.

La nulidad no es una causal supletoria aplicable a todos los eventos en que resulten improcedentes las restantes causales; este reconocimiento de vicios procesales debe ceñirse a lo establecido por la ley y exclusivamente, por vía de excepción, puede prosperar la denominada nulidad supralegal o constitucional, cuando el vicio es de tal magnitud que desconoce la estructura misma del proceso quebrantando las garantías del artículo 26 de la Carta, vulnerando el derecho de defensa.

Debe, por tanto, invocarse conservando la independencia de causales que dispone el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal anterior, Estatuto aplicable a este caso y que al respecto corresponde a igual normatividad en el Código de Procedimiento Penal actual; la nulidad no puede entremezclarse con las otras causales para ocultar

la inoperancia de estas, pues de adoptarse este erróneo procedimiento se estaría demostrando por una vía que no corresponde, dando al traste con el recurso.

Tampoco basta con afirmar la irregularidad que el censor crea constitutiva de nulidad; impera su demostración e incidencia en el fallo acusado, lo cual lo hace inválido, ya que así como la Corte no puede suplir las deficiencias de la demanda en cuanto a las causales invocadas, tampoco puede suplir la falta de demostración.

2. *El caso concreto: Causal cuarta: En este caso el demandante desconoce las anteriores premisas que gobiernan el recurso extraordinario de casación y en especial la causal de nulidad, lo cual impide a la Sala determinar sus pretensiones.*

Reconoce el censor que acude a la causal cuarta porque los cargos formulados no prosperarían por la primera; diáfano resulta de esta advertencia que previamente ha establecido el libelista que los ataques hechos al fallo no constituyen nulidad sino que los entremezcla bajo el rótulo de nulidad conocedor de que la vía es equivocada.

Un tal mecanismo es inadmisible en casación, ya que como se analizó en el acápite anterior, este recurso no está instituido para obtener una nueva revisión del proceso mediante habilidosos mecanismos que permitan evadir la ley; la normatividad procesal establece específicas causales para concretos eventos a los que son aplicables, razón por la cual resulta arbitrario demostrar un cargo por la vía idónea para una causal diferente. En efecto:

La falta de apreciación probatoria se debe invocar como error esencial de hecho con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial y no como nulidad como lo hace el demandante al reclamar desconocimiento del artículo 26 de la Carta por no haber valorado el fallador algunos testimonios, documentos y la confesión del procesado, pruebas con las cuales se demostraría, al decir del censor, la inocencia del procesado.

Ha reiterado la Corte que la falta de práctica de pruebas constituye nulidad supralegal únicamente cuando estas han sido fundamentales para demostrar la verdad de los hechos y no de cualquier diligencia probatoria; en este caso, el censor invoca nulidad por esta deficiencia investigativa al desconocerse el artículo 504 del Código de Justicia Penal Militar, pero al adentrarse en la demostración de este cargo resulta entendiéndolo como un fenómeno de valoración probatoria, concluyendo que no se apreció la prueba que favorecía al procesado, lo que constituye un error de hecho atacable por la violación indirecta de la ley sustancial.

Este mismo procedimiento lo utiliza para impetrar nulidad constitucional por haberse condenado desconociendo la duda que existía en el proceso sobre la responsabilidad, dejándose de aplicar el artículo 445 ibidem, *es decir, violación directa de la ley por falta de aplicación.*

En esta mezcla de cargos, prosigue atacando el fallo por nulidad al no aplicarse la disposición correspondiente a la condena de ejecu-

ción condicional, situación esta también censurable por la causal primera, al igual que la inexistencia del delito de peculado "por no estar probado en el proceso".

Llega a tal punto la confusión, que arguye como nulidad constitucional, el desconocimiento del Tribunal del "error esencial de hecho" en que incurrió el procesado al cometer la conducta, o sea, que vuelve a la falta de valoración probatoria.

Dos cargos más hace por violación a la garantía del debido proceso, que también carecen de fundamento:

Por tratarse de un Consejo de Guerra Ordinario, el Inspector General de la Policía Nacional, como Juez de Primera Instancia el 28 de enero de 1987 calificó el mérito del sumario profiriendo auto de proceder contra el Capitán Abdón Martínez García por el delito de peculado y de conformidad con este pliego de cargos elaboró el cuestionario puesto a consideración de los Vocales para la veredicción. Por tanto, al no existir pruebas que modificaran la calificación de los hechos, el juzgador no podía realizar una nueva valoración probatoria para la elaboración del cuestionario, por el contrario, debía fundamentarlo en el auto de proceder, tal como se hizo.

Ahora no es entendible que mientras hace este cargo al cuestionario también lo ataque de nulidad porque en él se hizo una segunda calificación del sumario; al fin tiene validez o no la tiene; es claro que en el cuestionario en esta clase de procesos no se está calificando el mérito probatorio y el planteamiento sólo es consecuencia del desconocimiento que demuestra el demandante de la ritualidad con la que fue juzgado su defendido.

Agotados los cargos por violación a la Carta, se apoya en el artículo 441, numeral 3º del Código de Justicia Penal Militar para afirmar que se incurrió en nulidad legal por "error en la denominación jurídica de la infracción", cuando ya había sostenido la inexistencia de delito alguno; pero aún así, considera que se tipifica un abuso de confianza y no peculado por apropiación, error en que incurrió el Tribunal por no haber apreciado acertadamente las pruebas, o sea, que en este campo de contradicciones, reitera la equivocación de la causal invocada recurriendo a la causal cuarta para sustentar la violación indirecta de la ley consagrada en la causal primera cuerpo primero.

3. *Causal segunda.* A pesar de enumerar esta causal como segunda, el demandante ataca el fallo por violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 233 del Código de Justicia Penal Militar que describe y sanciona el delito de peculado por apropiación, del cual ya había proclamado inexistencia y errónea calificación por la vía de la nulidad.

"La errónea selección de esta disposición por el Tribunal" la demuestra "la indebida apreciación que se hizo de los hechos".

La simple presentación de este cargo implica la imposibilidad de su estudio, pues además de las preanotadas contradicciones en que se incurre en relación con los cargos de nulidad, deja de lado el debate

jurídico para cuestionar la valoración probatoria, lo cual no es posible respecto a la indebida aplicación de la ley como desde antiguo lo ha afirmado esta Corporación.

Si se declaró ajustada a derecho esta demanda, esto se debe a la causal de nulidad invocada, pero como se ha analizado, la absoluta incoherencia, desconocimiento del recurso en sus fundamentos legales y técnicos, no permiten su estudio de fondo, más aún cuando los vicios que se afirma como constitutivos de nulidad no tienen tal carácter y tampoco se observa irregularidad alguna que invalide lo actuado total o parcialmente; por ende, los cargos no prosperan.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

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

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

1º SECUESTRO

Cuando el sujeto pasivo del presunto delito de secuestro no es un menor impúber, absolutamente incapaz para consentir, su voluntario abandono del hogar paterno convierte en atípica la conducta

2º SECUESTRO

Cuando el legislador tipifica el delito a través de los verbos rectores "arrebatar", "sustraer", "retener" y "ocultar", alude a víctimas que poseen plena capacidad de autodeterminación y de locomoción y es evidente que no puede predicarse de los incapaces absolutos o relativos

3º SECUESTRO

No es cierto que en la hipótesis delictiva del delito de secuestro simple (art. 239) la edad, la condición mental o física del sujeto pasivo sea un requisito típico y no es cierto que exista como presunción legal o de derecho un límite de edad o condición mental o física en los términos del Código Civil para la existencia del delito de secuestro

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 59. Septiembre 20 de 1988.

Vistos:

Por auto del 12 de julio de este año, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot planteó colisión de competencias negativa al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, por considerar que éste era el funcionario competente para conocer del proceso que cursa por los delitos de acceso carnal abusivo con menor y secuestro simple.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, por auto del veintiuno de julio rechazó el conflicto planteado y ordenó la remisión del cuaderno correspondiente a esta Corporación.

Decide la Sala lo pertinente, luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

En la vereda Barzalosa perteneciente al municipio de Girardot, entablaron relaciones de noviazgo la menor de catorce años Elsy Rojas Vivas y el ciudadano Romain Lara Campos, quienes en vista de contratiempos puramente familiares decidieron escapar de la región para dirigirse a la ciudad de Pereira donde luego de unos días, tuvieron relaciones sexuales perfectamente voluntarias.

Por los trámites del procedimiento abreviado, por existir confesión simple, el Juzgado 83 de Instrucción Criminal dictó auto de detención contra el sindicado, dando apertura al trámite correspondiente por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

El Juez Penal del Circuito de Girardot, consideró que se había perfeccionado el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, no así el de secuestro simple porque el sujeto activo de la conducta no arrebató, no sustrajo, no retuvo ni ocultó a la menor, puesto que la huida fue iniciativa de ésta, para concluir finalmente que como el acceso carnal tuvo lugar en Pereira, son los funcionarios de esta ciudad quienes por el factor territorial tienen la competencia.

Por su parte, el Juzgado del Circuito de Pereira consideró que sí se había perfeccionado el delito de secuestro simple, pues hubo retención de la menor y que en tales circunstancias el hecho punible contra la libertad individual tuvo su iniciación en Girardot y que tanto por el factor territorial como por la competencia a prevención es al funcionario de esta ciudad a quien le corresponde el conocimiento del proceso.

Cita como fundamento a su posición, jurisprudencia de la Corte con ponencia del honorable Magistrado Pedro Elías Serrano, donde se acepta en un caso similar la posibilidad de que pueda estructurarse el delito de secuestro simple.

Consideraciones de la Sala:

El problema de competencia que se debe resolver por esta providencia, en realidad se genera en la diversa opinión que expresan los funcionarios que están en conflicto, porque mientras el uno niega la posibilidad de que además del delito sexual pueda darse el que afecta la libertad, el otro afirma la existencia concursal de ambos. En tales circunstancias de discrepancia, el conflicto se habrá resuelto una vez se determine cuál es el delito o delitos que en el presente caso se hayan podido configurar con la conducta realizada por el sujeto activo que ahora es sometido a proceso penal.

Inexistencia del delito de secuestro en el hecho objeto de examen:

Dos formas de secuestro contempla nuestro Código Penal. El secuestro extorsivo y el secuestro simple. El primero de estos tipos penales se estructura cuando el sujeto agente, arrebata, sustrae, retiene u oculta a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad o para que se haga u omita algo con fines publicitarios de carácter político (art. 268 del C. P.).

El secuestro simple exige la misma forma de comportamiento para realizar la conducta, pero no demanda en el actor un propósito determinado, pues es indiferente para los fines de la justicia el objeto que se proponga con su acción el delincuente.

El Decreto 180 del presente año, denominado Estatuto para la Defensa de la Democracia, involucra en un solo título penal el delito de secuestro, haciendo consistir la conducta en sustraer, arrebatar o retener a una persona, convirtiendo los ingredientes subjetivos del secuestro extorsivo en meras circunstancias de agravación punitiva (art. 23).

Es por tanto, indispensable, para que se tipifique el delito de secuestro, tanto en la legislación penal ordinaria como en el Decreto legislativo que haga presencia en la conducta del sujeto activo, una cualquiera de las formas verbales, a que se refieren las normas citadas como medio de ejecución para obtener el resultado ilícito, esto es, que se arrebate, sustraiga, retenga u oculte al sujeto pasivo de la infracción.

Estas conductas alternativas entrañan conceptos de presión, fuerza física o moral o engaño que descartan la conducta punible, cuando el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento, porque el rapto consentido como delito que tutelaba el bien jurídico de la familia en el Estatuto Penal de 1936 desapareció en la legislación punitiva de 1980, que sanciona únicamente la sustracción, arrebatamiento o retención de una persona como delito violento o engañoso, que no surge por tanto a la vida del derecho penal cuando el presuntamente sustraído o retenido ha prestado libremente su consentimiento.

Sin embargo, el legislador tanto en el ramo penal como en el civil, ha considerado que la autodeterminación de una persona requiere cierta madurez física y psíquica y por eso el Código Civil establece en su artículo 1503 que "toda persona es legalmente capaz excepto aquellas que la ley declara incapaces".

Los menores de dieciocho años, que no han obtenido habilitación de edad, son relativamente incapaces. No obstante, tanto la ley civil como la penal, los autoriza a consentir un acto que no sólo produce efectos jurídicos sino que además pueden ocasionar consecuencias de trascendental importancia en su vida futura. Así en el campo civil la mujer mayor de doce años y el varón mayor de catorce, pueden consentir para contraer matrimonio y a esa expresión de voluntad la ley le otorga plena validez.

En el campo penal, la mujer puede disponer libremente de su cuerpo en materia sexual, por encima del límite de la edad tutelada por la ley, es decir, los catorce años sin que constituya abuso sexual el acceso carnal realizado con el consentimiento de ella.

Pero existe en cambio, una interdicción absoluta en los menores impúberes a todo acto que pueda producir efectos jurídicos o lesionar los bienes tutelados por la ley penal como la autonomía individual, la libertad y el pudor sexuales.

Por eso establece la Ley Civil en su artículo 1504 que "...son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes *y sordomudos que no puedan darse a entender por escrito..." y agrega la norma: "Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales y no admiten caución..."*

De ahí que pueda afirmarse, que las personas relativamente incapaces, entre ellas las personas menores de 18 años pueden prestar consentimiento válido en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes, mientras que las personas absolutamente incapaces como los impúberes (varón menor de catorce años y mujer menor de doce), no pueden dar ese consentimiento válidamente en ningún caso, y el que otorgaren meramente aparente, no puede producir efectos de ninguna naturaleza en materia penal o civil.

Concluyese de lo anterior, que los impúberes no tienen capacidad para consentir o autodeterminarse y que la sustracción que de ellos se haga de su domicilio o su retención aún con su aparente consentimiento, puede ser punible, porque el sujeto agente para realizar su propósito, se está aprovechando de la inmadurez, de las condiciones de inferioridad psíquica que deben pregonarse de las personas absolutamente incapaces.

De ahí que si los impúberes son absolutamente incapaces y no pueden prestar su consentimiento válido, el hecho de que sean sustraídos de su hogar, retenidos fuera de él, con su consentimiento o incluso con su agrado, constituye una conducta punible que se subsume dentro del tipo penal del secuestro. Si el consentimiento del impúber no es válido, porque la ley no le otorga ningún efecto, no puede afirmarse que medie el consentimiento del sujeto pasivo para la sustracción o retención.

Ya la Corte, en acertada y reciente decisión del 30 de septiembre de 1986 con ponencia del honorable Magistrado Edgar Saavedra, había considerado como constitutivo de delito de secuestro el hecho de sustraer a una menor de doce años, a pesar de que dicha menor había abandonado el hogar paterno.

Se dijo entonces:

"...Discutir sobre el restringido significado gramatical de los verbos rectores contenidos en el artículo 269 del Decreto 100 de 1980, puede permitir una interpretación exegética y equivocada de la norma que establece la conducta de secuestro simple. En efecto, de los autos aparece que la menor C. S. al parecer consintió en abandonar su casa y a seguir en compañía del sindicado; otras afirmaciones del proceso

presentan surgiendo de la niña la idea de abandonar su casa y emprender la fuga en compañía del procesado. Cualquiera que sea la hipótesis verdadera, sin embargo, no hace desaparecer por sí misma la figura del secuestro simple. Baste para afirmar lo anterior, que la víctima del delito contaba para la época de los hechos con escasos nueve (9) años de edad y, por consiguiente, no era capaz de prestar su consentimiento en forma válida; su mente infantil no solamente no la hace responsable de sus acciones, sino que invalida incluso ante los ojos de la ley, aquellos actos realizados con la aparente conciencia de su trascendencia.

"El artículo 34 del Código Civil señala, que impúber es el varón que no ha cumplido catorce (14) años y la mujer que no ha cumplido doce (12); y el artículo 1504 de la misma obra determina que entre otros son absolutamente incapaces los impúberes; las normas antes citadas reafirman la aseveración anterior en el sentido de que el consentimiento otorgado por una niña de nueve (9) años no tiene efectos jurídicos de ninguna naturaleza y por ello es fuctible pensar en la existencia de un secuestro simple. El procesado, por su parte, es persona mayor de edad, con capacidad para autodeterminarse y obrar en consecuencia con la comprensión de sus conductas, y además, de quien se puede exigir un comportamiento acorde con la ley y a quien se debe reprochar el aprovechamiento del aparente consentimiento prestado por la víctima".

Este criterio de sana hermenéutica, se ratifica hoy, separándose la mayoría de la Sala de doctrinas anteriores (auto del 30 de noviembre de 1983), para afirmar que la sustracción o retención de una menor impúber constituye delito de secuestro aún mediando para la comisión del hecho la aquiescencia del menor porque a ese consentimiento no le otorga la ley validez y por tanto, no puede producir efectos jurídicos.

No puede entenderse, que con este criterio se esté arbitrariamente fijando límites de edad para la realización de la conducta ilícita, modificando el tipo penal. Sencillamente, se está interpretando la norma penal a la luz de los preceptos civiles que regulan y tutelan los intereses, bienes y derechos del menor, en búsqueda de su verdadero alcance y sentido.

Como en el caso que se examina, el sujeto pasivo del presunto delito de secuestro no era un menor impúber, absolutamente incapaz para consentir, su voluntario abandono del hogar paterno convierte en atípica la conducta.

Se dirimirá en consecuencia, la colisión de competencias, atribuyendo la competencia para conocer del sumario al señor Juez de Pereira donde se consumó el presunto delito de acceso carnal abusivo.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *dirime* el presente conflicto de competencias, atribuyendo el conocimiento del sumario al señor Juez 4º Penal del Circuito de Pereira a quien se le remitirá el expediente.

Envíese copia de la providencia al señor Juez Segundo Penal del Circuito de Girardot.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ Y EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Radicación número 3149. Colisión de competencias. Procesado: Romaín Campos Lara. Delito: Acceso carnal abusivo. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Aprobado: Acta número 057 del 13 de septiembre de 1988.

Discrepamos respetuosamente de la decisión mayoritaria de la Sala, porque ha sido una afirmación doctrinaria y jurisprudencialmente aceptada que el derecho constituye una unidad y que por tanto las distintas ramas que lo integran no pueden ser interpretadas insularmente, como si constituyesen entes autónomos, sino que por tratarse de partes de una misma unidad y por estar estrechamente interrelacionadas entre sí, es imprescindible que en su interpretación se tengan en cuenta los principios generales del derecho y se integren las normas que configuran todas y cada una de las ramas especializadas, bien sea teniendo en cuenta y respetando las disposiciones de otras materias en cuanto se trate de temáticas doblemente reguladas por la ley, siempre y cuando, no sean normas opuestas o manifiestamente contradictorias. Es evidente dentro del contexto de nuestra discrepancia que es necesario reconocer que los conceptos de inmuebles por destinación y por radicación, tienen un diferente significado y valoración en el ámbito de la legislación civil, puesto que para efectos de entender tipificada una conducta contra el patrimonio económico individual, se consideran estos como bienes muebles, y es obvio que en el caso que se plantea y en otros similares en los que la contradicción entre los conceptos adoptados por una y otra rama especializada del derecho se hacen inconciliables; pero de la misma manera existen otra serie de materias que son reguladas paralelamente por diversos ordenamientos y en estos casos se hace necesario que su aplicación se haga sin el desconocimiento de una u otra normatividad, porque se estaría lesionando de manera grave esa unidad inescindible del derecho, como un universo que tiene finalidades sociales de convergencia y que no admitirían que un concepto para unos efectos fuera interpretado de una manera y para otros, de manera diversa.

Es éste el problema que plantea la Sala mayoritaria en la providencia de la que ahora discrepamos, porque cuando el legislador consagra el delito que afecta la libertad, lo tipifica a través de los verbos rectores "arrebatar", "sustraer", "retener" y "ocultar", está aludiendo a víctimas que poseen plena capacidad de autodeterminación y de locomoción y es evidente que no puede predicarse de personas que por considerar el legislador que aún no tienen la suficiente madurez, se los mira como incapaces absolutos o relativos, conceptos que

son claramente definidos y precisados en la legislación civil; de tal manera que cuando se presenta un secuestro en el que la víctima es una persona incapaz de acuerdo a las definiciones que de ella da la legislación civil, es evidente que el intérprete de la norma penal no puede desconocer la unidad inseparable que integran las normas penales y civiles que están predicadas de una misma problemática, porque ello constituiría sectorizar y parcelar el derecho, que no es posible, siempre y cuando no se trate de conceptos perfectamente contradictorios, explicándose la misma, por la diversa naturaleza y finalidades del uno y del otro.

Sobre los anteriores presupuestos es evidente entonces, que el propósito del legislador es proteger la libertad individual, de la misma manera que la finalidad de la legislación civil, es velar por los incapaces que no tienen autonomía de locomoción, puesto que como tales siguen el domicilio de sus respectivos representantes legales y es por ello entonces que el consentimiento prestado por un incapaz no es válido, para efectos de legitimar una conducta que por su propia naturaleza es antijurídica, en cuanto desconoce la normatividad civil y en tales condiciones, si ese consentimiento en el ámbito civil no tiene validez, tampoco lo puede tener para efectos del derecho penal.

La argumentación que se hace en la providencia mayoritaria es hábilmente presentada, pero lamentablemente desconoce la unidad del ordenamiento jurídico, además que es planteada de manera equivoca, porque el legislador le otorga validez al consentimiento matrimonial dado por los incapaces mayores de 12 y de 14, y es lógico, puesto que el matrimonio es la génesis de la familia, célula fundamental de la organización social, y que se presume, pues es la regla general, que la mujer y el hombre de esas edades ya tienen capacidad biológica para la reproducción, una de las finalidades trascendentales del matrimonio.

Lo que entonces en principio constituye un consentimiento inválido, finalmente lo adquiere, porque la finalidad última es licita y socialmente aceptada como lo es el matrimonio; pero es evidente que la misma argumentación no puede ser aprobada para casos como el presente, puesto que aquí la finalidad no es lícita, ni socialmente aceptable.

Consideramos, que contra lo que piensa la mayoría de la Sala, por jurisprudencia se está desconociendo la normatividad civil en cuanto a los conceptos de capacidad, puesto que por esta decisión se le está dando validez al consentimiento, en trascendental aspecto, como lo es la autodeterminación locomotiva, además que se están estableciendo límites arbitrarios puesto que desde el punto de vista penal se está aceptando como capaces a quienes por ninguna ley están considerados como tales.

La contradicción advertida entre la legislación civil y penal que surge de la interpretación de las que nos apartamos, no queda solamente allí, sino que es todavía más trascendente, puesto que es el propio legislador quien considera que el consentimiento dado por una joven menor de 14 años no es válido para efectos de una relación sexual por fuera del matrimonio, constituyéndose el delito de acceso carnal abusivo, pero por obra y gracia de la decisión que aquí se toma,

se considera que el consentimiento de esa misma mujer incapaz sí es válido para efectos de desconocer la existencia de un delito contra la libertad de locomoción.

Con la interpretación que se propone por este salvamento de voto, es obvio que no se está agregando un verbo rector no contenido en el tipo legal, porque, cuando la conducta se realiza sobre un incapaz, que carece de autodeterminación en cuanto a su libertad de locomoción, es lógico concluir que así preste su consentimiento se está dando una verdadera "sustracción" del menor, puesto que los únicos autorizados para poder decidir en cuanto al domicilio del mismo son sus representantes legales.

Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas.

Fecha *ut supra*.

ACLARACION DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS RODOLFO MANTILLA JACOME Y LISANDRO MARTINEZ ZUÑIGA

Referencia: Proceso número 3149. Colisión de competencias. Contra Romain Campos Lara. Delito: Acceso carnal abusivo. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Aprobado: Acta número 057 de septiembre 13 de 1988.

El motivo de la aclaración de voto radica en que discrepamos respetuosamente de la decisión de mayoría, por cuanto no compartimos las motivaciones consignadas en esta providencia, estando de acuerdo sí, con lo dispuesto en la parte resolutiva. Explicamos a continuación nuestro punto de vista.

1º *El problema jurídico:*

El problema jurídico que hubo de resolver la Sala, puede plantearse en los siguientes términos: *En la hipótesis delictiva del delito de secuestro simple (art. 269) la edad, la sanidad mental o su condición de sordomudo, del sujeto pasivo es un requisito típico: ¿O de otra forma, cuando el sujeto pasivo no alcanza una determinada edad límite, es demente o sordomudo, debe presumirse de derecho o legalmente la hipótesis delictiva del secuestro?*

2º *La respuesta dada por la mayoría de la Sala:*

La mayoría de la Sala responde afirmativamente al problema jurídico sustentándose para ello en el Código Civil, artículo 1504 para efecto de concluir que en caso de impúberes, esto es, varón menor de 14 y mujer menor de 12, su traslado y establecimiento en sitio distinto al de su residencia habitual sin el consentimiento de sus padres o representantes legales hace presumir el delito de secuestro.

"De ahí que si los impúberes son absolutamente incapaces y no pueden prestar su consentimiento válido, el hecho de que sean sustraídos de su hogar, retenidos fuera de él, con su consentimiento o incluso con su agrado, constituye una conducta punible que se subsume dentro del tipo penal de secuestro. Si el consentimiento del impúber no es válido, porque la ley no le otorga ningún efecto, no puede afirmarse que medie el consentimiento del sujeto pasivo para la sustracción o retención" (Decisión de mayoría. Pág. 4ª).

3º *La respuesta dada en el salvamento de voto:*

Los distinguidos colegas que salvaron su voto dan también respuesta afirmativa al problema jurídico planteado a la Corte; su diferencia con la mayoría es por lo tanto agonal, de matices, en cuanto consideran que la edad del sujeto pasivo siendo inferior a 18 años permite presumir la hipótesi delictiva del secuestro. "...porque cuando el legislador consagra el delito que afecta la libertad, lo tipifica a través de los verbos rectores 'arrebatar', 'sustraer', 'retener' y 'ocultar', está aludiendo a víctimas que poseen plena capacidad de autodeterminación y de locomoción *y es evidente que no puede predicarse de personas que por considerar el legislador que aún no tienen la suficiente madurez, se los mira como incapaces absolutos o relativos,* conceptos que son claramente precisados y definidos en la legislación civil" (Salvamento de voto página 2).

4º *Nuestra posición:*

La respuesta que nosotros damos al problema planteado es negativa, esto es: No es cierto que en la hipótesis delictiva del delito de secuestro simple (art. 269) la edad, la condición mental o física del sujeto pasivo sea un requisito típico; y no es cierto que exista como presunción legal o derecho un límite de edad o condición mental o física en los términos del Código Civil para la existencia del delito de secuestro. Porque en la descripción legal no aparecen estas circunstancias del sujeto pasivo como parte estructural de dicha norma.

5º Nos parece, que el criterio hermenéutico utilizado por la mayoría de la Sala y por quienes salvaron su voto es artificioso y por ello concluyen señalándole requisitos inexistentes a la tipicidad del delito de secuestro o lo que es peor creando una norma diferente a la legislada lo cual ciertamente no es tarea del juzgador.

Al criterio hermenéutico del cual nos apartamos, le encontramos dos grandes inconvenientes con nocivas consecuencias en la aplicación del derecho dentro de la técnica jurídica; el primero de ellos radica en el desapego al concepto del verbo rector, que como tradicionalmente lo ha enseñado la doctrina, es – la expresión verbal que nutre ontológicamente el tipo penal— esto es que indica la exacta dimensión de la acción o la omisión humana exigida por el legislador para la realización del tipo penal; y que es por ello el más genuino instrumento hermenéutico en la delicada labor de adecuar los hechos materia de la noticia criminis al respectivo tipo penal.

Sobre tal presupuesto es dable afirmar que un comportamiento humano que no realice el verbo rector no puede encontrar adecuación típica.

Además el verbo rector dada su riqueza descriptiva es concresión de la acción humana en sus aspectos objetivos y subjetivos, llevando por ello al intérprete a mirar el asunto desde el punto de vista del sujeto activo y no del pasivo, como le ocurrió a la mayoría de la Sala y a quienes salvaron el voto. Es fundamental entonces que la adecuación típica, la observación del comportamiento del sujeto como

objetividad tranformadora del mundo exterior y a su vez trasunto de su siquismo y esos tópicos encuentran su receptáculo cabal en el sentido ontológico del verbo rector del tipo.

Así cuando el artículo 269 del Código Penal habla de quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona cualquiera sea su edad o condición, está indicando la naturaleza del acto delictivo, la postura objetiva y subjetiva del agente activo del delito no sólo está indicando una objetividad como acto físico de privar de posibilidad de locomoción a la víctima, sino que está señalando también su querer como expresión de su propio siquismo.

Por ello el intérprete no puede en la labor de adecuación típica, desconocer el alcance y sentido del verbo rector que es brújula segura en su labor hermenéutica y cuando actúa con tal desconocimiento termina por integrar el tipo con elementos extraños, o creando presunciones legales o de derecho reafirmando con ello su desapego al verbo rector, como ocurrió en el presente caso.

El segundo inconveniente que presentan la decisión de mayoría y el salvamento de voto consiste en nuestra opinión, en que introduce en la hermenéutica un peligroso elemento como lo es el de las presunciones de creación jurisprudencial.

Siempre se ha afirmado que las presunciones son de creación legal, incluso es un lugar común afirmar que son odiosas y extrañas a la naturaleza del derecho penal, porque definitivamente son arbitrarias, así: Decir que una persona de 16 años es imputable y que en cambio otra de 15 años y 364 días no lo es, como afirmación *iuris et de iure*, no pasa de ser una arbitrariedad de la ley. Pero en fin, cuando el legislador como creador de normas, introduce presunciones en un tipo penal a ellas debe estarse el intérprete observando rigurosamente su naturaleza *iuris et de iures*, o *iuris tantum* según el caso; pero lo que sí no puede hacer el intérprete es crear presunciones donde el legislador no las ha establecido porque con ello transforma estructuralmente la norma penal, arrogándose atribuciones propias del legislador y "creando" una norma distinta a la original.

Como reflexión final diremos que al intérprete sólo le cabe en su oficio la denominada —presunción de hombre— o indicio que expresa la inferencia lógica a partir de un hecho indicador probado, siendo éste sí un valioso instrumento hermenéutico en la solución del caso planteado a la Sala, sin necesidad de apartarse del concepto del verbo rector ni crear por vía jurisprudencial presunciones inadmisibles.

Estas son las razones de nuestro disenso.

Fecha *up supra*.

Rodolfo Mantilla Jácome, Magistrado; *Lisandro Martínez Zúñiga*, Magistrado.

INIMPUTABILIDAD

De acuerdo con el artículo 29 del Código Penal de 1936, sólo si el procesado obró en estado de intoxicación crónica por ingestión de bebidas alcohólicas, se impone su sometimiento a medidas de seguridad

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada: Acta número 55.

Vistos:

Agotados los trámites legales procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado del procesado *Julio César Perea Izquierdo* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, mediante la cual confirmó integralmente la proferida por el Juzgado Segundo Superior de esa misma ciudad, despacho que condenó a Perea Izquierdo a la pena de diecisiete (17) años de prisión como autor responsable del delito de homicidio agravado.

El señor Procurador Primero Delegado en lo penal pronunció su concepto en el que pide a la Corte casar el fallo impugnado.

Hechos:

En la madrugada del 28 de enero de 1980 en el corregimiento Córtegui, Municipio de Tadó, Departamento del Chocó, en estado de embriaguez el procesado Perea Izquierdo disparó su escopeta contra el cuerpo de quien creyó o supuso en ese momento que se trataba de Pedro Antonio Palomeque cuando realmente era su amigo Moisés Mosquera ocasionándole la muerte como consecuencia de las graves lesiones recibidas.

Perea Izquierdo al confesar el hecho en su injurada explica que horas antes había reñido con Palomeque, sujeto a quien le temía por su peligrosidad y que al ver que un individuo se dirigía hacia él a la carrera, pensó que se trataba de aquél y por ello disparó.

Actuación procesal:

1º El procesado fue vinculado a la investigación siendo calificado el mérito del sumario con llamamiento a juicio por la vía en que interviene el jurado de conciencia por asesinato (C. P. de 1936, art. 363-3).

2º Agotado el trámite respectivo se celebró la diligencia de audiencia pública habiéndose puesto en consideración del jurado de conciencia el siguiente veredicto: "El acusado Julio César Perea Izquierdo, es responsable si o no de haberle ocasionado la muerte a Moisés Mosquera Hinestroza, causándole una herida con arma de fuego (escopeta) localizada en hemitórax izquierdo a nivel del sexto espacio intercostal línea media clavicular, de bordes irregulares de más o menos 2.5 centímetros, abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, según hechos ocurridos el 28 de enero de 1980 en la población de Cértegui, jurisdicción del Municipio de Tadó en este Departamento", el cual fue respondido *"sí es responsable pero con atenuantes"*.

3º Inicialmente, el Juzgado Segundo Superior declaró la contraevidencia del veredicto, porque consideró que la expresión "con atenuantes" significaba el reconocimiento de la legítima defensa. El Tribunal revocó tal decisión y ordenó al Juzgado dictar sentencia, en obedecimiento a ello, el Juzgado Superior pronunció su fallo condenatorio que fue confirmado por el Tribunal Superior.

La demanda:

Varios cargos al amparo de las causales de casación 1ª, 2ª y 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior aplicable al caso hace el censor así:

A. Causal primera:

Sustiene el censor que el fallo de segunda instancia viola de modo directo los artículos 29, 38, 61 del Código Penal anterior y en forma indirecta los artículos 362 y 363 del Código Penal anterior y los artículos 216, 217, 219, 533 y 535 del Código de Procedimiento Penal anterior.

1º En relación con los artículos 28, 38 y 61 del Código Penal la violación directa la sustenta en que el Tribunal desconoció el artículo 29 del Código Penal ya que habiendo obrado su patrocinado en condición de —intoxicación crónica— producida por el alcohol, en lugar de sancionarlo con pena de prisión ha debido dársele tratamiento de inimputable sometiéndolo a medida de seguridad.

2º Afirma que se violó el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal por cuanto se dictó sentencia condenatoria sin obrar en el proceso la prueba plena o completa de que Julio César Perea Izquierdo fuera el responsable del delito de homicidio investigado.

3º Que se violó el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, pues no se tuvo en cuenta que toda duda debe ser resulta a favor del procesado. "Ya se ha dicho que el proceso es un mar de dudas que se vislumbra desde el principio hasta el final".

4º Se violó el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal "ya que en el proceso no hubo la suficiente prueba para llegar a la firme convicción de que Perea Izquierdo haya sido el responsable del homicidio".

5º Se violó también el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, porque la sentencia no se dictó de acuerdo con el veredicto "siendo que el llamamiento a juicio se hizo sobre homicidio simple, pues así debe entenderse el auto en su parte resolutiva, el jurado de conciencia al responder que el procesado sí era responsable, pero con atenuación, debe entenderse y no caprichosamente, que el jurado encontró responsable a Julio César pero sólo de homicidio simple, al cual consideró justo reconocerle atenuante".

6º Se violó el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal porque al elaborarse el cuestionario no se debían mencionar circunstancias de agravación, cuando el auto de proceder se refirió a homicidio simple.

7º Se violó el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal porque el jurado en su respuesta "consideró que se había cometido un homicidio pero con atenuantes, le quedó al juzgado la opción de declarar contraevidente como en efecto sucedió, el veredicto, pero el Tribunal caprichosamente ordena sancionar por asesinato".

8º Que se violó indirectamente el artículo 362 del Código Penal anterior, pues en ningún momento se demostró que la conducta del procesado encuadrara dentro de algunas de las circunstancias del artículo 363 del mismo Código, razón por la cual considera que además existió aplicación indebida de la ley sustancial "pues debió aplicarse el 362 y no el 363".

B. Causal segunda:

Acusa la sentencia por estar en desacuerdo con el veredicto del jurado, sostiene así este ataque: "Debe tenerse en cuenta que el auto de proceder cuya copia le fue proporcionada al jurado, contemplaba el llamamiento a juicio por homicidio. Si en conciencia dicho Tribunal consideró que no se había cometido asesinato y con las facultades que le otorga el artículo 535 del citado Código, aclaró su fallo o veredicto en el sentido de que se había cometido homicidio pero con atenuantes, la sentencia debió estar en consonancia con este veredicto al no aceptarse la contraevidencia".

C. Causal cuarta:

Acusa la sentencia del Tribunal por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad por las siguientes razones:

"1º Que es causal de nulidad de la audiencia pública la intervención del representante del Ministerio Público ya que este funcionario no sólo se refirió al homicidio por el que se juzgaba a Perea Izquierdo, sino que hizo alusión a las circunstancias a las que estuvo involucrado el procesado dentro de una investigación por homicidio en la pobla-

ción de Yaviza en la República de Panamá quien tal referencia, "previno a los señores Jueces de conciencia y los predispuso a condenar a mi defendido en consideración a que se trataba de un delincuente consumado"..

2º El no haber ajustado el señor Juez el cuestionario presentado al jurado a lo determinado en el auto de proceder lo cual constituye nulidad por violación al derecho de defensa.

3º Que el veredicto que se sometió a la consideración de los jueces de conciencia, no indagó por el grado de responsabilidad penal del procesado ni hizo referencia a la intención de matar, por lo cual entiende que el proceso es nulo.

4º El acta de audiencia pública es nula, por falsedad, pues la audiencia se realizó el 31 de marzo, pero en el acta se afirma que esta se llevó a cabo el 31 de abril lo cual es un imposible dado que solamente tiene 30 días.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en su concepto considera que si bien la demanda de casación "adolece de fallas técnicas por violar el principio de no contradicción que gobierna el riguroso recurso extraordinario", está llamada a prosperar y pide a la Corte casar la sentencia, la cual considera que fue pronunciada en juicio viciado de nulidad.

Afirma el señor Procurador que "del contexto del cuestionario que obra al folio 319 del proceso, claramente aparece que absolutamente nada se preguntó al jurado sobre la forma de culpabilidad. Luego se trata de un cuestionario insuficiente por deficiente redacción, y que por lo mismo resulta inexistente. Así, pues el cargo prospera, amén del vicio atinente al error en la fecha del acta de la diligencia de audiencia pública, que bien puede generar inexistencia o causal de nulidad legal, a términos de los artículos 155, 162, 210 numeral 4º y 214 del Código Procesal de 1971".

Consideraciones de la Sala:

Causal primera. Primer cargo:

Alega el censor violación directa de los artículos 29, 38 y 61 del Código Penal anterior, por cuanto considera que su patrocinado obró en estado de intoxicación crónica por ingestión de bebidas alcohólicas. Situación que de haberse reconocido imponía el sometimiento del procesado a medidas de seguridad.

Encuentra la Sala que este ataque a la sentencia es equivocado, por cuanto la prueba recaudada en el proceso, indica que el sujeto Perea Izquierdo se encontraba en estado de embriaguez aguda debido al consumo de alcohol, siendo este un fenómeno diverso al invocado en la demanda ya que el concepto de intoxicación crónica que traía el Código Penal de 1936 en su artículo 23, se refiere es a aquellas situa-

ciones de deterioro físico y mental de carácter permanente originado en la continuidad del suministro de sustancias tóxicas como el alcohol al organismo humano, que terminan produciendo trastorno mental en el sujeto.

Por el contrario, la embriaguez de Perea Izquierdo constituía según la realidad procesal, un episodio agudo que no significó alteración fundamental en su siquismo, al punto de que no generó incapacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o de determinarse conforme a esa comprensión; ello se desprende entre otras cosas de la misma confesión coherente y lógica que hace el sujeto en el proceso.

No prospera el cargo.

Otros cargos:

Con relación a los cargos 2, 3, 4, 5, 7 y 8 que el censor hace a la sentencia de segundo grado pronunciada por el Tribunal Superior de Quibdó al amparo de la causal 1ª, cuerpo segundo, por violación indirecta de la ley sustancial, se advierte que la Sala se abstendrá de estudiarlas por las fallas técnicas que tal impugnación presenta y que le impiden a la Corte adentrarse en su estudio; esto porque como se recordará ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte que señala la imposibilidad de ataque en casación, por la vía de la violación indirecta de la ley, en los procesos en los que interviene el jurado popular, ello porque dada la naturaleza del pronunciamiento del *juri*, que es expresión de conciencia, sin exigencias técnicas y racionales en la apreciación de la prueba, hace imposible la revisión de los análisis por el juez de derecho y obviamente por la Sala de casación. Por lo tanto se desechan estos cargos.

Causal segunda:

Al acusar la sentencia por esta causal de casación, sostiene el censor que está en desacuerdo con el veredicto del jurado, porque éste se pronunció por un homicidio simple y no por un homicidio agravado, tal como se debe entender la expresión "con atenuantes" colocada después de afirmar la responsabilidad del procesado por los jueces de conciencia.

Entiende la Sala que tal acusación es inane, por cuanto el jurado de conciencia en su veredicto no transformó en lo fundamental el cuestionario que le fue sometido a su consideración, el cual además se encontraba en total correspondencia con el auto de proceder puesto que allí se dedujo la circunstancia de agravación por la cual se preguntó en el cuestionario. Al responder los jueces "sí es responsable, pero con atenuantes", reconocieron la responsabilidad del procesado en los términos del enjuiciamiento y del cuestionario, señalando en su sentir la presencia de circunstancias personales que deberían ser tenidas en cuenta por el juzgador de derecho como atenuantes y que efectivamente tuvieron su consideración dentro del marco lógico de las circunstancias genéricas de atenuación en el momento de concretar la cantidad de pena a imponer.

No prospera tampoco este cargo.

Causal cuarta:

Los cargos que el actor hace a la sentencia del Tribunal de Quibdó dentro del marco de esta causal tampoco están destinados a prosperar por no encontrar la Sala vicios que generan nulidad en el proceso penal.

1º Así, señalar como causal de nulidad la intervención del Ministerio Público en la audiencia de juzgamiento, en la que este funcionario hizo alución a otro hecho punible en el que tuvo participación el procesado, no tiene fundamento lógico ni jurídico por cuanto dentro de la dinámica de la audiencia es de normal ocurrencia que las partes procuren informar a los jueces sobre la personalidad del sujeto a quien se juzga y para ello traen a cuento sus antecedentes que van a ser una importante información para el jurado; sin que pueda afirmarse que Perea Izquierdo, haya sido condenado por sus antecedentes y no por el hecho concreto por el cual se le juzgó.

2º Tampoco existe nulidad por la supuesta ausencia de correspondencia entre el auto de proceder y el cuestionario sometido a la consideración de los jueces, porque tal afirmación no es cierta, la lectura de la parte motiva del auto de proceder indica como el juzgador en forma clara, sencilla y coherente deduce la causal de agravación, la cual conforme a las reglas procesales debía ser incluida en el cuestionario como efectivamente se hizo.

3º Acusa también el censor la sentencia de haberse dictado en juicio viciado de nulidad a partir de la audiencia pública, por no haberse concretado el grado de responsabilidad ni preguntado por la intención de matar en el cuestionario sometido a la consideración de los jueces de conciencia.

A pesar de que el señor Procurador en este punto pide que se declare la nulidad del proceso y se case la sentencia, la Sala no accederá a ello por las siguientes razones:

Sobre este aspecto concreto ya tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte en decisión de 13 de marzo de 1985. Dijo en esa ocasión la Sala:

"1. El cuestionario que el juez somete a la consideración de los miembros del jurado de conciencia debe ajustarse en su redacción a los preceptos contenidos en los artículos 533 y 537 del Código de Procedimiento Penal. Aun cuando no existen formas rígidas para su elaboración, es indispensable que en la pertinente pregunta se cumplan los requisitos mínimos demandados en las disposiciones señaladas, a fin de que se conserve la armoniosa correspondencia entre auto de proceder, veredicto y sentencia, con la consecuente claridad que deben tener los cargos formulados, presupuesto indispensable para el correcto ejercicio del derecho de defensa".

"En ese orden de ideas prescribe el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal que cuando se trate de varios hechos delictivos, por cada uno de ellos se formulará un cuestionario independiente, regla que también debe seguirse en el caso en que hayan varios pro-

cesados. Esta exigencia legal permite que el proceso se desenvuelva dentro de los límites de riguroso orden lógico, a más de garantizar la aplicación del principio de la individualización de la sanción penal, referida a cada procesado en concreto y a cada delito en particular".

"En todo cuestionario, a su vez, el juez deberá preguntar sobre la responsabilidad que le cabe al procesado por el hecho que dio lugar al enjuiciamiento, de conformidad con el auto de proceder, con determinación clara de las circunstancias que lo constituyan, sin que sea de recibo el empleo de denominaciones jurídicas. Es indispensable que el hecho y sus circunstancias específicas que motivan el interrogante, tengan trascendencia jurídica y emerjan del auto de proceder, por cuanto el cuestionario no es cosa diferente de la concreción de los cargos deducidos en el auto de llamamiento a juicio, debidamente especificados, esto es, con el señalamiento de las circunstancias calificadoras que son aquellas que, incorporadas en el enjuiciamiento, están llamadas a tener incidencia en la determinación de la pena, sin que deban ser incluidas las de carácter genérico que por expreso mandato del artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, son de aplicación reservada al juez en la sentencia. Además, el cuestionario no debe contener denominaciones jurídicas, no sólo porque el procesado no responde por dichas denominaciones, responde por los hechos que haya ejecutado en la medida en que ellos estén tipificados y por cuanto no puede exigirse a los miembros de un jurado popular el conocimiento de expresiones que pueden tener una restringida connotación cuyo alcance no están obligados a conocer".

"2. Como el punto de partida para la confección del cuestionario debe ser la conducta cuya realización se atribuye al procesado, siempre que esté recogida en un tipo penal, es obvio que el hecho que debe quedar consignado es el hecho típico, de modo que en el interrogante deben figurar los elementos esenciales que aparecen en la descripción genérica hecha por el legislador".

"En relación con el delito de homicidio voluntario es necesario aceptar que con la expedición del Decreto 100 de 1980 se modificó la redacción de la anterior codificación, aun cuando sustancialmente no se presentó cambio alguno. En efecto, mientras el Código Penal de 1936 decía: 'El que con el propósito de matar ocasionare la muerte a otro...', en la legislación vigente el pertinente texto se redactó así: 'El que matare a otro...'"

"Si bien es verdad que las dos citadas fórmulas legislativas están concebidas con expresiones gramaticales diferentes, desde el punto de vista jurídico son exactas. Durante la vigencia del Código de 1936 la doctrina llegó a la conclusión de que la exigencia del propósito de matar en el tipo que describía el homicidio intencional representaba una inútil reiteración del aspecto volitivo del dolo, que sobraba en el tipo porque de conformidad con la interpretación adecuada de las disposiciones de la parte general, llegábase a la conclusión de que todas las conductas descritas en la parte especial debían cometerse a título de dolo, a menos que expresamente se hubiese previsto la modalidad culposa. Y como en esta forma de homicidio no estaba consagrada la culpa en forma expresa, dicha conducta debía cometerse con dolo y, por lo tanto, con conocimiento y voluntad, no porque tal exigen-

cia fuera propia de la tipicidad, sino porque desde la parte general venía exigida para todas las infracciones dolosas establecidas en la parte especial".

"Suprimida del vigente código la expresión 'propósito de matar', se eliminó del tipo una inútil reiteración de un aspecto de la culpabilidad, porque siguiendo los lineamientos del artículo 39 del estatuto que ahora rige, la culpa y la preterintención sólo se presentan en los casos expresamente determinados en la ley, de suerte que en aquellos tipos en donde tales formas de culpabilidad no aparezcan consagradas, la conducta deberá imputarse a título de dolo. No obstante, adviértese, la supresión en el tipo de toda referencia a la culpabilidad, en manera alguna puede entenderse como eliminada del delito, porque por definición de todo hecho punible es la suma de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a más de que el legislador ha insistido que está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. En este orden de ideas es evidente que para la atribución de cualquier forma delictiva, excepción hecha de aquellas en donde se estipula la culpa o la preterintención, el agente ha debido proceder con conocimiento y con voluntad, esto es, dolosamente".

"3. Las precedentes consideraciones conducen a la conclusión de que cuando el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, exige que a los miembros del jurado popular se les interrogue sobre la responsabilidad que cabe al procesado por el hecho o hechos materia de la causa, está haciendo necesariamente referencia a los hechos que tienen significación jurídico penal, vale decir, a los hechos tipificados. No existe razón alguna para pensar que a más de los elementos que integran la conducta típica, deba el juez preguntar sobre los restantes elementos del delito, de manera que no es necesario interrogar sobre la reprochabilidad y dañosidad del comportamiento, esto es, sobre su antijuridicidad no sobre la ausencia de causas que la excluyan, así como tampoco de las previsiones legales surge la necesidad de preguntar sobre la culpabilidad ni sobre la falta de causas de exculpación".

"Es indispensable, sin embargo, que el jurado de conciencia conteste con absoluto conocimiento de causa sobre los puntos que originan el interrogante y como en la cuestión que se plantea no sólo se pregunta sobre la simple realización de una conducta típica, sino sobre la responsabilidad de un procesado, los jueces del pueblo deben comprender que la responsabilidad en materia penal no se atribuye simplemente por la realización de una conducta prevista en la ley, sino por la comisión de un delito que, por lo mismo, comprende la antijuridicidad y la culpabilidad".

"Es de suma conveniencia, en consecuencia, que en los delitos que admiten diversas formas de culpabilidad, el juez incluya en el cuestionario la referencia a la forma pertinente, a fin de que no se presenten equívocos de ninguna especie. Ante un homicidio el jurado podría hallarse en situación de perplejidad, pues la conducta podría ser atribuida a título de dolo, de culpa o de preterintención, sin que resultara descartable una responsabilidad puramente objetiva, y justamente para evitar ese equívoco, lo más indicado es que en el cuestionario se incluya la referencia a la forma de culpabilidad por la cual se hizo el llamamiento a juicio".

"Pero como lo fundamental es que los miembros del jurado popular tengan una clara conciencia de su respuesta y del alcance que ella tenga en relación con el procesado, bien puede ocurrir que en el cuestionario no aparezca alusión alguna al propósito homicida, pero éste se encuentra reconocido en el auto de enjuiciamiento. En efecto, en el auto de proceder cuya copia se entrega a los jueces de hecho, debe aparecer de forma inequívoca la clase de imputación en su aspecto subjetivo, la cual además, se colige de la manera como se realizaron los hechos y, principalmente de los planteamientos que se hayan formulado dentro de la audiencia pública. Si en juicio se establece, más allá de toda duda, que el agente actuó dolosamente, se habrá subsanado una deficiencia, lo mismo que, cuando no incluido el propósito de matar en el cuestionario, aparezca expresamente en la respuesta".

En el caso que ahora se examina es verdad que en el cuestionario no se incluyó la fórmula "con el propósito de matar" ni ninguna otra referencia expresa a la culpabilidad dolosa, no obstante en el auto de proceder se hace referencia a la intencionalidad del sujeto y en la audiencia pública tal cuestión fue objeto de análisis y en el mismo cuestionario se incluyó la causal de agravación que sólo se predica del delito doloso; de donde se desprende que los señores miembros del jurado respondieron con conocimiento de causa y que ninguna duda o situación de perplejidad podían tener cuando emitieron su respuesta, de donde se concluye que en el caso en estudio no se ha presentado una nulidad constitucional por violación de las formas propias del juicio, ya que en manera alguna se vio afectado el derecho de defensa.

4º Por último plantea el censor como nulidad del proceso, de la cual hace eco el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal la equivocación en torno a la fecha de audiencia pública consignada en el acta donde se dice que esta se celebró el 31 de abril de 1987 cuando realmente tuvo ocurrencia el 31 de marzo del mismo año, tal como aparece en el auto que fija la fecha con antelación y en el cuestionario sometido al jurado y porque además abril sólo tiene 30 días y no 31. Sobre este punto la Sala admite como una evidencia procesal que la audiencia se celebró el 31 de marzo y que un error intrascendente surgió en el momento de fechar el acta, en lugar de colocar marzo colocaron abril, sin que con ello se esté lesionando ni los intereses del procesado ni de la justicia y pretender la nulidad por ello, como lo pretende el casacionista y el Procurador, es incurrir en el más excesivo formalismo que desconoce el verdadero sentido de la justicia.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

PROCESADO. AUDIENCIA PUBLICA

El Código de Procedimiento Penal anterior y el actual, hacen obligatoria la presencia del procesado en la diligencia de audiencia pública, cuando se encuentra privado de su libertad, sin distinción alguna

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 64.

Vistos:

El Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali mediante sentencia de seis (6) de mayo de 1987, condenó al procesado *Nevio López Giraldo* a la pena privativa de la libertad de veintisiete (27) meses de prisión como autor responsable del delito de hurto, accesorias de ley, pago de perjuicios, en abstracto y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional. Tal decisión fue modificada por el Tribunal Superior de la misma ciudad según fallo de 31 de agosto siguiente en el sentido de imponer como pena privativa de la libertad la de treinta y ocho (38) meses de prisión, incrementando las accesorias en igual proporción.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación por el Fiscal Quinto de la citada Corporación y agotado el trámite del mismo, se procede a dictar el fallo que corresponda.

El procesado no presentó demanda de casación dentro del término legal, razón por la cual le fue declarado desierto mediante auto de 17 de agosto último.

Hechos y actuación procesal:

Se hallan sintetizados en autos de la siguiente manera:

"Eliécer de Jesús Ocampo formuló denuncia el 25 de febrero de 1985 contra Nevio López Giraldo, inicialmente descrito por él como 'Henio González' o 'Jorge Henio González', porque en esa fecha, a eso de las 4 de la tarde cuando el exponente llegó al 'Asadero la 43' de propiedad de su hermanos Hernando de Jesús, éste se encontraba consumiendo unas cervezas con el sindicado, presunto amigo de la infancia a quien no veía desde muchos años atrás y que este individuo, admirando la camioneta Luv en que el exponente viajaba, dijo

que daría una vuelta en ella y regresaría, montándose súbitamente al vehículo, el cual prendió desapareció con él, pues a causa de su no regreso decidió por la noche formular la denuncia; posteriormente el vehículo fue recuperado, abandonado, en Cartago. El exponente puso especial énfasis en que el vehículo no era de su propiedad sino de la firma 'Llantas Autopista' y lo valoró en $ 800.000.00. Hernando de Jesús Ocampo corrobora lo dicho por su hermano, indicando que solamente accedió a que su amigo diera una vuelta en la camioneta, pero nada más. A su turno Jhonny González relata que compró la camioneta en $ 1.000.000.oo aunque al momento de ser hurtada aún no se había hecho el traspaso a su nombre; el automotor fue avaluado en $ 600.000.oo una vez recuperado, dado el estado de deterioro en que se lo pudo localizar".

Por auto de 28 de febrero de 1985 el Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal de Cali inició la correspondiente investigación penal y luego de oír en declaración indagatoria al procesado Nevio López Giraldo, le decretó auto de detención como presunto infractor del delito de hurto, según providencia de 27 de marzo siguiente. Recepcionadas otras pruebas, por auto de 4 de junio de 1986 el Juzgado Décimo Penal del Circuito declaró clausurada la investigación y mediante providencia de 5 de agosto siguiente, lo llamó a responder en juicio criminal por la citada infracción.

Transcurrido el término probatorio de la causa y luego del aplazamiento de la audiencia pública, por tres oportunidades, ésta se realizó el 23 de abril de 1987 en la cual el señor defensor hace énfasis en las nulidades tanto legales como constitucionales que se hallan presentes en este proceso, cuales son la errónea calificación del mérito del sumario y la ausencia del procesado en audiencia pública estando detenido.

El juzgado del conocimiento luego de referirse expresamente a las nulidades propuestas por la defensa en el debate público, las negó y dictó sentencia condenando a López Giraldo a la pena privativa de la libertad de 27 meses de prisión como autor responsable del delito de hurto según fallo de 6 de mayo siguiente, decisión que fuera modificada por el Tripunal Superior de Cali en providencia de 31 de agosto del mismo año, la cual fue recurrida en casación por el señor Fiscal Quinto de la citada Corporación y por el procesado. Solamente el primero presentó demanda de casación, razón por la cual la Sala procede a su estudio, luego de haberla declarado ajustada a las prescripciones del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal anterior, según auto de 17 de agosto último y declarado desierto el recurso respecto del procesado López Giraldo quien no lo sustentó.

La demanda:

Con invocación de la causal 4ª de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior, el actor solicita la nulidad del proceso a partir de la calificación del mérito del sumario por haberse incurrido en el auto de proceder en "error relativo a la denominación jurídica de la infracción", es decir, se dictó sentencia en juicio viciado de nulidad legal prevista en el artículo 210,

numeral 5º del Código de Procedimiento Penal anterior, pues, el hecho punible investigado, constituye un delito de abuso de confianza y no de hurto como equivocadamente lo calificó el juzgador de primera instancia y lo aceptó el Tribunal Superior de Cali.

Cargo único:

Luego de referirse a la prueba recaudada en el proceso, el actor puntualiza que "Las condiciones que concurrieron a estos hechos ilícitos, están demostrando que a pesar del precario conocimiento que tenía el señor Eliécer de Jesús Ocampo Campuzano del amigo de su hermano, señor Nevio López Giraldo, celebró un contrato de comodato o préstamo de uso, conforme al artículo 2200 del Código Civil... contrato que no es solemne, pero sí es real, es decir, que para su perfeccionamiento se necesita la entrega o tradición de la cosa".

"El honorable Tribunal Superior se contradice cuando manifiesta que se debe 'reprimir al sujeto' por lo que hace y no por lo que es, con lo cual ha desaparecido la teoría peligrosista que rigió en el Código Penal de 1936". Y a renglón seguido anota que no se pueden "cerrar los ojos ante demostraciones procesales que ponen en evidencia un profesionalismo delincuencial de parte del agente, como sucede en este caso con Nevio López..." Lo que significa, ni más ni menos que el encausado es responsable del delito de hurto, por el hecho de tener una condena anterior por un hecho similar. Es decir, lo que hace es aplicar la teoría peligrosista. Luego más adelante, el honorable Tribunal Superior, en la sentencia que se ataca vuelve a tener en cuenta la personalidad del procesado para concluir que éste cuando solicitó al denunciante el favor de que le prestara la camioneta, no lo hizo con el propósito de devolverla, "pues existe en él una tendencia natural al delito". Como se ve hace un juzgamiento por los antecedentes, y se deduce un dolo por la personalidad del condenado, para dejar a un lado los medios de prueba que están indicando de manera clara que el señor Nevio López Giraldo, en un comienzo celebró un contrato de comodato, muy esporádico, pero al fin y al cabo un préstamo de uso. Y si esto es así, en cuanto a la presencia del contrato del préstamo de uso, mientras no terminara el servicio para el cual se le facilitó el vehículo al encausado, es imposible deducir la presencia de una intención de apoderamiento, como tampoco de la apropiación, dolo que sólo puede surgir cuando nace la obligación del comodatario de hacer devolución de la cosa".

Para respaldar su afirmación, el recurrente cita varias decisiones de esta Sala y, como conclusión, deduce que se ha incurrido en nulidad desde la calificación del mérito del sumario, razón por la cual demanda pronunciamiento acorde con la censura planteada.

En ejercicio del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal coadyuva la demanda presentada por el Fiscal Quinto del Tribunal Superior de Cali al considerar que en este caso se encuentran válidos los argumentos presentados y que los juzgadores de instancia equivocaron la adecuación típica de la infracción para deducir un delito de hurto, cuando el que se consumó lo es el de abuso de confianza.

Consideraciones de la Corte:

No ha sido materia fácil el diferenciar el delito de abuso de confianza y el hurto agravado cuando la sustracción se realiza aprovechando la confianza depositada por el dueño o tenedor de la cosa en el agente. Ello, por cuanto los factores comunes que concurren en estas dos infracciones contra el patrimonio económico, dificultan el que pueda determinarse, a simple vista de cuál de ellas se trata en cierto caso.

Esto ha motivado que en repetidas oportunidades la Corte se haya pronunciado en la forma más clara sobre las distintas hipótesis presentadas y, puntualizando las diferencias que existen entre los citados tipos penales.

En sentencia de 17 de enero de 1984 (magistrado ponente, doctor Luis Enrique Aldana Rozo) consignó que "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 de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor".

"...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 halla en manos del agente".

En cuanto a la expresión "título no traslativo de dominio" que usa el artículo 358 del Código Penal de 1980 o "no traslaticio de dominio" que usaba el Código Penal anterior, esta Sala en fallo de 19 de julio del presente año, consignó:

"Nuestro Código Civil define los títulos 'traslaticios de dominio' mas no los 'no traslativos'. Por los primeros entiende 'los que por su naturaleza sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos'; además se agrega, 'las sentencias de adjudicación en los juicios divisorios y los actos legales de partición' ".

"Dentro de este orden de ideas, es lógico concluir que la expresión 'título no traslativo de dominio' que usa el actual Código Penal o 'título no traslaticio de dominio' que usaba el Código Penal anterior, no es sino una forma de referirse el legislador penal a los llamados títulos de mera tenencia de que trata el artículo 775 del Código Civil".

"Basta leer la definición de esta norma para llegar a tal conclusión: Se llama mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino en lugar o en nombre del dueño".

"El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho a habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, usufructuada o cuyo uso o habitación les pertenece, etc., enunciados como meros tenedores en el artículo 775 del Código Civil, carecen de título no traslaticio de dominio; por tanto, no son propietarios de la cosa no poseedores, porque no son dueños ni la tienen con ese ánimo".

"En este orden de ideas, impera colegir, que el artículo 358 del Código Penal, que tipifica el delito de abuso de confianza, parte de una definición igual a la de la mera tenencia del derecho civil; por esta razón, en este caso el intérprete debe atenerse a ella, pues, las distinciones enunciadas en nuestro derecho privado respecto de este instituto están muy bien delimitadas y no se contraponen a normas penales".

"Significa este planteamiento que, los 'títulos no traslaticios de dominio' del derecho civil no constituyen patrimonio exclusivo del derecho privatista, sino que deben aplicarse en los demás campos del ordenamiento jurídico, siempre y cuando, la naturaleza y el fin del fenómeno lo permita, conforme sucede con el derecho comercial en el cual por su estrecha vinculación con el civil no se observa razón jurídica valedera para que estos institutos no operen bajo iguales delimitaciones" (mag. ponente: doctor Lisandro Martínez Zúñiga).

En el presente caso, Nevio López Giraldo no recibió el vehículo ya descrito de manos de Eliécer de Jesús Ocampo Carpuzano con título no traslativo de dominio, ya que entre ellos no existió negociación o promesa alguna, capaz de originar un vínculo jurídico, ni un verdadero contrato de comodato con el alcance y sentido que le otorga la ley civil.

En otras palabras, Nevio López Giraldo cuando se subió al automotor con el pretexto de probarlo, no tenía sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento legal, es decir, carecía por completo del poder jurídico sobre el vehículo, dándose el tipo penal descrito en el artículo 349 del Código Penal, agravado por la circunstancia prevista en el numeral 6º del artículo 351 *ibídem*, en concurrencia con la contemplada en el numeral 1º del artículo 372 de la misma obra y no el delito de abuso de confianza que reclama el casacionista y que recibe coadyuvancia por parte de la delegada.

En consecuencia, no puede afirmarse que se haya incurrido en error manifiesto sobre la denominación jurídica de la infracción, pues serios y concordantes elementos de prueba, ofrecen respaldo a la modalidad delictiva que se imputó al procesado en la sentencia impugnada en casación.

La censura no prospera.

No obstante que la acusación presentada contra el fallo de segunda instancia no tiene prosperidad, considera la Sala que existe en el proceso nulidad de rango constitucional que debe decretarse de ma-

nera oficiosa, máxime que el motivo que se expondrá para su declaratoria, fue ampliamente considerado por la defensa en el acto de audiencia pública y negado expresamente por el juez del conocimiento en el fallo correspondiente.

La defensa invocó en el debate público el artículo 508 del Código de Procedimiento Penal anterior para exigir la presencia de su representado quien se hallaba detenido en la Cárcel del Circuito de Pereira, no obstante lo cual, dicha diligencia se verificó sin su concurso.

En la sentencia de primer grado, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali se refiere al tema planteado, de la siguiente manera:

"Es innegable en los autos, que el procesado está efectivamente privado de la libertad en una cárcel de Pereira y por tal razón, acogiendo jurisprudencia de la Corte en tal sentido, allí y mediante juez comisionado se le han notificado personalmente las providencias que exigen tal requisito, tal como el mismo defensor lo admite, pero debe aclarar el juzgado que el procesado está privado de la libertad no por cuenta de este despacho, sino purgando condena que le han impuesto otras autoridades jurisdiccionales, tal como aparece evidente en los autos; en tales condiciones, la presencia del procesado durante la celebración de la audiencia no es de imperativo cumplimiento como lo asegura el defensor, máxime si como en el caso presente el procesado no está recluido en una cárcel de la localidad sino en ciudad diferente; siendo lo anterior evidente, para el despacho es claro que no existe la nulidad alegada; piénsese que la presencia del procesado no es obligatoria cuando no está detenido para concluir que la ley no considera esencial tal requisito, entre otras cosas porque allí solamente va a ser su propio vocero y la experiencia enseña que en la casi totalidad de los casos, el procesado renuncia a esta prerrogativa y cede directamente la palabra a su defensor, quien sí es el encargado de hacer la defensa técnica y cuya presencia sí es absolutamente indispensable, so pena de nulidad".

Es equivoca la apreciación del juzgador de instancia respecto de la adecuada defensa en la diligencia de audiencia pública. No entiende la Corte, cómo el funcionario luego de admitir que en atención a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, mediante juez comisionado enteró al procesado del curso del proceso, esto es, le notificó en forma personal todas las providencias interlocutorias y de sustanciación que hacen obligatorio dicho acto procesal, no obstante hallarse detenido por cuenta de otra autoridad, y sin embargo, no requirió su presencia para el acto de la audiencia pública.

El Código de Procedimiento Penal anterior y el actual, hacen obligatoria la presencia del procesado en la diligencia de audiencia pública, cuando se encuentra privado de su libertad, sin distinción alguna, es decir, solamente admite la realización del debate público sin su concurso, cuando se halla disfrutando del beneficio de excarcelación o su juzgamiento se adelanta en ausencia o contumacia.

Esta obligación de realizar la diligencia mencionada con la presencia del o de los acusados cuando se hallan privados de su libertad, solamente admite excepción cuando la privación de la libertad ocurre en el exterior y por cuenta de autoridades de otros países, ya que su

comparecencia al proceso se vería regulada por normas distintas a las contenidas en el Código de Procedimiento Penal, como serían los tratados públicos celebrados entre naciones, en cuyo caso priman las disposiciones allí contenidas sobre las generales del ordenamiento procesal interno.

Olvidan el funcionario del conocimiento y el Tribunal Superior correspondiente, que la audiencia pública constituye la última oportunidad para que el enjuiciado haga cualquier manifestación tendiente a su defensa o aquellas que considere convenientes para obtener finalmente un fallo favorable. Así mismo, el interrogatorio al procesado en dicha diligencia tiene por objeto primordial conocer su personalidad que, a no dudarlo, puede incidir en el otorgamiento o no de un subrogado penal, como lo es el de la condena de ejecución condicional, si la infracción y la tasación de la pena lo permiten.

El no procurar la asistencia del procesado a la diligencia de audiencia pública a sabiendas de que se halla privado de su libertad, con la excepción ya consignada, constituye una violación al Derecho de Defensa que comporta la invalidación de dicho acto procesal y la subsiguiente actuación en garantía del mandato constitucional, sin que sea válido argumentar que la costumbre enseña que la gran mayoría de las veces el acusado encarga a su apoderado de la defensa técnica del asunto.

Se impone pues, la declaratoria de nulidad a partir de la diligencia de audiencia pública, inclusive, para que con el concurso del acusado se realice de acuerdo con el ordenamiento procesal penal y de acuerdo con el pliego de cargos que, como se dejó dicho, tuvo por los juzgadores de instancia adecuada calificación respecto de la conducta delictiva que se imputa a López Giraldo.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

1º *Casar* el fallo impugnado.

2º *Declarar la nulidad* de todo lo actuado en este proceso a partir de la diligencia de audiencia pública, inclusive, por las razones consignadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA

El yerro por falso juicio de identidad se da cuando el contenido del hecho se le hace coincidir con una norma que no lo contempla

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 54.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de *Luis Fernando García Vacca* contra la sentencia de 27 de enero del presente año, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali lo condenó a 42 meses de prisión, a multa de quinientos pesos ($ 500.oo) e interdicción de derechos y funciones públicas por seis (6) meses, por los delitos de falsedad y peculado.

Antecedentes:

El señor Jesús Antonio Batte Rodríguez se desempeñaba como Jefe de la Seccional de la Administración Postal Nacional del barrio "La Flora" de la ciudad de Cali, y el 2 de agosto de 1983 giró el cheque número 49427 contra el Banco Popular, por la suma de $ 200.000.oo, a favor de Luis Alfredo Alvarez Peña, para cancelarle unos giros. El 12 subsiguiente Batte Rodríguez salió a vacaciones y fue reemplazado por Luis Fernando García Vacca, a quien el 30 de esas calendas, aprovechando que Alvarez Peña aún no había hecho efectivo el cheque, se giró el número 49442 contra el mismo banco por $ 200.000.oo, suma que cobró al otro día, mas no reintegró a la Administración Postal sino $ 20.000.oo, haciendo por esa suma las correspondientes anotaciones de ingreso y egreso en los libros de caja y de bancos. El 17 de octubre de dicho año Alvarez Peña presentó el cheque para el cobro, pero le fue devuelto por carencia de fondos; inmediatamente informó a Batte Rodríguez, y éste procedió a formular la denuncia respectiva.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali abrió investigación, comisionó para su perfeccionamiento al Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal, y, mediante auto de 18 de abril de 1985, llamó a juicio a García Vacca por el delito de peculado por apropiación, profiriendo sentencia condenatoria el 25 de noviembre. Consultada ésta, el Tribunal decretó la nulidad de lo actuado a partir de la clausura de la investigación por considerar que, aparte del peculado, se había cometido un delito de falsedad, por haber hecho el sindicado García Vacca

"anotaciones contables falsas, en libros oficiales, como es el asiento en libros de bancos, cuando registró el valor salido correspondiente al cheque girado a su nombre solamente por veinte mil pesos" (fl. 124).

El Juzgado Quinto Superior de Cali —al cual le correspondió por reparto el asunto— produjo un nuevo cierre, enjuició por peculado y falsedad de tipo ideológico, y de conformidad con esos cargos dictó el 4 de agosto de 1987 la sentencia de condena descrita inicialmente, la cual confirmó en su integridad el Tribunal mediante la suya que es objeto de casación.

La demanda:

1. Sostiene el actor que, por la vía indirecta, se violó la ley sustancial al "interpretar" o "apreciar" erróneamente el sentenciador la denuncia formulada por Batte Rodríguez, la "confesión" de García Vacca y la inspección judicial practicada en las oficinas de la Administración Postal, "error de hecho" que lo condujo a afirmar la existencia del delito de falsedad, que en la realidad no se dio porque precisamente el procesado registró contablemente la verdad, es decir, la entrada de apenas $ 20.000.oo. Dice, pues, que hubo indebida aplicación de los artículos 219 y 26 del Código Penal y que "debe, pues, mi poderdante, ser absuelto de los cargos que por el delito de falsedad se le formularon, pues si no se hubiera producido la errónea interpretación probatoria, la condena por el delito de falsedad no hubiera tenido lugar".

Esos "quebrantamientos legales" —señala— trajeron como consecuencia que no pudiera ser otorgado el subrogado de la condena de ejecución condicional, que solicita le sea reconocido por la Corte como fruto de la prosperidad del cargo.

2. Que se incurrió en error de hecho, "con independencia de la calificación jurídica que se dé a los hechos", al no tenerse en cuenta que "la confesión" del acusado fue fundamento de la sentencia, teniendo derecho entonces a la diminuente del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

3. El casacionista insinúa que "por la no investigación plena del delito de falsedad" habría violación a las formas propias del juicio, pero que "como ello daría lugar a otra causal", se abstiene de invocarla para no incurrir en contradicción.

4. "También advertimos —concluye— la falta de aplicación del artículo 1º de la Ley 48 de 1987 (rebaja de pena) que era pertinente en este caso, pero su alegación conllevaría la técnica de violación directa de la ley por falta de aplicación, de tal suerte que esperamos que en nada se oponga el que la honorable Corporación oficiosamente resuelva esta irregularidad. Todo, se reitera, en aras del respeto a la técnica de casación".

El Ministerio Público y consideraciones de la Corte:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal hace las siguientes glosas al aspecto técnico de la acusación:

a) Que a este caso le son aplicables las normas del anterior código, y no las del nuevo, como aparece en la demanda;

b) La demanda "no selecciona normativamente la causal con base en la cual se dirige la censura" y, además, que "entremezcla" el falso juicio de identidad con la interpretación errónea de la prueba, cuando ésta corresponde al error de derecho y aquella al de hecho.

"El cargo —dice— no puede prosperar por haber sido mal planteado, como que no se puede alegar a la vez de las mismas pruebas aquellos reparos, cuando están sujetos a tarifa legal unas (como la inspección judicial, que plasma con objetividad la existencia de un hecho, en este caso el asiento contable) en tanto que otras caen bajo la libre apreciación del juez dentro de la sana crítica (como la denuncia que llega a constituirse en medio de prueba testimonial, y la indagatoria cuando no se trata de confesión)".

Violación indirecta.

Cargo primero:

Débese anotar, en primer término, que no se comparte el anterior criterio de la Tercera Delegada sobre el aspecto técnico de la demanda. En efecto:

Es cierto que, por mandato del artículo 677 del nuevo Código de Procedimiento Penal, el actor ha debido acudir al Código de 1971 en respaldo de su acusación; empero, la inobservancia de tal precepto no tiene porqué, de suyo, dar al traste con la demanda, pues en ésta de todos modos se propone como causal de casación (así no la cite por su nomenclatura) la violación indirecta de la ley por error de hecho, planteamiento frente al cual no cabe confusión ni perplejidad.

Arguye el casacionista que Batte Rodríguez en la denuncia afirmó que el procesado García Vacca se apropió de $ 200.000.oo, correspondientes al cheque por valor de $ 220.000.oo que abusivamente se autogiró, reingresando la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.oo), hecho que corroboró el acusado en su indagatoria y se constató luego mediante inspección judicial. "De la anterior sencilla realidad —dice—, sencilla pero contundente, se puede concluir en definitiva que García Vacca no incurrió en *falsedad*, sino que, por el contrario, dijo la *verdad* contablemente", y agrega:

"Estamos, pues, señores Magistrados de la honorable Corte Suprema de Justicia, ante el fenómeno de violación indirecta de la ley sustancial por apreciación errónea del contenido de la denuncia, de la inspección judicial y de la indagatoria, tocante a los ingresos y anotaciones que hizo el sindicado en los libros de caja y de bancos, ya que el fallador afirmó que al no hacer el ingreso por la suma de doscientos veinte mil pesos sino de veinte mil pesos incurrió en *falsedad*, cuando lo cierto es que dijo la *verdad* acerca de la apropiación, como se reitera machaconamente. Como acertadamente lo expone el doctor Fabio Calderón Botero en su libro 'Casación y Revisión en materia penal', no se discute la *validez jurídica* de las pruebas, sino que se afirma que *por error de hecho*, el contenido de esas pruebas fue desfigurado. Se configuró un error manifiesto de hecho por falso juicio de identidad" (Subrayas del original).

En verdad, *el yerro por falso juicio de identidad se da cuando el contenido del hecho se le hace coincidir con una norma que no lo contempla, como el ejemplo que trae la doctrina de que se deduzca de una inspección judicial el elemento violencia (sin que éste aflore de la prueba) para tipificar un delito de hurto calificado, o, del mismo modo, en el evento que alega el casacionista, de que del examen objetivo o "material" de las mencionadas pruebas (denuncia, "confesión", e inspección judicial), el sentenciador dedujo una falta a la verdad que hizo coincidir con el artículo 219 del Código Penal (falsedad ideológica), cuando lo cierto fue que el procesado se limitó a registrar contablemente una verdad: El ingreso de los veinte mil pesos.*

Sobre las tres especies de error de hecho, comprendidas dentro del concepto de violación indirecta de la ley, dijo la Sala en casación de 2 de julio de 1985:

"...En efecto, 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 en cuanto a dicho medio de convicción se le hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto".

Y luego, en casación de 26 de julio del mismo año, expresó:

"Si la impugnación se formula con base en error manifiesto de hecho, se debe poner de resalto un falso juicio de existencia o un falso juicio de identidad en relación con la prueba. El primero se presenta cuando el juzgador desconoce el hecho que revela la prueba por ignorar la existencia procesal de ésta, o lo reconoce por creer que la prueba obra en el proceso; y, el segundo, se advierte cuando el fallador tergiversa o supone el contenido del hecho que revela la prueba, o lo encuentra coincidente con una norma sustancial sin serlo".

La tercera de las hipótesis que se prevé en los dos pronunciamientos anteriores, es decir el "falso juicio de identidad", es la que desarrolla el actor en este primer cargo, según se acaba de ver, sin que las expresiones que usa para fijar el sentido de la violación, "apreciación errónea" e "interpretación errónea", comporten, de por sí, un defecto de técnica que haga inexaminable la demanda, que, por tanto, pasa a estudiarse.

A contrario de lo que sostiene el censor, el Tribunal en parte alguna dijo que la falsedad consistió en haber dado entrada en los libros sólo a $ 20.000.oo: Lo que sostuvo, en cambio, fue que dicho delito se configuró al "descargarse" únicamente $ 20.000.oo por concepto del cheque número 49442, cuyo valor *real* era de $ 220.000.oo. En cuanto

a este *egreso*, pues, resulta claro que el acusado García Vacca faltó a la verdad. Al respecto puntualizó el sentenciador, en armonía con la prueba obrante en autos:

"...Cómo podemos desconocer la pregunta que se hizo en la indagatoria sobre la anotación dolosa que se hizo en el libro de caja que se llevaba en la oficina y en el desprendible del cheque, en donde se descargó la suma de $ 20.000.oo, *cuando el valor real* fue de $ 220.000.oo, apropiándose de los doscientos mil ($ 200.000.oo) que son objeto de investigación (fl. 195)".

Además, es el mismo procesado García Vacca quien señala que, seguramente "por un error", pudo ser que "yo no anotara el resto de dinero del retiro que se hiciera" (fl. 42), o sea los $ 200.000.oo.

Se sigue de lo expuesto que el fallador no tergiversó el contenido objetivo de las tres pruebas en cuestión, ni, en consecuencia, erró al hacer coincidir la falta a la verdad en los libros de contabilidad, con la descripción legal del artículo 219 del Código Penal.

En relación con este cargo que, por lo dicho, no está llamado a prosperar, el demandante insinúa a la Sala una posible nulidad por "incompleta investigación" del delito de falsedad. Sin embargo, debe anotarse que tal hecho sí fue objeto de la pertinente investigación, aparte de que su "no plena comprobación" encontraría su marco correcto dentro de la misma violación indirecta que propone, por habérsele dado a las pruebas un exagerado alcance, determinante de la sentencia. No existe, entonces, causal de nulidad alguna que merezca examen o definición oficiosos.

Segundo cargo:

Dice el casacionista que por haberse ignorado la confesión del procesado, no se tuvo en cuenta la rebaja de pena consagrada en el artículo 301 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Lo primero que debe señalarse al respecto es que este cargo no se contradice con el primero, en el cual de todos modos se acepta expresamente la condena del acusado por el delito de peculado, y sólo se discute su responsabilidad por el delito contra la fe pública.

Aparece entonces técnicamente bien formulado este reproche por falta de aplicación, por vía indirecta (yerro sobre la existencia de la prueba que revela la confesión), del citado precepto sustancial.

Empero, resulta suficientemente claro que el señor García Vacca *no confesó*, ya que no aceptó haberse apropiado de los $ 200.000.oo. En efecto, sostuvo en su indagatoria que giró a su nombre el cheque para con el dinero "cancelar giros de la Administración Postal Nacional", cosa que no pudo hacer porque ese mismo día se encontró con su padrastro, quien luego de ingerir unos tragos con él, se fue de Cali, llevándose, "por un descuido involuntario", el dinero que él le había dado a "guardar". Y al final de su injurada respondió que "yo no me considero en ningún momento autor del peculado, ni esa fue mi intención, pues nosotros tenemos modo de subsistir, y no c nunca

he pensado en eso" (fl. 42 vto.). De donde se sigue que si el delito de peculado por el cual se le condenó (art. 133 del C. P.) consiste en la apropiación de los dineros, *y el acusado rechazó tajantemente esa apropiación*, mal puede decirse que haya confesado, no procediendo entonces la rebaja de pena. El cargo, por consiguiente, no prospera.

Violación directa.

El actor aduce que la falta de aplicación del artículo 1º de la Ley 48 de 1987 (rebaja de pena) "conllevaría la técnica de violación directa", la cual se abstiene de plantear "por no violar el principio de no contradicción".

Salta a la vista, pues, que el casacionista no hace cargo alguno, y, en consecuencia, por simple sustracción de materia, la Sala no tiene sobre qué pronunciarse. Y en cuanto a la "resolución oficiosa" de este punto, que solicita el actor, huelga replicar que la misma sólo es permitida en sede de casación cuando de nulidad se trata, y aquí —como el propio demandante lo alega— el error del fallador recaería sobre la existencia de la citada norma, causal primera, cuerpo primero, por falta de aplicación.

Sin perjuicio de lo dicho, conviene señalar que la "contradicción" vislumbrada por el demandante no habría existido de haberse planteado la acusación, ya que los cargos de violación indirecta y directa tendrían objetivos diferentes: El primero, quebrar la condena por el delito de *falsedad*, y el segundo, obtener una disminución de pena por el delito de *peculado*, cuya condena admitió el censor. Son, entonces, dos alegaciones que no se excluyen entre sí, motivo por el cual no es dable endilgarles incompatibilidad ninguna.

Lo anterior no se opone a que por las instancias, en su oportunidad, se pueda llegar a otorgar la rebaja de pena a que alude la citada ley (art. 4º).

El cargo debe igualmente rechazarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

REVISION

La Corte repetidamente ha sostenido: La cosa juzgada, que en lo penal no es un dogma de absoluta e incontrastable vigencia, exige para su desconocimiento de elementos muy precisos, indicados por la ley y la doctrina

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 53. Octubre 4 de 1988.

Vistos:

El abogado Manuel Zárate Rodríguez, mediante poder debidamente conferido por el condenado *Hernán Díaz Rodríguez*, interpone el recurso extraordinario de revisión del proceso adelantado en contra de su poderdante en el Juzgado Cuarto Superior de Pereira, donde se omitió sentencia el 16 de septiembre de 1987, condenándolo como responsable del delito de homicidio, en la modalidad culposa, a la pena principal de dos (2) años de prisión y cinco mil pesos ($ 5.000.oo) de multa, determinación esta confirmada por el respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial, el 23 de noviembre del mismo año.

Hechos:

Aproximadamente a las once de la mañana del 1º de mayo de 1983, en la carretera central que comunica el municipio de la Virginia con Anserma (Caldas), exactamente en el sitio conocido como "Cocony", el tracto-camión de placas SU-1723, conducido por Hernán Díaz Rodríguez, colisionó con la camioneta de placas NC 2571, que se hallaba estacionada a la vera de la carretera y, comoquiera que debajo de ella, reparándola, en aquel preciso momento se encontraba su conductor Arnulfo de Jesús Villa, a causa del accidente encontró su muerte por "traumatismo cerrado de tórax y abdomen, anemia aguda posthemorrágica, destracción de órgunos vitales como pulmón, riñón derecho, hígado y estómago", según determinó el protocolo de necropsia.

La demanda:

Con base en la causal 5ª del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, se impetra la revisión; pero, a pesar de que el recurrente

utiliza comillas, la enuncia así: "Cuando se demuestre que la sentencia condenatoria, se fundamentó en prueba inexistente".

Y, así motiva la realidad de su particular causal: Se edificó el auto de proceder (agosto 30 de 1983) en una serie "de especulaciones carentes de fundamento probatorio y contrariando a la misma ley procesal". Y, "el Tribunal Superior de Pereira, Sala Penal, sin mayores análisis, sin profundizar en el estudio de las probanzas evacuadas durante la etapa sumarial, imparte confirmación al auto de proceder".

Entra luego el memorialista a señalar, en un análisis eminentemente subjetivo, los resultados favorables para su representante de la etapa de la causa, y concluye afirmando que "se profirió la sentencia que puso fin a la primera instancia, no solamente acogiendo el veredicto, sino imponiendo pena privativa en contra del encausado de tres (3) —sic— años de prisión, sin mediar circunstancias para imponer una privativa superior al mínimo indicado por la norma legal vigente.

"Contra la sentencia de primer grado, se interpuso recurso de apelación, para ante el honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira y, esta Corporación, sin hacer esfuerzo mental alguno y sin adentrarse en un estudio de fondo, impartió, igual que lo hizo con el auto de llamamiento a juicio, confirmación a la sentencia".

"Con base en los anteriores hechos, acuso las sentencias de primera y segunda instancia,... por haber sido pronunciadas con violación a la ley sustancial por infracción directa, proveniente de apreciación errónea de la prueba, incurriendo, por consiguiente, en un error de hecho manifiesto".

Cita el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal, sobre "necesidad de la prueba", y el 247, "prueba para condenar", y concluye afirmando: Se violaron las normas citadas, "en virtud a que en el presente asunto, no existe otra prueba diferente, sobre responsabilidad penal, que la confesión del procesado", la cual le es favorable. "Consecuencialmente, se ha violado en forma directa una norma *sustancial*, en virtud a que se impuso una condena por un jurado popular y por los jueces de derecho, *sin existir la prueba plena de responsabilidad penal* y desconociendo el texto del artículo 264 del mencionado Código de Procedimiento Penal".

Hace el actor referencia al concepto de policía vial, favorable —así lo afirma— a su patrocinado y sostiene que "este concepto no fue desvirtuado en ningún momento", para concluir aseverando: "Precisamente en esto estriba la violación que se acusa, porque proviene de la apreciación errónea de la prueba: *Se examina la prueba existente y se llega a conclusiones totalmente contrarias a las obtenidas por el Juez Cuarto y el Tribunal*... Al señor Hernán Díaz se le condenó sin existir la prueba que exige el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal".

Y así finaliza su demanda de revisión: "Existe en las sentencias acusadas, violación a la ley *proveniente de apreciación totalmente errada de la prueba*, en atención a que se afirma que el impacto sucedió cuando el camión de placas NC-2571, ..., se encontraba fuera del carril de libre marcha, porque de haber sido así hubiera dado en la cuneta o zona verde aledaña a la vía.

"...Las pruebas en que fundamento la presente demanda de revisión para sustentar el recurso extraordinario de revisión. ...*están constituidas por el propio expediente...*"

Breves consideraciones de la Sala:

1. *Es la presente demanda de revisión una muestra cabal de lo que no debe ser ella, porque indudablemente que aquí se confunden, de manera ostensible, los fundamentos del recurso, o se echa voluntariamente mano de otros, nunca los propios, para intentar sacar avante la revisión. Si bien es verdad que se alude a un error de hecho, se olvida que este error debe ser descubierto a* posteriori *del proceso, porque ese es el único con capacidad suficiente para provocar un debate probatorio, tendiente a la anulación de la* res judicata. *Se hace caso omiso también de un predicamento sustancial en esta materia, cual es el de que debe tratarse de un "error judicial" de extrema gravedad,* no susceptible de ser subsanado por otro medio de impugnación.

Y no se trata de cualquier error. Sabido es que los errores judiciales son llamados in procedendo *e* in iudicando. *Con los primeros nada tiene que ver la revisión, pues son del exclusivo marco de la casación. Los segundos, que pueden ser de derecho o de hecho, también los cobija la casación, mas no de manera exclusiva. Los de derecho si le pertenecen por esencia, en tanto que los de hechos sólo los recoge el recurso extraordinario de casación cuando constituyen* violación indirecta de la ley sustancial. *Si no tienen ese contenido y alcance, tales errores de hecho, son del ámbito del recurso de revisión.*

En la infracción indirecta, el conculcamiento de la ley sustancial es mediato (violación medio, vulneración fin), o sea que el quebranto emana de la deformación del hecho juzgado, bien porque la prueba que lo constituye se piensa que existe, o existiendo se deja de apreciar, o porque se valora erróneamente. En esta forma de violación indirecta, se parte del entendimiento de que los hechos están plenamente probados, no estándolo; o, al contrario, que no están cabalmente demostrados, estándolo. En ambas situaciones, es claro, que el entendimiento se halla afectado por error patente de hecho o de derecho, determinante de la falta de aplicación o de la aplicación indebida de la ley sustancial en la sentencia.

Es el mismo actor el que se encarga de demostrar que el presunto error a que alude es una clásica violación indirecta a la ley sustancial. Por ello habla de que existió una "apreciación totalmente equivocada de la prueba", que, en el proceso respectivo, no existe "la prueba plena de responsabilidad penal". Y por ende alude a que se violaron los artículos 246, 247, 296 y 297 del Código de Procedimiento Penal y que tales vulneraciones condujeron *a la sentencia condenatoria que califica de injusta. Así las cosas, es evidente, que, de manera lógica y jurídica, es imposible arribar a una violación directa de la ley sustancial por error de hecho, salvo que se acuda al expediente inadmisible de que se sirvió el demandante de calificar normas eminentemente adjetivas como sustantivas.*

2. *Ha dicho la Corte:*

"Se denominan errores judiciales los que la doctrina llama errores in procedendo *y errores* in iudicando. *La revisión, como es lógico, no se ocupa de los primeros porque tienen su propio y específico medio de impugnación: La casación. Tampoco se ocupa de los segundos cuando conforman errores jurídicos, por la misma razón; pero, cuando se trata de errores de hecho, sólo le corresponde a la casación penal los que comportan violación indirecta de la ley. Todos los restantes son del exclusivo resorte de la revisión. Y, ¿cuáles son estos? Los que consolidan una oposición o disparidad manifiestas entre la verdad formal o la verdad probada que presenta el proceso y la verdad de lo que aconteció en la vida real o* realidad histórica *del hecho imputado. En este sentido comprende únicamente errores de hecho* in iudicando *de carácter histórico que conducen a demostrar que de haberlos conocido a tiempo el juzgador, el fallo no hubiera sido de condena porque la inocencia o irresponsabilidad del procesado frente al delito eran indubitables.*

"...De aquí que la Corte haya expresado siempre, con notable acierto:

"...'La revisión no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley; en este recurso el ataque es más a fondo...' (sentencia 12 de noviembre, 1943, LVI, 461).

"...'Mientras la casación tiende, pues, a la defensa y protección de la ley, la revisión protege y defiende la inocencia; y mientras aquella les garantiza a la sociedad y al acusado la legalidad de los fallos, ésta conduce al eventual levantamiento del castigo, cuando quiera que circunstancias especiales permitan entrever que el sentenciado pueda ser inocente... (sentencia 13 de mayo de 1954, LXXXIII, 627')..." (Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero, junio 15 de 1982).

3. *La prueba a que se alude en la demanda es, exactamente, la misma que obró en el proceso, hecho que es reconocido por el actor al afirmar que "las pruebas en que fundamento la presente demanda de revisión... están constituidas por el propio expediente". Por manera que, del libelo mismo, se concluye que no hay ni habrá lugar a demostración de que "la sentencia absolutoria o* condenatoria *se fundamentó en testimonio, peritación, documento o cualquiera otra* prueba falsa". *Esto lo sabía el demandante; de ahí que haya acudido, torpemente, a enunciar la causal 5ª del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, utilizando inclusive comillas, así: "Cuando se demuestre que la sentencia condenatoria se fundamentó en* prueba inexistente". *Y, por consiguiente, todo su esfuerzo se encaminó a buscar demostrar que no existía prueba para condenar, que Juez y Tribunal se equivocaron al apreciar la prueba, porque la obrante no conducía a las conclusiones a que arribó la sentencia, sino a la inocencia de su patrocinado, para sustentar lo cual realiza un enfoque naturalmente distinto al de los juzgadores de hechos y pruebas ya debatidos suficientemente en su oportunidad en el proceso.*

Olvidó el actor que la Corte carece de competencia para confrontar el juicio crítico del juzgador al criterio subjetivo del recurrente,

mas cuando la decisión atacada, por imperio legal, simplemente acoge el veredicto del jurado de conciencia.

Es del caso reiterar ahora lo que la Corte repetidamente ha sostenido: La cosa juzgada, que en lo penal no es un dogma de absoluta e incontrastable vigencia, exige para su desconocimiento de elementos muy precisos, indicados por la ley y la doctrina, los cuales desechan, con rotundo énfasis y en forma pacífica, la posibilidad de controvertir en este recurso extraordinario de revisión, la prueba considerada por el juzgador y que se mantiene en el mismo estado en que obró para la sentencia. Es que conceder un mayor o menor grado de credibilidad a un hecho probatorio es menester de los juzgadores de instancia, exclusivo de sus competencias y facultades discrecionales.

En el evento sub exámine *es obvio que, con posterioridad a la sentencia, el memorialista se abstiene de aportar, de seguro porque no existen, nuevas y distintas probanzas y, simplemente, arriba, sobre los mismos elementos de comprobación, a conclusiones diferentes a las del juzgador, todo con base en sus personalísimas reflexiones.*

Ha dicho, también, la Corte:

"El recurso extraordinario de revisión se ha establecido por el legislador, no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la ley, que es tema propio del recurso de casación; sino con el comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas dan lugar a una revisión del proceso. El recurso tiene como fin primordial la revisión de la investigación y la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada, en los casos en que se demuestre que alguno está cumpliendo una condena producida por un testimonio falso, testimonios, documento o prueba de cualquier clase, o cuando la sentencia —a juicio de la Corte— se haya obtenido con base en documentos o prueba secreta que no existía en el proceso, o cuando después de la condena aparecen hechos nuevos o se presentan pruebas no conocidas al tiempo de los debates que demuestren la inocencia o irresponsabilidad del condenado..."

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

"De donde se concluye que siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso extraordinario, no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley.

"Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión, limitadas a los objetivos que se puntualizaron" (Sentencia septiembre 2 de 1957, G. J., LXXXVI).

4. Finalmente, se duele la Sala de que, en la pretensión de que se disponga el trámite del recurso y la revisión de la sentencia, se acuda a malabarismos tales como colocar el Código de Procedimiento Penal, en cita que se presenta como textual, diciendo lo que no afirma, y al sentenciado condenado a una pena que en rigor no fue la impuesta. Eso fue exactamente lo que aconteció en este caso, donde se menciona torpemente el artículo 231-5 del Código de Procedimiento Penal, para que aparezca diciendo lo que conviene a la alegación, sin respeto alguno con el tenor literal de la norma, y cuando se afirma que Hernán Díaz Rodríguez fue condenado a tres años de prisión, cuando lo cierto es que lo fue a dos.

Es verdad que aquí no se trata de disponer o no la prosperidad de la demanda; pero, ante la total carencia de prueba viabilizante del trámite del recurso, se desestimará el libelo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *desecha*, por antitécnica, la demanda de revisión propuesta en favor de Hernán Díaz Rodríguez, en el proceso de marras.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD
USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS

El nuevo Código de Procedimiento Penal confiere al Juez Penal facultades extrapenales para el restablecimiento del derecho. Su actividad en ese sentido, cumplida en vigencia del estatuto procesal anterior, permite declarar por el principio de favorabilidad, que la conducta imputada no constituye infracción a la ley penal

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 063 del 4 de octubre de 1988.

Vistos:

Por auto del tres (3) de marzo de 1987, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, enjuició al señor *Petronio Castilla Novoa*, en su calidad de Juez de Viotá, por el delito de detención arbitraria.

Tramitado el recurso de reposición, se concedió subsidiariamente el de apelación, que ha sido tramitado conforme a la ley en esta segunda instancia, habiéndose escuchado el concepto del Fiscal de la Corporación quien solicita se revoque el auto impugnado y en su lugar se sobresea definitivamente al juez procesado.

La Corte procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

El proceso que da origen al que ahora se revisa, se inicia como consecuencia de la denuncia instaurada por la señora Hermenegilda Cante Pinzón, ante el Juzgado Penal Municipal de Viotá, presidido en ese momento por el doctor Petronio Castilla Novoa, el diecisiete (17) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), por considerar que la pacífica posesión que había mantenido durante diez (10) años de un predio rural de esa localidad había sido perturbado por la acción de Miguel Parra, quien en su concepto abusivamente ingresó a su propiedad construyendo ranchos y desalojando su ganado. Débese advertir que dicha propiedad es del Banco Cafetero.

El juez recibió la denuncia y de inmediato abrió proceso penal, practicando diligencia de inspección judicial al predio invadido al verificar la existencia de la perturbación. Pero en dicha diligencia se presentó el suegro del invasor Parra y solicitó un plazo de seis (6) días para desocupar voluntariamente el predio invadido, petición que fue aceptada por el funcionario judicial.

Al vencerse el plazo concedido y no haberse cumplido lo prometido, por auto de sustanciación ordenó comunicar a la policía para que desalojara a los invasores y destruyera los ranchos, operación que se cumplió en tres oportunidades, porque los invasores ante la acción de la fuerza pública, volvían a reconstruir sus ranchos.

En el auto cabeza de proceso se había ordenado por el ahora sindicado, la captura de Miguel Parra, quien se presentó voluntariamente al Despacho Judicial con un abogado para que lo representara. Sometido a indagatoria, se dictó auto de detención contra el mismo.

El defensor del procesado con base en las disposiciones de la Ley 2ª de 1984, solicitó la libertad provisional del sindicado, pero tal petición fue resuelta negativamente por el funcionario ahora indagado en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 de la mencionada Ley 2ª.

De acuerdo a las actuaciones realizadas en el proceso penal por invasión, el procesado fue denunciado por Alvaro Parra Cante, por considerar que había infringido los artículos 152 y 162 del Código Penal.

El concepto del Procurador Delegado:

El Procurador Delegado, solicitó la revocatoria del auto de proceder revisado por apelación y que en su lugar se decrete el sobreseimiento definitivo del sindicado, argumentando en su favor las siguientes circunstancias: Acepta el Procurador la existencia objetiva de los delitos de abuso de autoridad y detención arbitraria, pero considera que el sindicado actuó en situación de error invencible, al estimar que su actuación estaba fundamentada en las disposiciones respectivas del Código Civil y de Policía, que le obligaban a dar una adecuada protección al derecho de propiedad y que si no lo hacía así, tal como lo manifestó en su indagatoria, el problema se proyectaría de tal manera que finalmente se vería afectado el orden público, que sería bien aprovechado por los miembros del Partido Comunista.

Considera igualmente el Colaborador Fiscal que hoy en día la Ley 2ª en vista de los estudios doctrinales y jurisprudenciales que sobre ella se han hecho es suficientemente clara para los aplicadores de la misma, pero que en agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), cuando apenas iniciaba su vigencia dicha normatividad, existían muchas dudas y confusiones interpretativas y conceptúa entonces, que en virtud de tal estado real, el sindicado la explicó inadecuadamente, pero en situación o estado de error, porque consideró que como los ranchos habían sido reconstruidos varias veces, se había incurrido en reincidencia y por tal circunstancia estimó que cabía dentro de las previsio-

nes del artículo 45 de la Ley 2ª que mencionaba los casos donde era prohibido excarcelar, cuando existiesen sindicaciones por dos o más delitos intencionales. Son las anteriores una síntesis de las argumentaciones que lo llevan finalmente a pedir un sobreseimiento definitivo para el sindicado.

El auto revisado:

Se hace una interpretación sobre la Ley 2ª de 1984, entrada en vigencia poco antes de los hechos que son motivo de juzgamiento, afirmándose que en relación con el delito de invasión lo único procedente legalmente era la citación al sindicado, para oirlo en descargos y que por tanto al ordenarse la captura en el auto cabeza de proceso, incurrió éste en abuso de autoridad y considera que la conducta del sindicado puede ser ubicada en el artículo 152, pero que por el hecho de haberse presentado voluntariamente Luis Miguel Parra contra quien se había ordenado su captura, se incurrió por el sindicado en el delito de detención arbitraria, pues contravino lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 38 de la mencionada Ley 2ª.

Se considera por parte de la instancia que al ordenarse la destrucción de los ranchos por el doctor Castilla, se incurrió en abuso de función pública de acuerdo a lo previsto en el artículo 162 del Código Penal, pues en su condición de Juez Penal carecía de facultades para decretar la destrucción de la vivienda de la familia Parra, puesto que era a otras autoridades a quienes correspondía la toma de estas decisiones y por tanto "...ha de anticiparse un resultado abiertamente ilegal, pues se usurpan funciones, se altera la competencia, se echa mano de normas procesales inconvenientes e inválidas, y se termina incurriendo en actos arbitrarios e injustos".

Termina la instancia por reconocer un error invencible de parte del sindicado en relación con el delito de abuso de autoridad, explicable en una malformación profesional y en la creencia de la necesidad de hacer respetar el principio de autoridad y la propiedad privada, pero sin aceptar la misma hipótesis exculpativa en relación con el delito de detención arbitraria.

Débese destacar que la instancia analiza tres conductas presuntamente delictivas a saber: Detención arbitraria, abuso de autoridad y abuso de función pública. En relación a las dos primeras se pronuncia en la parte resolutiva, pero guarda silencio en relación con el delito de abuso de función pública.

Consideraciones de la Sala:

Realmente, desconcierto produce en la Sala la actuación del exfuncionario judicial sometido a proceso, porque pareciera más bien que su actividad oficial estuviera regida por sus personales criterios y no por los lineamientos legales señalados en la norma y el proceso que por invasión dio origen a éste, es una sucesión de actos ilegales y arbitrarios, puesto que están en contravía de especiales disposiciones legales. La Sala procederá a hacer una enumeración de las irregularidades advertidas en el proceso por invasión adelantado por el hoy pro-

cesado: a) En el auto cabeza de proceso se ordenó la captura del sindicado Miguel Parra, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 2ª en el que se hace una enumeración de los delitos por los cuales se puede librar orden de captura, disponiéndose a renglón seguido que "en todos los demás casos se citará al sindicado para rendir indagatoria. Si no compareciera para el cumplimiento de esta diligencia" y como el delito de invasión no aparece enumerado en dicha lista y está probado que el sindicado se presentó voluntariamente, era claro que se trataba de aquellos casos donde no era posible ordenar la captura del sindicado; b) En la diligencia de inspección judicial el titular del Despacho le concedió a los invasores un plazo de seis días para desocupar "...advirtiéndole que el día lunes treinta (30) de los corrientes, debe estar completamente desocupado ese terreno para que su tenedora Hermenegilda Canto Pinzón vuelva a tomar posesión de los mismos y de que si incumplen en lo más mínimo, serán desalojados por la policía las personas que allí se encuentren y luego derribados los ranchos, si fueren dejados..." La actividad del juez en esta diligencia es totalmente por fuera de los lineamientos legales, porque no es proceso penal un ordenamiento que ofrezca la oportunidad de dar plazos a los delincuentes cuando se advierta que se está cometiendo la infracción a una norma del Código Penal; c) El 31 de julio dictó un nuevo auto en el que se decía que conforme a constancia secretarial se sabía que los invasores no habían cumplido la desocupación durante el plazo dado, ordenaba la destrucción y desalojo de los invasores, dando a entender aquí nuevamente que el cumplimiento de la ley, cuando ésta ha sido infringida dependiera de la observancia de plazos inválidamente concedidos por el funcionario y que no están previstos en la ley en ninguna circunstancia; d) Por auto del seis (6) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) decretó la detención preventiva de Luis Miguel Parra Gómez, sin decidir su libertad provisional, de acuerdo al derecho que tenía conforme a lo previsto en los artículos 42 y 44 de la Ley 2ª; e) Por auto del ocho (8) de agosto decretó la captura de Rafael Amaya, Alvaro Parra, y René Parra, contraviniendo una vez lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 2ª; f) El ocho de agosto el apoderado del sindicado presentó solicitud de excarcelación en el que se le informa al juez que el delito por el cual se adelanta el proceso, es de los que se contemplan en el artículo 38 de la Ley 2ª, y solicita la libertad provisional en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la misma ley. Por auto de catorce (14) de agosto negó lo solicitado argumentando que el delito por el cual se había decretado la detención era de aquellos que excluían el beneficio de la libertad provisional, conforme a lo previsto en el artículo 45 de la Ley 2ª, en virtud de la persistencia del sindicado en la realización del hecho punible y que por tanto encajaba en lo regulado en el numeral 13 del artículo 66 del Código Penal.

Finalmente el sindicado recobró su libertad el once (11) de septiembre, luego de que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Girardot, hubiera revocado el auto por medio del cual, el ahora procesado había negado conceder la libertad provisional.

Se observa entonces por la enumeración que se ha hecho con anterioridad, que las actuaciones realizadas por el sindicado fueron

glorales y que todas ellas se identifican por la ilegalidad que las caracteriza y que concluyó finalmente con la indebida detención de un ciudadano por algo más de un mes.

La conducta del ahora procesado pareciera más la de un funcionario policivo, que la de un juez, porque la realidad es que trata de justificar su comportamiento aduciendo circunstancias de orden público y de conveniencia en la región, además de considerar que era indispensable proteger la propiedad privada vulnerada en ese momento, hacer respetar el principio de autoridad, así para ello tuviese que desconocer la totalidad del ordenamiento jurídico existente.

A pesar de las conductas realizadas por el funcionario ahora procesado, fueron múltiples, ellas podrían reducirse a dos a saber: a) Haber realizado funciones señaladas a otros funcionarios; y b) Haber decretado arbitrariamente la detención preventiva del sindicado.

La actividad del funcionario procesado es irregular porque actuó contra las previsiones legales, cuando, verificada la existencia de una infracción a la ley penal concedió plazos para la desocupación y posteriormente cuando decretó el desalojo y la destrucción de los ranchos como claramente lo expresó en auto del 31 de julio cuando sostuvo: "En vista del informe anterior y teniendo en cuenta el plazo o término que este juzgado concedió a los invasores, para desocupar el predio ocupado y derribar los ranchos allí construidos, que lo fue hasta el día de ayer lunes 30 de los corrientes y que según el informe de la denunciante no han cumplido, se dispone solicitar de la policía acantonada en esta localidad, el inmediato desalojo y destrucción de los ranchos, existentes o construidos dentro de los terrenos invadidos, evitando desde luego todo enfrentamiento de graves consecuencias".

Se sostenía con anterioridad que el comportamiento del ahora procesado parecía más bien el de un funcionario policivo y no de la Rama Jurisdiccional; y no a otra conclusión se puede llegar si se observan las reflexiones formuladas en la diligencia de indagatoria cuando sostiene: "Estas pues eran las intenciones de los invasores, ya no había ninguna otra forma sino de limitar que la invasión siguiera y que se formara un problema de orden público mayor, por eso fue que se le dijo a la Policía que mantuviera el sitio desocupado y que le diera la posesión nuevamente a la señora Hermenegilda Cante..."; "...pero fue en la misma indagatoria en donde aparece un desconocimiento total a la autoridad..." y más adelante: "...En cuanto a que se ordenó la captura era que el señor en primer lugar no había cumplido con el compromiso que le impuso la Inspección de San Gabriel, ni después de los seis (6) días que se le dieron de plazo no desocupó pero tampoco se presentó a arreglar su situación en el juzgado, y en un proceso además de las citaciones son muchas las razones que deja la policía con los vecinos dándole la razón de que se presenten ante la autoridad lo más pronto posible y muy contrario a esto, está en primer lugar la declaración de Alvaro Cante que hizo por tercera persona o sea por boca de la señora Hermenegilda Cante en la ampliación de su denuncia, que a mí me parece que es la más grave de todas porque el desconocimiento de la autoridad sobre todo en una comunidad como Viotá se acabaría el Gobierno y la estructura económica que nos rige, si en

un momento de estos no se caracteriza la autoridad termina cediendo y... En verdad a mi me parecía que estas invasiones era necesario detenerlas como una convicción íntima que tengo del problema".

No pueden aceptarse como válidas para efectos del desconocimiento de precisas previsiones legales, que el funcionario pueda aplicar la ley sobre presupuestos y consideraciones puramente personales ejecutando el procedimiento como le venga en gana y si bien es cierto que su conducta, sobre todo por el respeto al principio de autoridad haya podido estar influida por su antigua formación castrense, puesto que se trata de un Excoronel del Ejército, ello no es suficiente para considerar que tal formación cultural lo lleve a una situación de inculpabilidad por la existencia de un error invencible, porque al mismo tiempo es un abogado y como juez debe primar su función jurídica sobre la castrense.

Es evidente que *en el momento en que se realizaron las conductas que son motivo de investigación, el funcionario sindicado realizó actuaciones de carácter policivo y atribuidas a los jueces civiles de manera preferencial; porque si bien es cierto que entre los facultades de los jueces estaba la de restaurar o restablecer el derecho vulnerado, éstas no se explican suficientemente, como sí lo están en el nuevo Código de Procedimiento Penal en su artículo 14, que consagra como uno de los principios rectores, el restablecimiento del derecho, como un deber del juez penal, a quien se confieren facultades extrapenales, para que en la medida de lo posible las cosas vuelvan al estado anterior en que se encontraban antes de la realización del hecho ilícito, y en desarrollo de este principio se consagra la acción restitutoria del objeto material para la víctima (art. 52) y la cancelación de registros falsos (art. 53) normas tendientes a que las víctimas obtengan el restablecimiento del derecho cuando éste fuese posible como consecuencia de la perturbación que se les ha inferido con la conducta delictiva.*

Dentro de esta orientación es claro advertir que en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal el juez adquiere funciones extrapenales no suficientemente precisadas en vigencia del anterior estatuto procesal y hoy en día, un juez penal, sin violar la ley, podría ordenar el desalojo de los injustos invasores, porque como se sostuvo en sentencia de Sala Plena al declararse la inconstitucionalidad parcial del artículo 53: "Se trata de una forma de resarcimento del daño que tiende a restablecer el quebranto que experimenta la víctima del hecho punible mediante la restitución originaria de los bienes objeto material del delito. Pero la orden del Juez Penal y su ejecución no agotan el deber indemnizatorio del procesado de quien puede exigirse el pleno resarcimiento del daño en el proceso penal mediante la constitución de parte civil, o en proceso civil una vez decidida la responsabilidad penal".

"No se puede cuestionar entonces el deber que le impone la ley al juez al ordenar la cancelación de los registros espurios, simplemente por ser una función que tradicionalmente cumplía el juez civil en el correspondiente proceso de nulidad del acto jurídico vertido en el documento adulterado, ya que en razón del principio de la unidad de jurisdicción al juez penal se ertiende la competencia para decidir sobre

cuestiones civiles vinculadas con el hecho punible y por tanto complementarias con la defensa jurídica y social del crimen" (Sentencia de diciembre 3 de 1987).

Si la actividad realizada en su momento por el funcionario ahora procesado, es legalmente permisible, es lógico concluir que se trata en este caso de una norma favorable a los intereses del procesado y que por tanto se ha de dar aplicación retroactiva a la misma, y declarar en relación a ella, que la conducta imputada no constituye infracción a la ley penal, debiéndose entonces dictar auto de sobreseimiento definitivo por este delito sobre el que no se hace pronunciamiento en el auto revisado.

El Tribunal de instancia en la parte motiva habla de abuso de autoridad y abuso de función pública, pero en la parte resolutiva sólo decide con relación al primero por considerar que actuó en situación de inculpabilidad por existencia del error.

Considera la Sala que en realidad todas esas conductas irregularmente realizadas o se ubican en la detención arbitraria o en abuso de función pública, sin que pueda pensarse en la existencia de otra ilicitud.

En las condiciones anteriores se modificará el sobreseimiento definitivo en el sentido de que éste lo será por el delito de abuso de función pública y por las consideraciones procesalmente formuladas.

La tercera actividad efectuada por el procesado ordenando la captura de varias personas en el proceso que adelantaba en su Despacho y de haber privado efectivamente de la libertad al ciudadano Luis Miguel Parra Gómez, contraviniendo de esta manera expresa disposiciones legales contempladas en la Ley 2ª de 1984 y en el Código de Procedimiento Penal.

Para los efectos de la represión penal es preciso rechazar la posibilidad de que la conducta del funcionario ahora procesado hubiera podido estar guiada por un error invencible, porque la verdad es que las normas relacionadas con este aspecto son sumamente claras y no siendo ello suficiente, le fueron puestas de presente por el apoderado del sindicado y que bien le hubieran podido servir para rectificar el error que estaba cometiendo, pero nuevamente y posiblemente influido por su formación castrense en defensa del principio de autoridad decidió desconocer la ley, privando ilegalmente de la libertad a una persona, razón por la cual débese confirmar el auto de proceder en relación con el delito de detención arbitraria definido y sancionado en el artículo 272 del Código Penal.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Primero: Confirmar el auto de proceder proferido contra el doctor Petronio Castilla Novoa, por el delito de detención arbitraria.

Segundo: Modificar el sobreseimiento definitivo dictado por el delito de abuso de autoridad, para que la misma decisión se tome en relación con el delito de abuso de función pública y por las consideraciones formuladas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

PRUEBA

Aspectos atinentes a la validez y a la valoración de la prueba trasladada

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado: Acta número 63 de octubre 4 de 1988.

Vistos:

El Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá mediante sentencia de 17 de septiembre de 1986 condenó al procesado *Conrado Grisales Misas* como autor responsable del delito de abuso de confianza a la pena privativa de la libertad de dieciséis (16) meses de prisión, en abstracto al pago de los perjuicios causados con la infracción, accesorias de ley y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional. El Tribunal Superior de la misma ciudad en fallo de mayoría de fecha 18 de diciembre de 1987 confirmó integralmente el de primera instancia.

Hechos y actuación procesal:

Se hallan sintetizados en autos de la siguiente manera:

"El denunciante Luis Carlos Moreno Macallister y el sindicado Conrado Grisales Misas, acordaron importar automóviles BMW y camionetas Subaru de la República de Panamá, para vender en esta ciudad. Para tal efecto el primero se comprometió a conseguir los clientes para su venta y el segundo a tramitar todo lo relacionado con la importación de los automotores. Por diversas causas no pudieron cumplir con los diversos clientes que consiguió en esta capital Moreno Macallister, a pesar de que aquellos le entregaron dineros por valor un poco superior a los tres millones de pesos, como cuota inicial. A su turno, el denunciante le entregó a Conrado Grisales Misas una suma cercana o un poco superior a los dos millones de pesos para la traída de los automóviles, *lo cual no ocurrió* viéndose precisado Luis Carlos Moreno Macallister a devolver los dineros a los clientes con el reconocimiento de intereses por perjuicios. Así las cosas, formuló denuncia en contra de Conrado Grisales Misas por hechos atentatorios contra el patrimonio económico".

Con base en la denuncia presentada por Moreno Macallister el Juzgado 43 de Instrucción Criminal inició la correspondiente investigación penal y en ella se oyó a Grisales Misas en declaración indagatoria y se dispuso su libertad con presentaciones personales cada quince días ante el funcionario instructor.

Recepcionadas numerosas pruebas testimoniales y documentales, con fecha 22 de abril de 1983 se declaró cerrada la investigación y mediante providencia de 7 de julio siguiente se sobreseyó temporalmente al procesado. En la nueva etapa instructiva se practicó diligencia de inspección judicial en el Banco Tequendama y se trasladaron algunas pruebas del proceso que cursaba en el Juzgado 31 Penal del Circuito contra Luis Carlos Moreno y que el instructor en este asunto consideró pertinentes en el curso de la diligencia de inspección judicial practicada en el referido despacho judicial.

Estas pruebas, fueron fundamentales para que el juzgado del conocimiento en nueva calificación del mérito del sumario, con fecha 16 de mayo de 1984, llamara a responder en juicio criminal a Conrado Grisales Misas por el delito de abuso de confianza, decisión que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá según providencia de 15 de abril de 1985.

Verificada la audiencia pública, el Juzgado 34 Penal del Circuito y Tribunal Superior de Bogotá dictaron los fallos a que se hizo referencia al inicio de esta providencia, siendo recurrida en casación la segunda. Admitido el recurso por auto de 26 de mayo del presente año, se presentó demanda de casación, la cual fue declarada ajustada a los preceptos legales por auto de 28 de julio último.

La demanda:

Con invocación de la causal primera de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior, aplicable a este caso, el actor presenta dos cargos contra la sentencia impugnada, por violación indirecta de la ley sustancial, los que sintetiza de la siguiente manera:

Cargo primero:

"La sentencia que se acusa en casación fue dictada sobre un error de derecho, por vicios en la aducción de la prueba al proceso, por falso juicio de legalidad del sentenciador".

"La prueba viciada por error de derecho es la declaración testimonial del señor Conrado Grisales López, padre de Conrado Grisales Misas, que fue rendida el cinco de septiembre de 1983, ante el Juzgado 74 de Instrucción Criminal de Bogotá, dentro del proceso número 3041, en el que figura como sindicado Luis Carlos Moreno".

"Esta prueba fue trasladada al proceso contra Conrado Grisales Misas, en la diligencia de inspección judicial adelantada por el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal, en el Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá".

Dice el memorialista que la sentencia acusada tiene únicamente dos bases probatorias que la sustentan:

La prueba testimonial de Conrado Grisales López y la diligencia de inspección judicial practicada en el Banco Tequendama.

Respecto de la primera advierte el censor que dicho testimonio "se convirtió en prueba de cargo contra Conrado Grisales, quien era el sindicado en el proceso al que se trasladó...", prueba esencial y fundamental para la condena de éste, la cual proviene de su propio padre, lo que constituye una violación del artículo 239 del Código de Procedimiento Penal que establece que "toda persona que vaya a ser indagada o a quien se vaya a recibir testimonio", se le debe advertir el derecho que le asiste para guardar silencio respecto de él y de sus parientes más cercanos.

Advierte igualmente que una vez trasladada la prueba el testimonio de Grisales López se convirtió en testimonio incriminatorio contra su propio hijo y ello se deduce de la actuación de la parte civil y de los fallos de los juzgadores de instancia, lo cual, constituye la manifiesta inobservancia de la norma procedimental citada que tiene apoyo en el artículo 24 de la Carta.

Siendo ello así, agrega el casacionista, cuando las reglas de aducción de la prueba son violadas por el juzgador y sobre ellas se edifica un fallo condenatorio, se incurre en error de derecho por falso juicio de legalidad.

Se responde:

Es absolutamente cierto lo afirmado por el recurrente en cuanto que es la propia Constitución Nacional la que en su artículo 25 consagra el derecho a que "nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de Policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad".

Por ello, como bien lo apunta la Delegada, "aunque toda persona está obligada a rendir testimonio en el proceso penal la ley contempla algunas excepciones, entre ellas la de parentesco con el procesado. En estas condiciones, sólo se puede recibir la declaración contando con su anuencia y luego de que el funcionario le ha hecho conocer el derecho que tiene a guardar silencio".

En punto a la prueba trasladada debe precisar la Sala los aspectos atinentes a su validez y a su valoración. Así en cuanto a lo primero se impone su examen en relación a la forma como fue ordenada y practicada en el proceso inicial de donde se traslada, para efecto de establecer su legalidad y que en el presente caso no ofrece ninguna duda, como tampoco lo tiene el acto judicial mediante el cual se trasladó de aquél a este proceso que hoy se revisa.

Además, es fundamental dentro de las garantías elementales del proceso que la prueba trasladada, tenga su oportunidad de ser controvertida lo cual ocurrió ampliamente en este caso, pues ella se incorporó

al expediente válidamente en la etapa del sumario, con lo que se demuestra la posibilidad real de controversia en torno a ella dentro del debate.

Ahora bien, como el recurrente sustenta el error de derecho alegando vicios de aducción de la prueba, sobre la base de que se violó el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, debe advertirse en primer término que la ley no exige ratificación de la prueba trasladada, como parece exigirlo el censor y además en cuanto a la posibilidad de incorporación y valoración de tal prueba nada se opone a ello cuando en la misma, como en el caso que ocupa a la Sala, el declarante sólo narra aspectos objetivos de una transacción sin hacer acusación directa ni indirecta contra el procesado.

En el presente caso, dicha violación no se configura ya que, dentro del proceso que se sigue a Luis Carlos Moreno, el señor Conrado Grisales López fue citado con las formalidades legales para rendir testimonio e informar a la justicia todo lo relacionado con la importación y nacionalización de varios vehículos BMW traídos de Panamá. En dicha diligencia no podía hacer el instructor la advertencia a que alude el recurrente, ya que Conrado Grisales Misas no tenía la calidad de parte dentro del proceso ni la versión solicitada por aquél, iba enderesada a la supuesta incriminación de su propio hijo. La referencia que se hace en el desarrollo de la declaración respecto de Grisales Misas, es producto de las explicaciones dadas por su padre frente a los trámites realizados para la legalización de la importación de los vehículos adquiridos en el exterior por éste y no como lo deduce el casacionista, con fines probatorios contra Grisales Misas y, consecuencialmente, con violación de la disposición constitucional.

Por ello, tal diligencia no puede tacharse de violatoria de los derechos legales y constitucionales de Grisales Misas, pues, la ley lo que impone es la obligación del juez de advertir al declarante sobre la facultad que le asiste para abstenerse o no de declarar contra sí mismo o contra cualquiera de sus familiares en los grados taxativamente indicados en el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal.

Y si Grisales López en su exposición libre y espontánea no presentó incriminación alguna a persona determinada, no puede inferirse de ella el desconocimiento de la ley por parte del instructor con la fuerza suficiente para predicar su inexistencia. De tal diligencia solamente aparece con claridad, la forma como realizó la negociación de los vehículos, distinta de aquella en que se habían comprometido Moreno Macallister y Grisales Misas y que éste en forma manifiesta o voluntaria incumplió.

Ahora bien, la ya referida prueba se trajo a este proceso con ocasión de la diligencia de inspección judicial practicada por el instructor al proceso radicado en el Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá contra Luis Carlos Moreno, es decir, con las formalidades legales y tanto ella como los demás documentos que se fotocopiaron, fueron objeto de pronunciamiento por parte del juez en el segundo calificatorio, es decir, tanto el procesado como su defensor, tuvieron la oportunidad procesal de controvertirla en la etapa del juicio, lo cual

indica que al ser apreciada por los juzgadores de instancia, en la forma establecida en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, valoración desde luego que se acompañó con otras pruebas como la diligencia de inspección judicial practicada en el Banco Tequendama.

A estas dos pruebas hizo especial referencia el Defensor del procesado al momento de recurrir el auto vocatorio a juicio y fueron debidamente analizadas por el Ministerio Público y el Tribunal Superior al desatar la alzada, no sin antes advertir la Corporación que en la etapa probatoria del juicio la defensa tenía la oportunidad de colmar sus aspiraciones tendientes a demostrar la inocencia de su patrocinado.

En los fallos definitivos (sentencias) de primera y segunda instancia, los juzgadores tuvieron especial cuidado de analizar las pruebas que el actor censura y, si bien es cierto que el pronunciamiento de segundo grado se detiene exclusivamente a demostrar la legalidad y procedencia de la prueba controvertida, también lo es que la presunta falta de motivación que pone de presente el actor, es aparente, pues, en ella se refiere además a los elementos de convicción que tuvo el juez de primera instancia en su decisión para llevar a la certeza de la responsabilidad penal del procesado. De ahí que se haya consignado que "...tanto el aspecto objetivo o material, como la imputabilidad y consiguiente responsabilidad penal de aquél, se comprobó plenamente con los elementos de convicción que en lo sustancial se han dejado reseñados en esta providencia, *compartiendo la Sala las juiciosas apreciaciones del* a quo *en la sentencia materia de análisis*".

La censura no prospera.

Segundo cargo:

"La sentencia que se acusa en casación fue dictada sobre un error de hecho por errónea apreciación de una prueba, por falso juicio de identidad del sentenciador".

"La prueba viciada por error de hecho, es la inspección judicial adelantada ante el Banco Tequendama, Oficina Principal de Bogotá".

"En dicha diligencia se examinó la documentación de dos cartas de crédito, las número ELC01-5476 y número LC01-5477".

"De dicha inspección se estableció que dichas cartas de crédito se abrieron a nombre de Conrado Grisales López, padre del sindicado, con destino a una zona franca. Y que fueron reembolsadas por el mismo Grisales López".

Para demostrar el cargo, el actor aduce que "tanto el Tribunal, como con anterioridad el juzgado de competencia, apreciaron erróneamente la prueba mencionada, dándole un alcance que no tiene. Dedujo que, como las cartas de crédito fueron abiertas por Don Conrado Grisales López y no por Conrado Grisales Misas, se trataba de vehículos diferentes; y que los BMW importados y pagados por medio del Banco Tequendama no podían ser los que se destinarían a cumplir el acuerdo social acordado con Moreno Macallister".

En conclusión, el casacionista advierte que el Tribunal en su fallo parte de una premisa equivocada al aseverar que Grisales Misas debía ser el importador de los vehículos y que de esa misión no podía encargar a nadie. Y que si un tercero asumía los trámites bancarios y de importación, forzosamente se estaba frente a un engaño. Desconoció el Tribunal que Grisales Misas no se comprometió con Moreno Macallister a efectuar directamente el diligenciamiento y que desde la misma diligencia de indagatoria su representado entregó al Juzgado los documentos que respaldaban su aserto sobre que los automóviles que se encontraban en zona franca, estaban destinados para cumplir con el compromiso adquirido con el denunciante.

Se responde:

La Sala hace suyos los planteamientos de la Delegada cuando afirma que "es evidente que si tomáramos solitariamente la prueba que aduce el censor, su impugnación podría prosperar ya que, como lo señala, el hecho de encargar a otra persona de la importación y nacionalización de los vehículos, no reñía con el compromiso adquirido. Deducir lo contrario, en verdad podría dar lugar al falso juicio de identidad señalado en la demanda".

"Sin embargo, no fue esta la única prueba que sirvió de base para el fallo condenatorio. Ella se complementa eficazmente con el testimonio del padre del procesado, que confirma con absoluta claridad cómo el vehículo que él importó y nacionalizó nada tenía que ver con el negocio que su hijo tenía con el denunciante. Por consiguiente, si el procesado acudió a este vehículo ajeno para solucionar el problema de su incumplimiento, era porque los que debía haber importado y no importó, no los tenía consigo por la sencilla razón de no haber tenido la intención de cumplir con el negocio, estructurándose el abuso de confianza respectivo".

Finalmente el actor destaca que: "Existe el acta de transacción que, permitió el desistimiento de la acción civil; en la que claramente se establece que Conrado Grisales Misas entrega a Moreno Macallister un vehículo, de los que adquirieron con las cartas de crédito del Banco de Tequendama".

Al respecto cabe anotar que a folio 148 del cuaderno principal aparece fotocopia de la transacción realizada el 1º de junio de 1982, esto es, cuando ya se hallaba en curso la investigación penal y tres (3) días después de haber rendido indagatoria Conrado Grisales Misas Este documento fue suscrito no solamente por el denunciante y procesado, sino que, los hermanos de éste Mario y Augusto Grisales Misas, quienes nada tenían que ver con la inicial negociación. Tal acuerdo fue igualmente incumplido por el procesado ya que el Juzgado 34 Penal del Circuito, luego de oír al denunciante y a su apoderado, mediante providencia de 13 de diciembre de 1982 rechazó el desistimiento de la acción civil que se presentara con base en el acuerdo suscrito entre las partes, pues tal negociación resultó fallida y constitutiva de un nuevo engaño para la parte afectada con la infracción.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar el fallo de fecha, origen y naturaleza ya precisados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

1º REBELION

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

Algunos de los tipos penales contemplados en el denominado Estatuto para la Defensa de la Democracia, constituyen figuras de menor rango que pueden hacer parte estructural del tipo penal de rebelión, como es el caso del artículo 13. Mientras que conforme al artículo 127, los hechos punibles no cometidos en combate o que impliquen actos de ferocidad, barbarie o terrorismo por parte de los rebeldes, dará lugar a un concurso efectivo de tipos entre rebelión y los demás hechos punibles

2º SEDICION. REBELION

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

En el Estatuto para la Defensa de la Democracia el Ejecutivo de manera inconsistente, incluye comportamiento no necesariamente terrorista o tipifica figuras delictivas en las cuales exaspera las penas, pero que hacen parte de la dinámica de los delitos de rebelión y sedición, mientras para estos mantiene un tratamiento de benevolencia

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada: Acta número 64 de octubre 11 de 1988.

Vistos:

Procedente del Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Chinchiná (Caldas), ha llegado a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el proceso adelantado contra *Nicolás Calle Guerra* y *Gildardo Antonio Ramírez*, con el fin de que esta Corporación dirima la colisión de competencias negativa suscitada entre el aludido Juzgado y el Juzgado Especializado de Manizales.

Compete a la Corte resolver el incidente, atendiendo el conocimiento excepcional que tiene el Juzgado Especializado de asunto que corresponde a la jurisdicción de orden público. Si bien el Juzgado Especializado pertenece a la jurisdicción ordinaria y por lo tanto las controversias que se traben entre juzgados de tal categoría y los Juzgados de Instrucción Criminal deberían ser resueltos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial a que pertenecen, también lo es que en casos como el presente el Juzgado Especializado por virtud del artículo 24 del Decreto 474 de 1988, actúa en procesos de conocimiento de Juzgado de Orden Público, lo que hace que por el principio funcional y atendida una interpretación sistemática, se le dé el mismo tratamiento que les asiste a los Juzgados de Orden Público. Por lo anterior y de conformidad con el artículo 16 del Decreto 474 referido, es a la Sala de Casación Penal de la Corte a quien corresponde dirimir el conflicto planteado.

Hechos y actuación procesal:

El sujeto Nicolás Calle Guerra fue capturado en la población de Chinchiná (Caldas), el 20 de julio del presente año, por haberse encontrado en su poder propaganda alusiva al grupo subversivo denominado Movimiento 19 de Abril (M-19), así como una pistola marca Remington de 9 m.m., arma de uso privativo de las Fuerzas Militares, un proveedor y munición para la misma. En el interrogatorio a que fue sometido, el aprehendido admitió ser miembro del referido movimiento, señalando la manera como se vio involucrado en el mismo, y con su colaboración se produjo la retención de otro procesado Gildardo Antonio Torres Ramírez (alias Mauricio), quien indicó el lugar (finca Bonanza - Cerritos Risaralda), donde se escondía un arsenal dejado allí por otro miembro de la agrupación de insurrectos. En efecto, en el lugar señalado se encontró una pistola sin marca, tres proveedores y numerosa munición de distinto calibre, algunas de ellas para arma 9 m.m. El Comandante de la Sijín de Policaldas, puso a disposición del Juzgado 21 de Instrucción Criminal de Manizales a los retenidos, así como los elementos incautados. El Juzgado de Instrucción Criminal remitió las mismas personas y elementos puestos a su disposición al Juzgado Especializado de Manizales, al considerar que se trataba de hechos delictivos contemplados en el Decreto 180 de 1988.

El Juzgado Especializado de Manizales inició la correspondiente investigación y luego de oír en indagatoria a los sindicados, les resolvió situación jurídica profiriendo en su contra medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva. Por auto posterior, remitió la actuación surtida al Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Chinchiná (Caldas), al considerar que éste era el competente para conocer del proceso, provocando en la misma decisión, colisión de competencias negativa si no fueren aceptadas sus razones. Como no lo fueron por el Juzgado de Instrucción mencionado, según auto del veintinueve (29) de agosto pasado, se trabó el conflicto de competencias, que dirime esta Corporación.

Fundamentos del incidente:

1º Con apoyo en jurisprudencia del Tribunal de Orden Público (auto de julio 26 de 1988), el Juez Especializado de Manizales, considera no ser el competente para conocer del proceso seguido contra Calle Guerra y Torres Ramírez, con el argumento, de que los sujetos en mención pertenecen a "grupos u organizaciones rebeldes". A la anterior conclusión llega el funcionario, de las versiones de los sindicados, al decir que la propaganda que fuera incautada, y que considera él con ideas foráneas que ponen en peligro nuestras instituciones, tenía como finalidad publicitar un recién creado grupo subversivo denominado "Sendero Miliciano", supuesta fracción del Movimiento 19 de Abril (M-19). Ubica la conducta de los procesados en el tipo penal de la rebelión, sin destacar los elementos descriptivos y subjetivos que integran tal delito, en las conductas investigadas, y tomando de la jurisprudencia en que se apoya, el hecho de que los rebeldes deben ser juzgados por la justicia ordinaria por dicho delito y los conexos, pretende trasladar la competencia al Juzgado de Instrucción Criminal de Chinchiná (Caldas).

2º La providencia del Juez de Instrucción de Chinchiná (Caldas), parte de admitir la existencia del delito de rebelión y la conexidad de los delitos descritos en los artículos 4 y 13 del Decreto 180 de 1988, resolviendo el problema procesal que se suscita, con el argumento de que la competencia radica en el Juzgado Especializado por razón de la conexidad.

Consideraciones de la Corte:

En reciente ocasión tuvo la Sala oportunidad de precisar los alcances del denominado "Estatuto para la Defensa de la Democracia", en lo relativo a la competencia del Tribunal de Orden Público y de los jueces pertenecientes a esa Jurisdicción Especial. En ese momento se sostuvo:

1º La creación de la Jurisdicción Especial integrada por el Tribunal de Orden Público y los Jueces Especializados, obedece a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social:

2º Por ello el legislador extraordinario otorgó competencia a esta Jurisdicción Especial para conocer y fallar, a) de aquellos delitos específicamente terroristas, distinguibles por la finalidad o ingrediente subjetivo —realizado con fines terroristas—, lo cual a contrario sensu, *deja dentro de la competencia ordinaria los mismos hechos realizados con distinta finalidad (verbigracia el homicidio con fines terroristas será competencia de la Jurisdicción Especial, al tiempo que el homicidio con fines posionales será competencia del Juez Superior); b) de otros delitos sin consideración a la finalidad o motivo de la delincuencia, con lo cual tales hechos punibles quedan excluidos de la competencia de la justicia ordinaria.*

3º Con relación al primer grupo de hechos punibles, esto es, aquellos que sólo son de competencia de la jurisdicción especial en cuanto tengan finalidad terrorista, se precisa además que: "En principio, su instrucción le corresponde a los Jueces de Orden Público y sólo, luego de que con la investigación se demostrara que las motivaciones del delito fueron diversas a las estrictamente terroristas, se podrá enviar el proceso para que sea conocido por los jueces de la competencia ordinaria.

4º Y que en caso del delito de homicidio con fines terroristas, cuando su conocimiento corresponde a la Jurisdicción Especial se entiende que el legislador extraordinario eliminó el mecanismo procesal del jurado de conciencia.

5º Con relación al fenómeno de la conexidad, precisa la Corte su criterio de que la regla general de competencia para conocer de los delitos conexos, fue suspendida por el Estatuto para la Defensa de la Democracia, entendiéndose que prevalece la competencia de la Jurisdicción Especializada, sobre la ordinaria (art. 52, Decreto 180 de 1988 y art. 2º, numeral 2º del Decreto 474 de 1988).

Claro está que la anterior precisión sobre la conexidad, no tiene la virtud de desdibujar hipótesis delictivas como la de la rebelión (art. 125 del C. P.), en cuanto algunos de los tipos penales contemplados en el denominado Estatuto para la Defensa de la Democracia, constituyen figuras de menor rango que pueden hacer parte estructural del tipo penal de rebelión, como es el caso del artículo 13 que sanciona la "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional", esto porque quien realice tal actividad dentro del ámbito delictivo de la rebelión, esto es, "los que mediante empleo de las armas *(Subraya la Sala) pretenden derrocar al Gobierno Nacional, incurrirán en prisión de tres (3) a seis (6) años", (125), no se les podrá imputar la particular hipótesis delictiva del artículo 13 del Estatuto para la Defensa de la Democracia, sino que deben ser procesados por el delito de rebelión, cuya competencia se mantiene en la justicia ordinaria en cabeza de los Jueces Superiores.*

A tal conclusión arriba la Sala guiada por los principios básicos del derecho penal, así, predicar lo contrario implicaría la aceptación de la existencia de un concurso efectivo de tipos penales entre las hipótesis delictivas de la rebelión (125) y el artículo 13 del Estatuto para la Defensa de la Democracia, lo cual contendría clara violación al principio universal del non bis in idem. *Se trata entonces de un aparente concurso de normas que obtiene plena resolución en el principio de la consunción, —*lex consumens deroga legis consumptae*— esto es, entre la posibilidad de aplicar dos tipos penales que se contienen entre sí, se impone la aplicación de aquél que implica una mayor relevancia jurídica y riqueza descriptiva, sobre aquél de menor jerarquía.*

La resolución de este aparente concurso no tiene nada que ver con la hipótesis del artículo 127 que señala que "los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a penas por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo", esto porque el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y realizado por rebeldes conforme al artículo 125,

siempre será rebelión, ya que es de la estructura típica de este delito el uso de las armas, mientras que conforme al artículo 127, los hechos punibles no cometidos en combate o que impliquen actos de ferocidad, barbarie o terrorismo por parte de los rebeldes, dará lugar a un concurso efectivo de tipos entre rebelión (125) y los hechos punibles tales como muertes, lesiones personales, secuestros, cometidos fuera de combate o dentro de él en circunstancias de ferocidad, barbarie o terrorismo, y la competencia en tales casos le corresponderá a la jurisdicción especial conforme a las reglas ya definidas por la Corte.

Debe pensarse además, que la solución así planteada por la Sala permite la aplicación del artículo 13 del Estatuto para la Defensa de la Democracia y de aquellos que le sean conexos, en todas las hipótesis en que se importen, fabriquen, porten, reparen, almacenen, conserven o adquieran o suministren armas, sin permiso de autoridad competente, con finalidad distinta a la rebelde o sediciosa, siendo entonces el conocimiento de competencia de la Jurisdicción Especial de Orden Público.

Necesario es resaltar la inconsistencia del Ejecutivo como legislador extraordinario, pues por un lado mantiene vigente la estructura básica con tratamiento punitivo benigno de los delitos políticos, tales como la rebelión y la sedición (arts. 125 y 126 del Código Penal) y por otro, con el propósito de defender la democracia incluye dentro del Decreto 180 de 1988, comportamientos no necesariamente terroristas, o tipifica figuras delictivas en las cuales exaspera las penas, pero que hacen parte de la dinámica de los delitos de rebelión y sedición, que por esta razón y por no haberse previsto específicamente su forma concursal, carecen de aplicación autónoma, llegándose tan sólo a la vigencia favorable de los delitos políticos y excluyéndose lo pertinente a la intensificación de pena que comportarían otros conceptos delincuenciales.

En pocas palabras, se pretende simultáneamente mantener un tratamiento de benevolencia para la rebelión y la sedición, pero se exhibe excepcional dureza para lo que tenga que ver, verbigracia, con armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, o con el adiestramiento de personal para la lucha subversiva, conductas incorporadas a aquellas, llegándose al contrasentido de ser superior la pena de éstas si no se vinculan a la rebelión o a la sedición, pero suavizándose hasta el punto de desaparecer cuando constituyen elemento propio de la rebelión o la sedición. Por eso la Corte en este caso, ha tenido que prescindir de la aplicación independiente o concursal de delitos como el descrito en el artículo 13 y considerar solamente lo relacionado con la rebelión.

El caso que se resuelve:

Como se recordará el conflicto planteado a la Corte entre la Jurisdicción Ordinaria y la Especial de Orden Público, tiene como fundamento fáctico el comportamiento delictivo de los sujetos Nicolás Calle Guerra y Gildardo Antonio Torres Ramírez, consistente en portar una pistola y munición de 9 m.m., señalada como de uso privativo de las Fuerzas Armadas y de Policía y el transporte y tenencia de propaganda alusiva a un grupo rebelde (Movimiento 19 de abril M-19).

La prueba recaudada hasta ahora, indica que estos sujetos deben ser considerados como rebeldes conforme al artículo 125 del Código Penal, por cuanto pertenecen a una célula subversiva del Movimiento 19 de Abril y se dedicaban a las labores propias del delito político, como era atacar la organización política e institucional del Estado, en obedecimiento a una particular ideología en real o aparente representación de un grupo social y con fines reales o presuntos de reivindicación socio-política" (Casación. Mayo 26 de 1982. Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero).

Siendo las cosas así, el conflicto negativo de competencias habrá de resolverse señalando que le corresponde a la justicia ordinaria por tratarse de un delito de rebelión cuya competencia le ha asignado la ley.

Conforme a los anteriores criterios la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Dirimir el conflicto planteado en este proceso, en el sentido de afirmar que el funcionario competente para conocer del asunto, es el Juez Sexto de Instrucción Criminal de Chinchiná (Caldas).

Remítase el expediente al funcionario indicado y copia de esta providencia al Juez Especializado de Manizales.

Cópiese, notifíquese, cumplase y devuélvase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

NOTIFICACION POR EDICTO. TERMINO

Cuando se fija un edicto, ya sea para citar y emplazar a un presunto procesado (para indagatoria) o a quien se ha llamado a responder en juicio criminal (para notificación del auto de proceder) o, para notificar el fallo proferido (sentencia), el término indicado en él no se interrumpe por ningún motivo así el expediente esté o no en la Secretaría, mientras se cumple el emplazamiento de rigor

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 65.

Vistos:

El Juzgado Veinticinco Superior de Bogotá mediante sentencia de 26 de septiembre de 1986 absolvió a los procesados *Jorge Alberto Sánchez Nossa* y *Orlando Escobar Sierra* de los delitos de falsedad y estafa, en concurso material, que se les había imputado en el auto de proceder, decisión que fuera revocada parcialmente por el Tribunal Superior de la misma ciudad en fallo de 30 de julio de 1987, para en su lugar condenarlos a la pena privativa de la libertad de veintisiete (27) meses de prisión como coautores del delito de estafa, accesorias de ley, pago de perjuicios, en concreto y concederles el subrogado de la condena de ejecución condicional. Así mismo, confirmó la absolución impartida por el delito de falsedad en documentos.

Hechos y actuación procesal:

Los sintetizó la Delegada de la siguiente manera:

"Desde el año de 1981 la sociedad 'Círculo de Lectores S. A.' contrató los servicios de 'Avioandina Ltda.', agencia aduanera, para que se encargase de los trámites atinentes a la importación, nacionalización, etc. de libros, revistas y otros objetos, para lo cual la primera debía hacer entrega al Gerente de la segunda: Jorge Alberto Sánchez Nossa, de los dineros necesarios para cubrir gastos de depósitos previos o anticipos y además, detectándose por el año de 1982 que Sánchez en connivencia con Orlando Escobar Sierra, del Departamento de Contabilidad del Círculo de Lectores, presentó facturas de cobro, y

obtuvo su pago, por valores ficticios, haciendo figurar doblemente el mismo gasto, lo cual se prolongó en el tiempo y arrojó una defraudación superior a los dieciséis millones de pesos.

"Iniciada la investigación penal, fueron oídas en declaración jurada varias personas y en injurada el sindicado Orlando Escobar Sierra. Ante la imposibilidad de localizar a Sánchez Nossa, hubo de ordenarse su emplazamiento por edicto fijado el 6 de febrero de 1984, a las 8 a.m. y desfijado el día dieciséis siguiente a las 6 p.m., obrando constancia procesal de que el expediente entró al Despacho el día 15 de febrero del año en cita y salió el mismo día. Luego, vino la declaratoria de reo ausente, designándole apoderado de oficio al doctor Manuel Guillermo Silva.

"Concluido el ciclo investigativo y calificado el mérito del sumario, mediante proveído de octubre 4 de 1985, los incriminados en referencia fueron enjuiciados por el concurso de punibles de falsedad y estafa. El respectivo fiscal fue notificado personalmente el día ocho siguiente y ese mismo día se fijó 'ESTADO'. Como los procesados no concurrieron a recibir notificación personal, ya en vigencia del Decreto 1853 de 1985 (julio 12), en octubre 22 del mismo año se notificó personalmente al doctor Jaime Rico, quien venía asistiendo al procesado Escobar Sierra, defensor que por escrito interpuso el recurso de apelación contra el auto enjuiciatorio; mediante telegrama se citó al doctor Manuel Guillermo Silva y no compareció, razón por la cual se le reemplazó por la doctora Nelssy Carreño, a quien se le notificó personalmente en enero 18 de 1986. El 29 de enero siguiente el Secretario del Juzgado pasa el expediente al Despacho informando que el doctor Rico apeló, pero no sustentó el recurso como lo exigía la Ley 2ª de 1984, adviniendo providencia que declaró desierto el recurso. Así terminó la etapa de notificación del llamamiento a juicio, dándose aplicación a las pertinentes normas del mencionado Decreto-ley, declarado posteriormente inexequible"

La demanda:

Con apoyo en la causal tercera de casación prevista en el artículo 226 del actual Código de Procedimiento Penal, el actor presenta dos cargos a la sentencia de segundo grado al considerar que ella fue dictada en juicio viciado de nulidad.

Primer cargo:

"Falta de vinculación legal al sumario del enjuiciado y condenado señor Jorge Alberto Sánchez Nossa".

Aduce el casacionista que su representado, al no haber sido escuchado en indagatoria por cuanto las autoridades no lograron su captura para tal fin, ha debido ser vinculado al proceso mediante el procedimiento consagrado en el Código de Procedimiento Penal anterior, esto es, con arreglo a lo preceptuado por el artículo 382, a fin de que "...cumplido y satisfecho todo su rigor, pudiese ciertamente adquirir jurídicamente la categoría y condición de procesado a través de la

declaración de contumacia y la consiguiente designación de apoderado de oficio que lo representara en el desarrollo del sumario..."

Dice el libelista que "examinado y revisado con todo cuidado el conjunto procesal, no se encuentra que la vinculación del sindicado señor Sánchez Nossa, antes de que fuera afectado con el auto de detención, su residenciamiento en juicio y luego con la sentencia parcialmente condenatoria recaída en su contra, se hubiese cumplido con observancia estricta del diligenciamiento previsto por el legislador en el artículo 382, lo cual conduce a establecer y colegir que no fue válida, procesal ni jurídicamente vinculado a la investigación y que, consecuencialmente, no podía ser destinatario de la medida cautelar de la detención y menos, mucho menos, de un pliego de cargos, sí que tampoco de un fallo condenatorio, por expresa prohibición, para lo primero, del artículo 436, que le pone un dique a la actividad jurisdiccional, en tratándose de sindicados que deben ser buscados y encontrados para que rindan su declaración de inquirir, o que, no encontrado, debe ser emplazado, con sujeción a los mandamientos de la norma citada".

Como el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá no dejó transcurrir los diez (10) días hábiles y no se fijaron los carteles en lugares públicos de la ciudad contentivos del correspondiente edicto, se quebrantaron normas del Código de Procedimiento Penal, de Procedimiento Civil y el artículo 26 de la Carta, no obstante que el Juzgado 25 Superior quien en definitiva resultó ser el competente para conocer de este asunto, advirtió el yerro y ordenó su corrección, actuación que no se cumplió, es decir, la orden dada, "quedó en el vacío".

Se responde:

El Tribunal Superior de Bogotá en providencia de 3 de abril de 1984 al conocer del auto de detención dictado contra uno de los procesados por el Juzgado 32 Penal del Circuito, consideró que no solamente se debía investigar un delito de estafa, sino ahondar en la misma para determinar la presencia de un delito de falsedad en documento privado, cuya competencia radicaba en los Juzgados Superiores de Bogotá. Por ello, el 8 de mayo siguiente el Juzgado 32 Penal del Circuito ordenó la inmediata remisión del expediente al Juzgado 25 Superior que ya había conocido del asunto con anterioridad.

Este último funcionario avocó el conocimiento del proceso y por auto de 21 de mayo de 1984 ordenó se practicaran todas las pruebas que dispuso el Tribunal y aquellas que fuesen conducentes para el perfeccionamiento de la investigación, entre otras, librar oficios de captura para oír en indagatoria al procesado Jorge Alberto Sánchez Nossa.

Con fecha 6 de septiembre de 1985 se declaró cerrada la investigación y mediante providencia de 4 de octubre siguiente se llamó a responder en juicio criminal como coautores de los delitos de falsedad en documentos y estafa a los procesados Jorge Alberto Sánchez Nossa y Orlando Escobar Sierra y se sobreseyó temporalmente a José del Carmen Alvaro Villalobos Melo, por los mismos punibles.

Con anterioridad el Juez 28 de Instrucción Criminal de Bogotá había librado órdenes de captura contra Jorge Alberto Sánchez Nossa, pero, el Departamento Administrativo de Seguridad con fecha 24 de julio de 1982 en su informe negativo sobre la misión encomendada consideró que "es necesario se envíen datos biográficos, civiles y/o morfológicos del sindicado, por lo tanto, sugerimos se soliciten nuevamente los antecedentes, una vez se allegue al proceso la identidad plena del implicado".

El 21 de septiembre siguiente se fijó edicto emplazatorio por el término de diez (10) días en el cual se consignó *"llama, cita y emplaza a* Jorge Alberto Sánchez Nossa, de condiciones civiles y personales *desconocidas..."* y, con fecha 6 de octubre se desfijó y el procesado no compareció a rendir indagatoria.

Incorporada al proceso fotocopia auténtica de la cédula de ciudadanía número 19.261.032 de Bogotá en donde figuran todos los datos personales del acusado, con fecha 14 de febrero de 1983 el Juzgado 32 Penal del Circuito declaró reo ausente a Sánchez Nossa y se designó como apoderado de oficio al doctor Fernando A. Rodríguez García.

El 24 de enero de 1984, mediante auto interlocutorio, el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá declaró la nulidad del emplazamiento hecho a Sánchez Nossa por cuanto "...la doctrina y la jurisprudencia han sido enfáticas en sostener que mientras un sindicado no se encuentre plenamente identificado ante la investigación no se le puede emplazar y declarar reo ausente ya que como resultado obtendríamos el que una misma investigación se adelantara contra todas las personas que lleven el mismo nombre...", razón por la cual con fecha *seis (6) de febrero*, siendo las ocho (8) de la mañana, se fijó nuevo edicto emplazatorio el que permaneció en *lugar público de la secretaría* hasta las seis (6) de la tarde del dieciséis (16) del mismo mes y año.

Es esta última actuación la que el censor considera como violatoria del debido proceso por cuanto el edicto no permaneció fijado por el término que la ley indica y tampoco se publicaron carteles en lugares públicos de la ciudad, lo cual implicaba que la declaración de reo ausente no pudiera verificarse.

Es claro que el edicto a que se refiere el libelista permaneció fijado en lugar público de la Secretaría del Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá durante *once* (11) días, de los cuales debe descontarse el doce (12) de febrero, por ser domingo, que por ser día inhábil, no corría para los fines procesales a que nos venimos refiriendo.

Dice el actor que además del día feriado debía descontarse otro correspondiente al *quince* (15) de febrero ya que el proceso entró al Despacho del juez y, aunque fue devuelto a la Secretaría el mismo día, según las voces del artículo 120, incisos 3º y 4º del Código de Procedimiento Civil, dicho día no corría para el emplazamiento, resultando insuficiente el término de fijación del edicto y, consecuencialmente se violó la legalidad del proceso y el artículo 26 de la Constitución Nacional que ordena que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y "...observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

El artículo 382 del Código de Procedimiento Penal anterior enseña que "...cuando no fuere posible hallar al sindicado contra quien obre prueba suficiente para someterlo a indagatoria, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado durante diez días en la Secretaría del Juzgado...", requisito que se cumplió a cabalidad en el presente caso.

En cuanto al día quince (15) de febrero de 1984 fecha en la cual el proceso ingresó momentánamente al Despacho del señor Juez para atender el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de fecha siete (7) del mismo mes y año, por medio de la cual se decretó la detención preventiva de José del Carmen Alvaro Villalobos Melo, quien se hallaba representado por el hoy recurrente en casación, se tiene:

El mismo apoderado en escrito de 11 de febrero solicita al Juzgado "...se sirva ordenar la igualdad del cuaderno de copia con el cuaderno original, para que el honorable Tribunal Superior de este Distrito, pueda conocer exactamente la actuación cumplida y evitarse así, que se abstenga de conocer el recurso interpuesto.

"Independientemente disponga, señora juez, el emplazamiento de Jorge Alberto Sánchez Nossa, quien ya se encuentra identificado".

Y, el artículo 466 del Código de Procedimiento Penal anterior respecto de los recursos de apelación contra las providencias que decidan sobre la detención o la libertad del procesado, salvo cuando se decrete en el auto de proceder, ordenaba que debían concederse a más tardar al día siguiente y en el acto se enviaban las copias al Superior, es decir, sin que mediara notificaciones y ejecutoria del auto que concedía el recurso en el efecto devolutivo, para lo cual el cuaderno duplicado, como lo solicitó el hoy recurrente en casación, debía complementarse para el adecuado estudio del Tribunal.

Quiere decir lo anterior que si el proceso entró al Despacho del Juez, lo fue en cumplimiento de un deber legal y, además, por petición expresa de una de las partes, quien posteriormente obtuvo resolución favorable por parte del Tribunal Superior en cuanto obtuvo la revocatoria de la decisión recurrida.

Para mayor claridad, el edicto permaneció ininterrumpidamente fijado en la Secretaría por el término de ley, y el hecho de que el expediente haya ingresado transitoriamente al Despacho del Juez, de modo alguno debe o puede descontarse ese día para predicar que el lapso de diez (10) días hábiles no se cumplió.

El artículo 120 del Código de Procedimiento Civil al que se refiere el casacionista enseña el cómputo de los términos judiciales. El inciso tercero dice que "...correrán ininterrumpidamente, sin que entre tanto pueda pasarse el expediente al despacho, salvo que se trate de peticiones relacionadas con el mismo término o que requieran un trámite urgente;...", *es decir, que era obligación del Secretario pasar el proceso al Despacho para decidir sobre el recurso de apelación interpuesto contra el auto de detención, según las voces del artículo 466 del Código de Procedimiento Penal.*

Y, el inciso cuarto citado por el actor dice que "mientras el expediente esté al Despacho no correrán los términos, sin perjuicio de que se practiquen pruebas y diligencias dentro del período de recepción de estas. El cómputo del término se reanudará al día siguiente a la notificación de la providencia que se profiera".

Como puede verse, la norma se refiere en su interrupción y reanudación en el término que está corriendo, cuando la entrada al Despacho implica la resolución de cualquier petición relacionada con el mismo término, como por ejemplo ampliación, el cual se restablece al día siguiente al de la notificación de la providencia que la niegue o conceda. Pero, cuando el proceso se halla en Secretaría en espera del vencimiento de un término (traslado a las partes para alegar) y se presenta un incidente distinto que no requiere de urgencia, de modo alguno puede el Secretario poner el expediente al conocimiento del Juez ya que el mismo debe estar siempre a disposición de las partes para su adecuada consulta y verificación de datos que deben ser destacados en el escrito que deba presentarse. Si, contrariamente ello ocurre, no existe duda que el tiempo que permanezca el expediente al Despacho del Juez debe descontarse si se ha reclamado su presentación, para su estudio o consulta, en garantía del derecho de defensa.

En cambio, si el término que corre no se dirige a las partes para actuaciones propias de ellas (alegar, interponer recursos, etc.) el movimiento temporal del expediente de la Secretaría al Despacho del Juez, no implica la suspensión de los términos que corren, pues sería un absurdo sostener que mientras se halla fijado un edicto emplazatorio, no pueden realizarse diligencias propias de la instrucción como sería la recepción de indagatoria a otro procesado, inspecciones judiciales en otros lugares, etc., en perjuicio de quienes se hallan debidamente vinculados al proceso, incluso detenidos, so pretexto de garantizar el derecho de defensa de quien se muestra rebelde con la justicia, al punto que ésta deba declararlo en contumacia.

En síntesis, cuando se fija un edicto, ya sea para citar y emplazar a un presunto procesado (para indagatoria) o a quien se ha llamado a responder en juicio criminal (para notificación del auto de proceder) o, para notificar el fallo proferido (sentencia), el término indicado en él no se interrumpe por ningún motivo así el expediente esté o no en la Secretaría, mientras se cumple el emplazamiento de rigor.

Finalmente, la publicación del edicto en carteles fijados en lugares públicos de la localidad, constituye un medio eficaz para enterar a los ciudadanos de un requerimiento judicial, mas no el único y tampoco es ineludible actuación que pueda tener la capacidad de viciar el proceso si se omite tal procedimiento. El edicto que se fija en la Secretaría del Juzgado, como lo destaca la Delegada, cumple a cabalidad tal exigencia legal ya que dicho lugar es público y a él tienen acceso todas aquellas personas que deseen enterarse del curso de los asuntos que se tramitan allí.

La incalculable cantidad de personas que diariamente son denunciadas por diferentes ilícitos que deben ser vinculadas a la correspondiente investigación penal, y que no comparecen a cumplir con ese deber procesal o que los organismos secretos del Estado no logran

capturar o citar para la práctica de la indicada diligencia (indagatoria) por desconocer su residencia, lugar de trabajo o sitio habitual de sus actividades diarias, hacen imposible que el edicto emplazatorio sea publicado en carteles fijados en lugares públicos de la ciudad, como lo sería en esta capital, pues su costo no puede asumirlo el Estado así como tampoco puede constituir un gravamen a las demás partes procesales y, ello haría inoperante el curso de la investigación con perjuicio de la celeridad o pronta administración de justicia y del mandato legal de la gratuidad que consagra el Código de Procedimiento Penal.

La censura no prospera.

Segundo cargo:

Lo presenta el casacionista al amparo de la causal 3ª de casación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal vigente, al considerar que se dictó sentencia en juicio viciado de nulidad por "indebida notificación del auto de proceder", lo cual coartó el derecho de defensa.

Este cargo, al igual que el anterior, ha debido ser presentado al amparo de la causal 4ª de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior ya que el auto de cierre de investigación causó ejecutoria con anterioridad a la vigencia del nuevo estatuto procedimental (art. 677). No obstante ello, la Corte pasa al estudio del cargo presentado ya que de prosperar, no podría entrar a proferir sentencia de mérito en este asunto. La causal invocada corresponde a la cuarta anterior, razón por la cual resulta procedente responder a la acusación planteada.

El segundo motivo de impugnación lo presenta el casacionista de la siguiente manera:

"a) El pliego de cargos, calendado el 4 de octubre de 1985, visible a folios 392 a 419 del cuaderno original número 2 de la actuación, al ser sometido al principio de la publicidad, no fue debidamente notificado a las partes, y tal ocurrencia degeneró en la imposibilidad que se le creó a uno de los defensores para que, habiéndolo apelado oportunamente, no pudiese, sin embargo, surtirse la protesta".

"Por ende, es manifiesta la violación al derecho de defensa, porque se coartó, so pretexto de una mala interpretación por parte del juez del conocimiento, la inalienable garantía que la ley brinda a las partes para interposición, tramitación y surtimiento de sus recursos";

"b) En efecto, la irregularidad procedimental que vulnera las disposiciones que se citan más adelante y quebrantan así mismo la norma supralegal del artículo 26 de la Carta Fundamental, emerge del desaguisado que cronológicamente se esboza a continuación:

"1º El proveído enjuiciatorio se le notificó personalmente al señor Fiscal (fl. 420, cuaderno 2º) el día 8 de octubre de 1985".

"2º Prematuramente, el Secretario del Juzgado procedió a notificar por estado el mismo proveído, según la constancia obrante al respaldo del folio 420 del cuaderno 2º el mismo día de la primera notificación,

o sea el 8 de octubre de 1985 cuando aún las demás partes, a las cuales era imprescindible notificarlas personalmente, todavía no se habían impuesto de la determinación encausatoria".

"De esta suerte, violose manifiestamente el artículo 322 del Estatuto Procedimental Civil aplicable en el ámbito penal por el vacío que existe en su procedimiento, cuya literatura no remite a duda alguna sobre el particular:

"Artículo 322. *Notificaciones mixtas*. Cuando una providencia haya de notificarse personalmente a una parte y por estado a otra, la notificación personal se hará en primer término".

"De manera, pues, que la inserción en aquel estado quebrantó esta norma de orden público, o hizo, como lo veremos luego, que se cercenara a un acusado afectado con el enjuiciamiento el derecho de defensa, al impedirle y cerrarle el paso para la sustentación de la alzada, con la subsecuente declaratoria de ser 'desierto' el recurso, lo cual, en derecho procesal, no era evidente y sí falso".

"3º El doctor Jaime Rico Carvajal, defensor del encausado señor Orlando Escobar Sierra, se notificó personalmente del auto de proceder el 22 de octubre de 1985 (v. fl. 422, cuaderno 2)".

"Y, a continuación, con escrito presentado oportunamente, agregado al folio 423 del mismo cuaderno 2º, manifestó al Juzgado que *apeló* del auto de proceder dictado".

"4º Finalmente, se notificó la defensora de oficio del encartado señor Jorge Enrique Sánchez Nossa, del referido pliego de cargos, el día 18 de enero de 1986 (fl. 426)";

"c) Así las cosas, el Secretario tenía que proceder a notificar por *estado* la providencia encausatoria, únicamente después del surtimiento de la notificación personal que se cumplió el día 18 de enero de 1986 con la defensora oficiosa del encausado señor Sánchez Nossa, para atemperar el desarrollo normal y lícito de la actuación procesal al mandato imperativo del artículo 322 del Código de Procedimiento Civil, y no antes, como lo hiciera, pues, con ello, se llevó de calle dicha normación procesal".

"....."

"Más claro: Si la Secretaría cumple el mandato en cita y notifica mediante inserción en estado el pliego de cargos después del día 18 de enero de 1986, que fue la última notificación personal que debía efectuar respecto de las partes intervinientes en la relación procesal, forzoso resulta comprender que, entonces sí, el defensor hubiese tenido una noción concretamente definida de la fecha a partir de la cual empezaba a disfrutar de la oportunidad para la sustentación de su protesta y, de modo particular, cuando, también, le fenecía esa prerrogativa que le brindaba la hoy derogada Ley 2ª de 1984, en su artículo 57, sencillamente porque ni siquiera para el juez había empezado ni empezó a transcurrir el término para resolver el recurso de apelación válidamente interpuesto".

"Pero como el Secretario ignoró y dejó de aplicar la norma especial que regula el modo de efectuar las notificaciones mixtas en todo proceso, incluido el penal, la deducción que surge, clara e indubitable, es la de que al defensor-recurrente se le coartó el derecho de defensa, consistente en que con aquel prematuro proceder se le cerró la vía para sustentar ulteriormente la impugnación, como que, por razón de que aún no se ha dado cumplimiento al artículo 322 comentado, puede afirmarse y sostenerse que todavía el pliego de cargos está sin notificarse debidamente y, por consiguiente, sin causarse su ejecutoria formal para que el funcionario del conocimiento pueda, válidamente y jurídicamente, entrar a ocuparse del recurso propuesto".

La Sala considera pertinente dar respuesta a la primera parte de la acusación presentada con dos motivos diferentes, pues, el último será atendido en forma especial ya que el Ministerio Público plantea sus propios argumentos para solicitar a la Corte se case el fallo recurrido y se decrete la nulidad propuesta por la defensa.

Se responde:

El artículo 8º del Decreto 409 de 1971, aplicable a este caso concreto, dice 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 la organización judicial y procedimiento civil".

Y el artículo 12 del actual Código de Procedimiento Penal consagra igual principio al estatuir que "en aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código o en leyes especiales, son aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, siempre que no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal".

El artículo 484 del Código de Procedimiento Penal anterior, en forma expresa, consagra el procedimiento para la notificación del auto de proceder y, los artículos 179 y siguientes enseñan qué providencias deben notificarse, la manera de practicarlas y los funcionarios competentes para realizar el citado acto procesal. Por ello, no existe vacío en el Procedimiento Penal que haga posible la aplicación de las normas del estatuto procedimental civil como lo invoca el censor.

Las providencias señaladas taxativamente en el artículo 179 citado, deben ser notificadas en forma personal al procesado detenido y al Ministerio Público, es decir, a estos sujetos procesales no puede ni debe notificárseles por estado o edicto según el caso (auto o sentencia).

En cambio, a los procesados no detenidos, a sus apoderados o defensores y al representante de la parte civil (si se halla reconocida dentro del proceso), se harán personalmente si se presentaren 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, las sentencias se notificarán por edicto y los autos por estado.

Ahora bien. En el caso de la providencia que llama a responder en juicio a un procesado (auto de proceder), a la voz del artículo 182 *ibidem, debe* ser notificado, en todo caso, personalmente al procesado y a su defensor. De no presentarse el primero, se dará cumplimiento

a lo previsto en el artículo 484, esto es, se le declarará reo ausente y se le nombrará defensor de oficio, con quien se surtirá la notificación y con él se continuará el juicio hasta su terminación.

En el presente caso, la providencia de fecha 4 de octubre de 1985 fue notificada personalmente al Fiscal del Juzgado y como dentro de los dos días siguientes no se presentaron a la Secretaría el procesado José del Carmen Alvaro Villalobos Melo y su apoderado (el mismo que recurre en casación a nombre de Sánchez Nossa) y el apoderado de la parte civil, bien hizo el empleado encargado de realizar las notificaciones al fijar el estado correspondiente para los efectos del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, independientemente de la forma de notificación del auto de proceder a los dos enjuiciados y a sus defensores.

Por ello, la notificación por estado iba dirigida exclusivamente a las partes que no se presentaron a recibir notificación personal dentro del término de ley y que, podían ser enteradas de la decisión judicial, por esta vía:

En cuanto a los encausados, se tiene:

a) El doctor Jaime Rico Carvajal quien venía asistiendo a Orlando Sierra Escobar, fue notificado personalmente del auto de proceder el día 22 de octubre de 1985 de conformidad con lo preceptuado por el artículo 19 del Decreto 1853 del mismo año y, en escrito presentado el 31 del mismo mes y año, interpuso el recurso de apelación sin que dentro del término de ejecutoria (del 19 al 22 de enero de 1986) lo hubiese sustentado como lo normaba el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984;

b) Previo informe secretarial, con fecha 15 de enero de 1986 y como quiera que el abogado que venía apoderando a Jorge Alberto Sánchez Nossa no compareciera a notificarse del auto de proceder dictado en contra de su representado, se le nombró como apoderada de oficio a la doctora Neissy Lucero Carreño quien se posesionó y notificó del llamamiento a juicio el 18 siguiente sin que hubiese presentado impugnación alguna.

No obstante que el actor no tiene personería para representar al procesado no recurrente en casación Escobar Sierra, así como tampoco interés jurídico para proponer la nulidad por presunta violación del derecho de defensa en cuanto a la actuación surtida respecto de él, la Sala con amplitud responde el cargo por cuanto el libelista considera que dicha actuación al ser declarada nula, favorecería los intereses de su representado.

En cuanto al literal a) inmediatamente anterior cabe destacar que si la última notificación se surtió el 18 de enero de 1986, como lo puntualiza el recurrente, la posibilidad de presentar escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto el 31 de octubre de 1985, había fenecido ya que el expediente pasó al Despacho el 29 de enero siguiente, es decir, nueve (9) días hábiles después de la última notificación, sin que el abogado hubiese cumplido con el deber que le imponía el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984, o sea, dentro de los tres (3) días siguientes a la última notificación.

Resulta, pues, inadmisible predicar que si la notificación por estado no se surtió con posterioridad a la fecha indicada (18 de enero de 1986), el auto de proceder aparece como defectuosamente notificado y, en consecuencia no ha adquirido la firmeza que exige la ley para dar inicio a la etapa del juicio.

Olvida el recurrente que la providencia de 4 de octubre de 1985 por medio de la cual se calificó el mérito del sumario, por su naturaleza, debía notificarse personalmente a los encausados y sus apoderados y al Ministerio Público, en forma personal; en cambio al procesado José del Carmen Alvaro Villalobos Melo, su apoderado y a la parte civil, por estado, ya que no concurrieron dentro de los dos (2) días siguientes a recibir notificación en forma personal, o sea que la notificación por estado de fecha 8 de octubre de 1985, se surtió con observancia plena de las formalidades legales.

Respecto del literal b) que atañe al procesado recurrente Sánchez Nossa, por aplicación del Decreto 1853 de 1985, el Juzgado citó al doctor Manuel Guillermo Silva González para que se notificara del auto de proceder en su condición de apoderado del procesado. Como no compareciera oportunamente, el Juzgado lo reemplazó por la doctora Nelssy Lucero Carreño, a quien se le dio la debida posesión y se le notificó el auto de proceder. Se repite, la apoderada no impugnó la decisión, razón por la cual, con fecha 30 de enero de 1986, el Juzgado declaró desierto el recurso de apelación interpuesto y no sustentado por el apoderado de Escobar Sierra y con fecha 12 de febrero siguiente tuvo por debidamente ejecutoriado el auto y abrió a prueba el juicio.

En síntesis, se rodeó a los procesados de todas las garantías de defensa y por ello, resulta improcedente la declaratoria de nulidad que se demanda.

Finalmente, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de solicitar a la Sala el rechazo de los cargos presentados por el actor, demanda la nulidad de la actuación a partir de la etapa de notificación del auto de proceder al acoger los planteamientos de "...nulidad supralegal por desconocimiento del principio de favorabilidad consagrado en los artículos 26 de la Constitución Nacional y 6º del Código de Procedimiento Penal de 1971, al dejarse de aplicar el artículo 484 *ibidem* y darse primacía al 19 del Decreto 1853 de 1985, que, como bien lo anota el censor, es 'ostensiblemente' restrictivo o desfavorable, dada la amplitud que encierra aquél, en cuanto a normas y términos se refiere; y por ser nulidad absoluta, mas no relativa como la anterior. A tal respecto, se impone la siguiente disquisición:

"La nueva, sabia y humanitaria corriente doctrinaria de amplia interpretación de las normas consagratorias del principio de la favorabilidad, acogida y seguida por nuestra jurisprudencia desde el célebre fallo de marzo 15 de 1961, con ponencia del ilustre Exmagistrado de la Corte doctor Rendón Gaviria, viene predicando que la favorabilidad tiene aplicación tanto en derecho sustantivo como en el procesal, con su doble manifestación de ultraactividad o retroactividad de la ley permisiva o favorable para el acusado, condicionado ello a dos factores: Que esté de por medio el fenómeno del tránsito de legislación y que el hecho punible se haya cumplido bajo el imperio de la ley abo-

lida (presupuestos que se dan en el caso *sub lite*), y extendiéndose a las llamadas leyes intermedias, temporales, excepcionales y, aún, a las declaradas inexequibles, como se reconoce en auto de noviembre 11 de 1936, con ponencia del ilustre Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez".

"La misma corriente, luego de pregonar la obligatoriedad, puesto que no se trata de nada potestativo, de la aplicación de la ley más benigna, divide las normas procesales en dos grandes grupos: El de las atinentes a la jurisdicción, competencia, sustanciación y ritualidad del proceso, frente a las cuales jamás opera la favorabilidad; y el integrante de las normas relacionadas con las personas vinculadas al proceso, tales como las referentes a los recursos, términos probatorios, asistencia profesional del acusado y otras que 'pueden afectar los derechos del sujeto pasivo de la acción penal' y, por lo mismo reclaman la permanente vigilancia del imperio de la favorabilidad".

"Como quiera que la norma del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal de 1971, a juicio de esta Delegada forma parte de las del grupo de las relacionadas con las personas vinculadas al proceso, que reclaman la aplicación del principio de favorabilidad, conforme a lo ya expuesto, en el caso *sub júdice* se imponía su obligatoria aplicación ultractiva, con prescindencia del Decreto 1853 de 1985, por ser ostensiblemente restrictivo en cuanto a notificación del auto de proceder se refiere y ejercicio del derecho de defensa del acusado".

A pesar de la cita que presenta la Delegada, la Sala no encuentra válida la *afirmación* de que la aplicación del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal anterior era ineludible en atención al principio de favorabilidad que consagra la Constitución Nacional y el código en mención, en tratándose de materia criminal. En la vista fiscal, que en lo pertinente se dejó transcrita, no se mencionan clara y expresamente cuales son los motivos para predicar que el artículo 19 del Decreto 1853 de 1985, resulta restrictivo a los intereses del procesado.

Por el contrario, considera la Sala que la aplicación del artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, es desfavorable para el procesado ya que, luego de la citación para la notificación del pliego de cargos, si no concurre, se oficiará a las autoridades de policía u organismos secretos del Estado, para obtener su captura. Si esta no es posible, se le emplazará y designará defensor de oficio, cuya designación generalmente no recae en la persona que venía representándolo en la etapa del sumario.

En cambio, el artículo 19 del Decreto 1853, no exige ni la citación al procesado para la notificación y, mucho menos su captura. Simplemente, si transcurridos dos días desde la fecha del fallo no se presentare el inculpado para realizar el citado acto procesal, se citará al apoderado que lo venía asistiendo en la etapa investigativa, se le notificará el pliego de cargos y con él se continuará el proceso hasta su terminación.

La presunta nulidad que demanda la Delegada y que el recurrente funda en la indebida notificación del auto de proceder, resulta impertinente, ya que el procesado Sánchez Nossa se enteró oportunamente

de su situación jurídica en este proceso, no obstante lo cual no quiso comparecer al Juzgado para atender el requerimiento judicial que se le hacía mediante el auto de proceder en comento.

En efecto. El señor Apoderado del procesado José del Carmen Alvaro Villalobos Melo, obtuvo en favor de su representado un sobreseimiento de carácter temporal, lo que motivó que respecto de él se separara la investigación y se reabriera por el término de ley. En la misma providencia se llamó a responder en juicio criminal a Jorge Alberto Sánchez Nossa, quien posteriormente confirió poder al mismo profesional del derecho y que hoy lo representa ante esta Corporación.

A folio 431 del cuaderno original número 2 aparece el poder conferido por Sánchez Nossa con presentación personal ante la Juez 54 Penal Municipal de Bogotá y su Secretario, diligencia que se surtió el *diecinueve (19) de diciembre de 1985*, esto es, con anterioridad a la fecha en que el juzgado designara como defensora de oficio a la doctora Nelssy Lucero Carreño con fundamento en lo preceptuado en el artículo 19 del Decreto 1853 de 1985 y se le diera la debida posesión y notificara el auto de proceder.

Por ello, Sánchez Nossa se hallaba debidamente enterado de su situación jurídica y, se repite, no quiso presentarse ante el Juzgado 25 Superior para atender el requerimiento judicial, razón más que suficiente para afirmar que en este caso no se ha violado el derecho de defensa.

Si como se dejó consignado, para el 19 de diciembre de 1985 ya el procesado sabía que el Juzgado 25 Superior lo había llamado a juicio por los delitos de falsedad en documentos y estafa, no existe razón válida para afirmar que al no haberse publicado el edicto emplazatorio (art. 484 del C. de P. P.), se violaron los mandatos constitucionales ya referidos, pues, recuérdese que tal procedimiento está previsto como medio de publicidad o de enteramiento al procesado ausente o renuente de la decisión adoptada por el juez. Si Sánchez Nossa tenía pleno conocimiento de la providencia recaída en su contra, con la designación de un apoderado de oficio y su consecuente posesión y notificación, en nada se le estaba cercenando su derecho de defensa.

El juzgado con fecha 11 de febrero de 1986 abrió el juicio a prueba, auto que se notificó al Ministerio Público y a las partes por anotación en estado el 14 del mismo mes y año, es decir, causó ejecutoria el dieciocho siguiente a las seis (6) de la tarde. Ese mismo día, fue reconocido el hoy recurrente en casación como apoderado de Sánchez Nossa y en la misma fecha tomó posesión del cargo; luego en la debida oportunidad estuvo representado por apoderado con poder otorgado por el propio procesado, con la posibilidad de ejercitar a plenitud el mandato conferido.

La censura no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo

Penal y de acuerdo parcialmente con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* el fallo recurrido de fecha, origen y naturaleza ya referidos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Tarsicio Roldán Palacio, Conjuez; *Jaime Giraldo Angel, Edgar Saavedra Rojas.*

Gustavo Morales Marín, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

Las dos clases de infracción —violación directa y violación indirecta—, no pueden presentarse coetáneamente referidas al mismo punto

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

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 65.

Vistos:

Se resolverá el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá proferida el 21 de septiembre de 1987, mediante la cual, al confirmarse la de primera instancia, se condenó a *Jesús Tovar Gómez* a la pena principal de dos años de prisión y multa de veinte mil pesos ($ 20.000.oo), por los delitos de estafa y defraudaciones, éste en la modalidad de abuso de circunstancia de inferioridad.

Hechos y actuación procesal:

Por sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte del 29 de mayo de 1980, notificada a principios de junio de ese año, con la que culminó el juicio ordinario instaurado por los hermanos Cecilia y Hernán Tovar Ramos contra sus tías Blanca y Teresa Tovar Carreño y otras personas, entre ellas Jesús Tovar Gómez directamente y como uno de los representantes de la sucesión de María del Carmen Tovar Gómez, todos ellos en calidad de presuntos herederos de la sucesión de Rafael Tovar Carreño, se reconoció a los demandantes como hijos de éste, y por consiguiente, como herederos de mejor derecho sobre todos los demandados, y se tomaron, entre las varias determinaciones judiciales, las de declarar la simulación del contrato de renta vitalicia sobre las fincas "La Cabaña", "El Bosque" y "Balmoral" celebrado entre el causante y sus hermanas Blanca y Teresa Tovar Carreño, y ordenar que los demandados restituyesen a la sucesión la posesión material de todos los bienes herenciales, entre los que también se contaban las fincas "Betania" y "Las Mercedes".

No obstante el conocimiento del referido fallo, *el 30 de diciembre de 1980*, la demandada Blanca Tovar Carreño, mayor de 90 años y aquejada desde muchos años atrás de afecciones mentales propias de la

edad y considerada médicamente incapaz de contratar, transfirió a título de venta y por una irrisoria suma frente al valor real de los inmuebles, a favor de Gladys Carlina Cifuentes, el 50% del derecho de dominio sobre dos de las fincas respecto de las cuales se había celebrado con su hermano el causante Rafael Tovar Carreño el anulado contrato de renta vitalicia; y meses después, *el 12 de mayo de 1981*, en acto jurídico de igual naturaleza, vendió a Abelardo Martínez el tercero de los inmuebles a que se refería el mismo anulado contrato. Las escrituras correspondientes se otorgaron ante la Notaría 20 del Círculo de Bogotá.

Los resultados de la prolija investigación permitieron señalar al sobrino de la vendedora y administrador que fue por muchos años de los bienes e intereses económicos de la dama, Jesús Tovar Gómez, como la persona que la indujo a celebrar los actos referidos, por lo cual fue llamado a juicio por los delitos de estafa y defraudación —esta en la modalidad de abuso de circunstancias de inferioridad—, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal de 1936 y 360 del Código Penal de 1980, por razón de las fechas de tales ilícitos (fls. 205 y ss., cuaderno 2). Los supuestos compradores fueron sobreseídos temporalmente y dos profesionales del derecho también denunciados, sobreseídos en forma definitiva, todos por los mencionados ilícitos, y por último todos los acusados, sobreseídos definitivamente del delito de estafa que les fuera atribuido respecto del denunciante y los herederos vendedores; y estos y el Notario ante el cual se otorgaron dichas escrituras, sobreseídos definitivamente de falsedad en documento.

Rituado en legal forma el plenario, el juzgado competente profirió sentencia de condena contra Jesús Tovar Gómez por los delitos por los que fue enjuiciado, tasándole la pena bajo el criterio de que su conducta ocasionó perjuicio efectivo a los intereses de la inducida, habiendo sido confirmada tal decisión en segunda instancia al ser revisada en apelación, en el fallo a que se refiere el presente recurso extraordinario.

La demanda y el concepto del Ministerio Público:

I. Invocando la causal 1ª de casación, cinco cargos presenta el actor contra el fallo acusado, de los cuales tres se refieren a la violación indirecta y dos a la directa, de la ley sustantiva:

Cargo primero: Textualmente lo enuncia así: "Violación indirecta por aplicación indebida del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal anterior..., del artículo 411 del Código Penal de 1936 y por no aplicación de los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal anterior... Por error de hecho. También del Código de Procedimiento Penal 247, 248, 253 y 471 ordinal 2º".

Argumenta, afirmando que la violación aludida ocurrió por falta de apreciación del testimonio de Gladys Carlina Cifuentes de Patiño, la compradora de los inmuebles enajenados por doña Blanca Tovar el 30 de diciembre de 1980, a través del cual ella confiesa que el contrato de compraventa celebrado entre ambos fue simulado porque no hubo

de parte de ella la intención de comprar, ni en doña Blanca la de vender, lo que demuestra que la escritura otorgada para el efecto no podía surtir consecuencias jurídicas, ni el contrato por tanto, ocasionar perjuicio ya que según la deponente ignorada, existe un "documento de contraestipulación" y está dispuesta a "volver las cosas a su estado anterior tan pronto... le sea requerido". Estima que la no apreciación del testimonio antedicho determinó la condena por el delito de estafa, porque el sentenciador se limitó a deducir el perjuicio para la vendedora de la mera escritura pública, sin percatarse de que el contrato fue simulado, y que de haberse apreciado, no se habría atribuido responsabilidad al acusado por ese ilícito.

Cargo segundo: Se violó indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 360 del Código Penal actual por error de hecho consistente en la no apreciación del testimonio de Abelardo Martínez, a causa de la falta de aplicación de los artículos 247, 248, 253 del Código Penal actual y 172-4º, 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal anterior, y de la aplicación indebida del artículo 481 de esta última codificación.

Explica que el Tribunal ignoró el testimonio del comprador del inmueble, Abelardo Martínez, que doña Blanca Tovar enajenó simuladamente el 12 de mayo de 1981, y con idéntica argumentación a la del cargo anterior, infiere las mismas consecuencias jurídicas de tal situación; y como colorario de ambos reproches, demanda la casación para que se absuelva a su patrocinado de los dos delitos por los que se le condenó.

Cargo tercero: Los mismos artículos de los Códigos Penales anterior y actual que afirmó violados indirectamente en los cargos precedentes, también lo fueron, según afirma el recurrente, de manera directa por aplicación indebida resultante de la falta de aplicación de los artículos 215, 216 y 335 del Código de Procedimiento Penal anterior y los 247, 248 y 358 del Código de Procedimiento Penal actual, lo que conllevó a la aplicación indebida del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal anterior.

Afirma que la prueba pericial solicitada por el defensor del procesado sobre, según sus términos, "si la realmente la señora Blanca..., pudo sufrir algún perjuicio al dar en venta su propiedad en la Calera..." y que fuera decretada por el juzgado, jamás se practicó, y que esta omisión constituyó la violación del artículo 335 del Código de Procedimiento Penal derogado, y que de haberse realizado dicha diligencia, su resultado habría, explica: "Desembocado en la conclusión ineludible de que tales escrituras, por ser simuladas no podían causar efectos jurídicos perjudiciales a doña Blanca", porque los peritos "nunca hubieran podido conceptuar sobre perjuicio alguno" para la vendedora.

Cargo cuarto: Los mismos preceptos sustantivos prealudidos, fueron violados de manera directa, por aplicación indebida, resultante de la falta de aplicación de las mismas disposiciones procesales anotadas en el cargo antecedente y de los artículos 1625-6 y 1724 del Código Civil, a consecuencia del error de hecho consistente en ignorar la prueba documental que era el testamento hecho por doña Blanca Tovar Ca-

rreño el 13 de agosto de 1974 ante el Notario 9º de Bogotá, instituyendo al mismo procesado como su heredero universal, el cual fue abierto solemnemente el 7 de mayo de 1984, fecha para la cual ya había ocurrido la muerte de aquella.

Arguye que si el sentenciador hubiera apreciado dicho documento, habría llegado a la conclusión que planteara el abogado defensor que antecedió al actor en estos términos: "Siendo el señor Jesús Tovar Gómez heredero único de su tía Blanca, mal se podrían confundir en él, el aprovechamiento ilícito y la calidad de perjudicado y sujeto pasivo de la infracción", porque se estaría frente a un delito imposible por cuanto el fallecimiento de la inducida y la demostrada delación de la herencia al acusado, en el supuesto, aceptado por el demandante en gracia de discusión, de que hubieran existido los pregonados perjuicios, habría implicado la extinción de la obligación civil de resarcir tales perjuicios al presentarse el fenómeno jurídico de la confusión, al confluir en él las calidades simultáneas de acreedor y deudor, atendible según los artículos del Código Civil precitados, y que quedó sin operancia al proferirse los fallos de instancia en este proceso mucho tiempo después de adquirir el acusado la calidad de heredero de la inducida.

Concluye este planteamiento diciendo que la condena al resarcimiento de perjuicios no tiene asidero legal porque "nadie puede ser condenado a pagarse a sí mismo...", y que ante la situación planteada, hubiera sido procedente aplicar el artículo 163 del estatuto procesal derogado por inexistencia del hecho imputado, pero como no se obró de conformidad, hoy impera la absolución.

Cargo quinto: Se incurrió en violación directa de los artículos 26 y 215 de la Constitución Nacional, por falta de aplicación; y aplicación indebida del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal derogado, y también en violación directa de las mismas normas penales sustantivas cuya violación afirma en todos los cargos anteriores, igualmente por falta de aplicación de todas las disposiciones procesales citadas en ellos.

La confusa argumentación para sustentar este reproche al fallo, parte de las razones —no acogidas por el Tribunal— que tuvo el juez del conocimiento para sobreseer temporalmente al acusado anotando la no probada existencia de perjuicios para la inducida, y lleva al demandante a afirmar, que contra toda evidencia probatoria señaladora inequívocamente de tal perjuicio y hallándose acreditada la calidad de heredero del acusado, de doña Blanca, el sentenciador estructuró la hipotética posibilidad de que la señora hubiera recibido daño para emitir el fallo de condena. Basta su opinión en el análisis de los tipos penales materia del fallo adelantado por el juzgador y concluye que todo delito para ser tal, "...debe necesariamente producir un daño contra un bien tutelado por el Estado y que justifique la puesta en marcha del aparato punitivo". Considera que el perjuicio es un componente del delito y que éste no se configura sin él, y agrega luego de acudir a algunas definiciones doctrinarias de delito, que en el presente caso se desconoció el artículo 26 de la Carta al no darse aplicación a la excepción que ésta consagra en su norma 215.

II. El señor Procurador 3º Delegado en lo Penal se opone a la casación solicitada porque la demanda, además de carecer de la técnica propia del recurso, no tiene consistencia jurídica.

Así, afirmar que los cargos 1º y 2º por violación indirecta de los artículos 411 del Código Penal de 1936 y 360 del actual, por falta de apreciación de dos testimonios, y el cargo 4º por falta de apreciación de un documento, son condensados luego, de manera impropia, en el cargo 5º, en el cual pregona con las mismas razones la violación, no ya indirecta sino directa de tales disposiciones sustantivas. Seguidamente diserta sobre el sentido y alcance de cada una de las clases de violación pregonadas, explicándolas y señalando los yerros técnicos de la demanda.

En cuanto al cargo 3º, encuentra que a pesar de anunciar la violación directa de la ley sustantiva, en verdad se funda en un motivo de nulidad, por inobservancia del debido proceso, por no haberse practicado una prueba, a decir del actor determinante, pedida y decretada, como lo fue la pericial con el fin de acreditar los perjuicios; pero sin embargo de esta glosa, dice el distinguido colaborador que la referida prueba carecía de la importancia que el actor pregona para desvirtuar el delito, dado que el perjuicio no es elemento del delito investigado, sino causa específica de agravación punitiva, por lo cual, el proceso conserva toda su validez.

Consideraciones de la Corte:

Ninguna de las objeciones formuladas en la demanda que se examina tiene aptitud para afectar la sentencia de segundo grado, como acertadamente lo afirma el Ministerio Público.

La incongruente alegación carece de técnica frente a las exigencias metodológicas que gobiernan el recurso de casación, y además no ofrece consistencia jurídica.

Cargos primero y segundo: Pierden todo su vigor frente al *quinto*, porque, tendientes a demostrar supuestos errores de hecho por falta de apreciación de unas pruebas testificales a juicio del demandante, demostrativas de la atipicidad de las conductas imputadas al acusado por señalar que fueron actos de connotación meramente civil al referirse a dos contratos de tal naturaleza pero simulados, ante los cuales obviamente no cabía la aplicación de la ley penal, en el quinto, opta por afirmar bajo idéntico punto de vista, la infracción directa de los mismos preceptos sustantivos con fundamento en la misma supuesta falencia probatoria, pero conjeturando que lo que hizo el sentenciador fue condenar con base en una supuesta ocurrencia de perjuicios, confundiendo en la sustentación del aserto, la condicionante típica de la capacidad de producir efectos jurídicos el acto inducido —requerida en la descripción de los delitos sancionados— con la causación del perjuicio, considerada en dichas normas como agravante específico punitivo. Es decir, incurre en una contradicción insalvable, porque las conductas del procesado, por las cuales ha resultado condenado, no pueden ser y no ser al mismo tiempo y desde el mismo punto de vista, lícitas e ilícitas.

No en vano habrán de desecharse los tres cargos precxaminados.

Por cuanto hace al *cargo cuarto*, igual ofrece pleno motivo de rechazo, pues se excluye mutuamente también con el quinto. Ambos pregonan simultáneamente la violación indirecta y directa de las mismas normas sustantivas, sobre la misma base argumental, es decir, que se dejó de apreciar la prueba documental que demostraba el fenómeno jurídico de la confusión en el acusado de su doble calidad de acreedor y deudor de los perjuicios derivados de los actos ilícitos en favor de su tía (arts. 1625-6 y 1724 del C. C.) al haberse convertido en heredero universal de ésta. La contradicción conceptual evidente del planteamiento hace inoperante el reproche.

Se ha dicho en forma repetida y constante por la jurisprudencia de esta Sala, sin ser desconocido a los doctrinantes, que la violación indirecta de la ley sustantiva reposa sobre el ataque a la apreciación probatoria (por acción u omisión, según el caso), mientras que la violación directa parte de la base de la aceptación por el demandante, del juicio de valoración probatoria del sentenciador, y que en ésta sólo se discute la selección y/o el alcance jurídico de la norma violada por cualquiera de sus tres modalidades, y que por tanto, ambas clases de infracción no pueden presentarse coetáneamente referidas al mismo punto. La omisión de esta norma de lógica torna inepta la demanda, porque colocaría al juez de casación ante la alternativa —que le es imposible asumir por tratarse de un recurso eminentemente técnico y dispositivo para el recurrente— de escoger entre las acusaciones presentadas, siendo como es, la selección del ataque, labor atribuible sólo al interesado. La independencia y autonomía de las causales de casación no alcanza a refrendar fallas como la que se comenta, como también con reiteración se ha dicho, pues de aceptarlo se entraría en la situación de trasponer los límites legales del recurso extraordinario, en desventaja para quienes no han podido hacer uso de él.

Por lo demás y respecto al cargo *quinto*, sujeto a comparación con el que se comenta, no es procedente alegar la violación directa de preceptos constitucionales, pues estos no describen y penan conductas específicas, sino que contienen las garantías y derechos generales de las partes, desarrollados en la normatividad legal sustantiva y procesal.

En definitiva no, prospera el cargo.

Tampoco el *cargo tercero* ofrece consistencia, por cuando se apoya en la supuesta violación directa de las normas tipificadoras de las conductas atribuidas al acusado por no haberse demostrado el perjuicio irrogado a la inducida con la prueba pericial que al respecto se decretó pero no se realizó.

Olvida el actor que las defraudaciones son delitos de los llamados de mera conducta, para cuyo perfeccionamiento no cuentan las consecuencias que produzca ésta y que por tanto la causación efectiva de perjuicios con el acto inducido no es elemento cuya ausencia pueda desvirtuar el delito; así que la no práctica de la prueba de este aspecto, carece de la incidencia que él le atribuye.

Dado que los cargos todos se han desechado, debe mantenerse el fallo acusado.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez. Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Wlanda Fernández León, Conjuez.

Gustavo Morales Marín, Secretario.

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA

Al entrar en funcionamiento el Tribunal Superior de Orden Público, asumió la competencia que le otorga el Decreto 474 de 1988

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 66.

Vistos:

Debe dirimir la Corte la colisión de competencias que se ha suscitado entre el Tribunal Superior de Orden Público y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del sumario que por violación al Decreto 180 de 1987, Estatuto para la Defensa de la Democracia, se adelanta por el Juez Segundo de Orden Público.

Los hechos ocurrieron en el municipio de Turbo del Urabá Antioqueño, donde numerosas personas fueron sacrificadas violentamente por grupos armados encargados de sembrar la muerte, la zozobra y el terror.

Ninguna disparidad de criterio existe entre las dos Corporaciones en relación con la naturaleza de las conductas ilícitas, pues los dos Tribunales aceptan que se trata de hechos punibles que por su forma de consumación, finalidad terrorista y cualificación de buen número de los sujetos pasivos de los homicidios, se subsumen dentro de los tipos penales que contemplan los Decretos 180 y 474 del presente año.

Radica el desacuerdo, en que ninguno de los Tribunales acepta la competencia para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto contra decisiones del señor Juez de Orden Público que conoce del sumario.

Argumenta al respecto el Tribunal de Orden Público que si bien parte de los hechos investigados ocurrieron con posterioridad a la vigencia del Decreto 474 de 1988 que le otorga la competencia a esa Corporación para conocer de la alzada, otros hechos que se investigan en el mismo sumario por razones de conexidad, se consumaron con anterioridad a su vigencia, y cuando la competencia para conocer en segunda instancia estaba atribuida a los Tribunales Superiores de Distrito, siendo estos los llamados a resolver en el caso concreto, el recurso interpuesto.

Afirma por el contrario el Tribunal Superior de Medellín, que las normas de procedimiento y en especial las que fijan la competencia, son de aplicación inmediata. Que como el Decreto 474 de 1988, modificó la competencia, atribuyéndola para el caso en estudio al Tribunal Superior de Orden Público, es a esta Corporación a la cual corresponde decidir la impugnación.

Se considera:

Es incuestionable, que las nuevas leyes que modifiquen o cambien la jurisdicción o competencia son de aplicación inmediata, siempre que no afecten derechos sustanciales de los procesados.

La Corte en Sala Plena y en sentencia del diez de mayo de 1984, consideró que "...las normas de procedimiento al menos cuando no afectan aspectos sustanciales pueden considerarse independientes o neutras en cuanto no afecten de suyo el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional. De ahí que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con la salvedad indicada, constituya regla general su aplicación inmediata, máxime cuando las mismas implican un perfeccionamiento de la administración de justicia..."

Este modo de pensar fue ratificado por la Corporación al expresar que "...cuando las normas son de carácter procedimental el fenómeno está en principio regulado por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, incorporado al artículo 5º del nuevo Código de Procedimiento Penal, según el cual la ley que '...fije la jurisdiccion y competencia o determine la concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir' pues no puede afirmarse que una norma que varíe los términos dentro de los cuales se deban realizar las actuaciones procesales o que modifiquen la práctica de estas, sea favorable o desfavorable por su propia naturaleza para el procesado" (Sentencia agosto 27 de 1987).

Puede concluirse entonces, que la ley procesal que otorgue a uno u otro Tribunal la competencia para conocer de determinado proceso es por lo general norma neutra, mientras no lesione el derecho de defensa o intereses sustanciales de los procesados y es por tanto de aplicación inmediata.

A la luz de los anteriores conceptos y en relación con el caso sub exámine, *se tiene:*

1º El Gobierno Nacional en uso de las facultades que le otorga el artículo 121 de la Constitución Nacional, creó mediante el Decreto 1631 de 1987 unos Jueces Especiales denominados de Orden Público.

2º Por Decreto 180 del 27 de enero del presente año, se tipificaron una serie de conductas ilícitas que por atentar contra la seguridad, tranquilidad públicas y funcionarios públicos, se conocen como delitos de terrorismo.

3º El Decreto 180 y el 181 de 1988, atribuyeron el conocimiento de la mayor parte de estos delitos a los Jueces de Orden Público, para su investigación y fallo.

4º Los hechos de que aquí se trata, fueron consumados con posterioridad a la vigencia de los aludidos decretos.

5º Como por la época en que entraron en vigencia dichos decretos (enero 27 de 1988) no había sido creado el Tribunal Superior de Orden Público, se atribuyó la segunda instancia de los procesos decididos por los Jueces de Orden Público a una Sala Especial de juzgamiento del respectivo Tribunal Superior.

6º Como se presentara un inmenso vacío legal y sobre todo en la práctica en relación con la competencia para conocer de estos procesos, porque los Jueces de Orden Público no fueron nombrados y no entraron en funcionamiento oportunamente, como tampoco las Salas Especiales de los Tribunales Superiores, el Gobierno Nacional dictó una norma de carácter provisional y transitorio, el Decreto 333 del 24 de febrero de 1988, encaminado a remediar la situación, disponiéndose que mientras entraba en funcionamiento la Jurisdicción de Orden Público, conocerían de los delitos contemplados en los Decretos 180, 181 y 261 de 1988 "...los jueces que hasta la expedición de los mencionados decretos tenían la respectiva competencia..."

7º El 16 de marzo de 1988, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 474, otorgó nuevamente la competencia para investigar y fallar la mayor parte de los delitos contemplados en los Decretos 180 y 181 de 1988 a los Jueces de Orden Público y creó el Tribunal Superior de Orden Público al cual se le atribuyó la competencia para conocer en segunda instancia de la apelación y consulta de las decisiones proferidas por los Jueces de Orden Público, dentro de los procesos de que trata el artículo 2º del Decreto 474 de 1988 entre los cuales se encuentran aquellos que se sigan por los delitos de homicidio y lesiones, en sujetos pasivos cualificados o consumados con fines terroristas.

8º Como el Tribunal Superior de Orden Público, no había sido integrado ni había entrado en funcionamiento, como tampoco la totalidad de los Jueces de Orden Público, el mismo Decreto 474 de 1988 en su artículo 25, dispuso que mientras asumían funciones los Jueces de Orden Público continuarían conociendo de la investigación y fallo de dichos delitos los Jueces y Magistrados que hasta la fecha de expedición del decreto tenían la respectiva competencia.

9º Concluyese de lo anterior, que al entrar en funcionamiento el Tribunal Superior de Orden Público, asumió la competencia que le otorga el Decreto 474, cuyo inciso 2º del artículo segundo dice textualmente:

"...De la segunda instancia de los procesos a que se refiere el presente artículo, se surtirá ante el Tribunal Superior de Orden Público, bien sea mediante apelación o mediante consulta, de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal.

10. Se trata de una norma de procedimiento que fija la competencia, por tanto de aplicación inmediata que no afecta, lesiona ni menoscaba derechos sustanciales de los procesados y donde no incide en consecuencia, el principio de favorabilidad. Tampoco se trata de la excepción contemplada en el artículo 40 de la Ley 157 de 1887, como muy bien lo aclara el Tribunal Superior de Medellín.

11. Como el Tribunal de Orden Público, no ha discutido ni desconocido que en el caso sub júdice *se trata de conductas que por su naturaleza se subsumen dentro de los hechos punibles contemplados en el artículo 2º del Decreto 474 de 1988, el conocimiento de la segunda instancia le corresponde por voluntad de la ley.*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *dirime* la colisión de competencias negativas, atribuyendo el conocimiento de la segunda instancia al Tribunal Superior de Orden Público, entidad a la cual se le remitirá el expediente.

Copia de esta decisión, envíese para los fines legales, al Tribunal Superior de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

Estando designados y funcionando los jueces de orden público, el precepto transitorio contemplado en el artículo 25 del Decreto 474 de 1988, dejó de regir en aquellas jurisdicciones donde entraron a operar los funcionarios competentes para conocer de los procesos por las conductas a que se refiere el Decreto 180 de 1988

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 066 de octubre 25 de 1988.

Vistos:

Por auto de 13 de agosto del presente año el Juzgado Primero Especializado de Medellín provocó colisión de competencia negativa al Juzgado de Instrucción Criminal (reparto) de la misma ciudad, por considerar que era este el funcionario competente para investigar y fallar el delito de "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional" que en su concepto se tipifica en este asunto, pero sin fines terroristas como lo prevé el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986 y no el contemplado en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 o "Estatuto para la Defensa de la Democracia".

Por su parte el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de la misma ciudad por auto de 22 de agosto último consideró que el Juzgado competente para conocer de este proceso lo es el de orden público pero, mientras entran en funcionamiento los citados funcionarios, deben investigar y fallar los Especializados por mandato expreso del Decreto-ley 474 de 1988, artículo 25.

Esta Sala en providencia de 15 de septiembre del presente año precisó los alcances del Decreto 180 de 1988 respecto de la competencia de los Juzgados y Tribunal de Orden Público, de la siguiente manera:

"Sin entrar a hacer un análisis sobre las muchas críticas que se le han formulado al Decreto 180 de 1988 es evidente que la Sala debe proceder a hacer un estudio del contexto del decreto legislativo para establecer cuál es la competencia que le corresponde a los Jueces y al Tribunal de Orden Público.

"En este orden de ideas debe recordarse que el Decreto que declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, Decreto 1038 de 1984, tuvo su origen en la concurrencia de numerosos actos de terrorismo y en la realización de plurales hechos violentos que han producido la muerte de muchos civiles, y de miembros de las Fuerzas Armadas y que con el transcurso del tiempo tales actividades se acrecentaron en todo el territorio nacional manifestándose en actos que atentan contra la vida e integridad de los funcionarios del Estado, dirigentes políticos y sindicales, intelectuales, el secuestro de candidatos a alcaldías y corporaciones públicas de elección popular, con fines desestabilizadores de las instituciones democráticas; y que igualmente mediante actos terroristas se han ocasionado graves daños a plantas industriales, oleoductos, edificios públicos y privados y que en tales condiciones es deber del gobierno enfrentar la situación de violencia generalizada, el ataque premeditado a las instituciones democráticas que se han manifestado en el auge de actos terroristas, para lo cual es necesario complementar las disposiciones del Código Penal y de Procedimiento Penal.

"Con base en las consideraciones precedentes sintetizadas, se dictaron una serie de disposiciones de derecho penal y de procedimiento penal que buscan ante todo poner remedio a las manifestaciones de violencia que se han generalizado en el país.

"Dentro de la modalidad legislativa escogida para la redacción del decreto que se comenta no se siguió un tratamiento legislativo uniforme, en ocasiones por decisión política del legislador extraordinario que consideró que algunas conductas debían hacer parte de este estatuto, así no estuviesen guiadas por finalidades terroristas; y en otras porque la naturaleza de las materias tratadas legislativamente así lo exigían y dentro de esta línea de pensamiento es preciso destacar como en muchas de las conductas tipificadas se incluye un elemento subjetivo como es el caso de la conducta descrita en el artículo 29 que se inicia 'el que con fines terroristas...'; y en una u otra forma gramatical, en un primer grupo de artículos esta exigencia o elemento subjetivo del tipo aparece claramente en las conductas descritas en los artículos 1, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 26 y 31.

"Por el contrario existen dos grupos de artículos en los que no aparece esta exigencia subjetiva, o que tratándose de tipos de conducta alternativa, en una de ellas no aparece como integrante de la misma, la finalidad o propósito terrorista. En el segundo grupo se encuentra la *fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional* en el artículo 13 en el que *no se hace mención a que la conducta realizada deba ser con finalidades terroristas o con vinculación a ellas;* o la prevista en el artículo 18 interceptación de correspondencia oficial, en la que tampoco se exige que la conducta tenga relación con actividades terroristas; la del artículo 19 relacionada con la utilización ilegal de uniformes e insignias donde brilla por su ausencia la exigencia que caracteriza la mayoría de las conductas descritas en el Decreto legislativo que se analiza; el secuestro tipificado en el artículo 22, en el que se limita a definir la conducta atentatoria contra la libertad individual; y finalmente la del artículo 28 que tipifica el secuestro de aeronaves, naves o

medios de transporte, en el que tampoco aparece la finalidad terrorista. En el tercer grupo, aparecen tipos de conducta alternativa, donde se describen dos o tres conductas, unas en las que es indispensable la demostración de la finalidad terrorista para que pueda entenderse que la conducta se consumó conforme a la descripción legal y la otra, en la que no se requiere haber actuado con tan precisa finalidad. Es el caso de la conducta tipificada en el artículo 7º, concierto para delinquir, en la que se describen dos conductas: a) El que forme parte de grupo de sicarios y b) El que forme parte de una organización terrorista; y las conductas descritas en el artículo 15, sobre 'instrucción y entrenamiento' militar, en donde igualmente se presenta el mismo fenómeno analizado con anterioridad, porque aquí las conductas alternativamente tipificados son: a) El que sin autorización legal organice, instruya, entrene a persona en tácticas o procedimientos militares... y b) El que sin autorización legal organice, instruya, entrene o equipe a personas en tácticas o procedimientos terroristas...; y c) ... o, las contrate con fines terroristas".

"Finalmente existe una cuarta clase de tipos penales en los cuales la descripción de la conducta no incluye el elemento subjetivo de la finalidad terrorista, pero sí se la agrega en la titulación del artículo, es la situación concreta de los artículos 9 y 27 que respectivamente se titulan 'incendio, destrucción o daño de nave, aeronave o medio de transporte por acto terrorista', y 'atentados terroristas contra complejos industriales y otras instalaciones'; normas que si se estudian detenidamente no contienen exigencias que son características de la mayoría de los tipos que constituyen este ordenamiento legislativo. En realidad de verdad, en relación con estas dos conductas no era estrictamente necesario que se incluyera la exigencia terrorista, porque por la misma modalidad comportamental y circunstancial de la conducta, por sí mismas evocan o constituyen el acto terrorista en su esencia, puesto que se trata de conductas que implican incendiar, destruir, dañar o causar el hundimiento, naufragio o encallamiento de nave marítima o fluvial o caída, incendio, o daño de aeronave o destruir vehículo o unidad montada sobre ruedas en el caso del tipo inicialmente mencionado; y en el segundo, es la destrucción utilización mediante bombas o explosivos o cualquier medio apto, una serie de complejos industriales, puentes, aeropuertos, terminales portuarios y similares.

"Por qué tratándose como se trata de un estatuto eminentemente antiterrorista se encuentran conductas en las que no aparece esta motivación de la conducta? La situación estructural es clara, porque el elemento subjetivo del tipo existe como una exigencia técnica imprescindible para distinguir una conducta ilícita de una inocua, como sucede con el hurto, porque si no se agrega 'el propósito de provecho', es evidente que la conducta consistente en sustraer un bien mueble ajeno constituirá una contravención, una falta civil, o simplemente una conducta inocua, pero no podrá concretarse como un atentado contra el patrimonio económico; en otras ocasiones el elemento subjetivo del tipo sirve para distinguir una conducta ilícita de otra, porque la modalidad comportamental es exactamente la misma y sólo se vienen a distinguir por la finalidad perseguida por el sujeto agente, que es lo que sucedía con el secuestro y el rapto en la anterior legislación penal,

puesto que es evidente que el comportamiento delictivo en ambas era un atentado contra la libertad individual, pero en el uno, la finalidad era el beneficio patrimonial o de cualquier otra naturaleza, mientras que en el rapto tenía que ser con fines matrimoniales o libidinosos. Realizado el análisis anterior debe concluirse entonces que fue querer del legislador que algunas conductas por su gravedad o trascendencia social fueron incluidas en el estatuto antiterrorista sin ser necesario en relación con ellas que se realizaran con finalidades terroristas.

"En el estatuto que se analiza, se debe afirmar que si el propósito del legislador es tomar medidas para contrarrestar una determinada forma de delincuencia, es necesario que en sus normas tiene que enfatizarse, cuáles son las conductas que efectivamente, y de manera más eficaz influyen en la perturbación del orden público y porque si se quiere crear un grupo de jueces con una competencia singular, denominada jurisdicción especial, es necesario delimitar su órbita de competencia, para que en un momento determinado, por falta de su precisa individualización, no se conviertan en realidad en jueces ordinarios regulados por las normas generales de competencia y dentro de tales finalidades entonces era indispensable que se especificara el elemento subjetivo. Para clarificar el concepto tómese por ejemplo el caso del homicidio, con el que no era posible pensar que todos los homicidios, cometidos por mil y un motivos, o incluso sin motivaciones especiales, fueron a quedar dentro de la competencia de estos jueces creados especialmente para combatir una forma específica de delincuencia, determinándose entonces que el homicidio para que fuera del conocimiento de la jurisdicción especial era necesario que se cometiera con finalidades terroristas y sobre alguno de los funcionarios que se mencionan en el artículo 29 del estatuto comentado; es por ello entonces que el homicidio para que sea de competencia de la jurisdicción especial debe ser cometido con fines terroristas, y sobre determinadas personalidades y aún así, es preciso destacar que si se comete el homicidio sobre uno de los personajes allí enumerados pero con motivaciones diversas a las terroristas, las pasionales, por ejemplo, la competencia para conocer del proceso será la señalada en las reglas generales del Código de Procedimiento Penal.

"Debe sí advertirse en este caso que el conocimiento de un proceso de homicidio cometido sobre algunas de las personas enumeradas en el artículo 29, en principio, su instrucción le corresponde a los Jueces de Orden Público y sólo luego de que con la investigación se demostrara que las motivaciones del delito fueron diversas a las estrictamente terroristas, se podrá enviar el proceso para que sea conocido por los jueces de la competencia ordinaria.

"Pero de todas las conductas que se querían involucrar en esta competencia especial contienen tal finalidad, porque como ya se relevó con anterioridad el legislador extraordinario quiso incluir dentro del estatuto antiterrorista, conductas en las que no es imprescindible actuar con finalidades terroristas sin que por ello se pudiera concluir entonces que la competencia no sea de esa jurisdicción especial. Se explica

entonces así el porqué de algunas conductas que escapan a la norma general que caracteriza a las descritas en el estatuto penal que se analiza.

"Lo anterior, porque la dificultad para definir o precisar el terrorismo proviene del hecho de que es una designación genérica que engloba toda una serie de actos multiformes que comportan violencia y terror, y son así muchas las conductas que podrían estar comprendidas dentro de la genérica expresión de terrorismo.

"Son muchas las conductas en las que no existiría la más mínima duda de que se trata de actividades terroristas, tal el caso de cuando se actúa con elementos capaces de ocasionar un daño común, o cuando se realizan con altos funcionarios del Estado.

"Pero al mismo tiempo existirían otros en los que se presentaría gran dificultad para ubicarlos como actividades terroristas; de allí entonces que el legislador extraordinario busque una precisión de algunas de esas conductas agregándoles un elemento subjetivo e incluyendo otras que por decisión pública, fundamentalmente por su importancia consideró que deberían estar en un estatuto que pretende restaurar el orden público perturbado.

"Esta manera multiforme de presentarse el terrorismo como fenómeno social afecta evidentemente los móviles porque como afirma PREVOSI, no se trata sólo de una simple voluntad de negar todo el sistema social, sino que puede ser el combatir una política particular (la petrolera); una política capitalista, en cuanto al manejo de las políticas económicas, salariales y de reforma agraria; o bien, de oponerse a un cierto comportamiento político" *(Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Expediente número 3210).*

En el caso concreto a estudio, los hechos tuvieron ocurrencia con posterioridad a la vigencia del Decreto extraordinario 474 de fecha 16 de marzo del presente año, es decir, no existe la más mínima duda sobre su aplicabilidad. Por ello, entratándose de una conducta que se adecúa al tipo penal previsto en el artículo 13 del Decreto-ley 180 de 1988 y estando ya designados y funcionando los Jueces de Orden Público, el precepto transitorio contemplado en el artículo 25 de aquél (Decreto 474) dejó de regir en aquellas jurisdicciones donde entraron a operar los funcionarios competentes para conocer de los procesos por las conductas a que se refiere el Decreto 180 de 1988, cuya precisión se hizo en la providencia ya citada y que en lo pertinente se ha consignado en esta oportunidad.

Por ello, este proceso debe ser remitido a los Jueces de Orden Público de Medellín —Reparto—, para que avoque el conocimiento de la investigación y dé el impulso procesal que corresponda al caso concreto.

Esta decisión se toma teniendo en cuenta que si bien el Juez de Orden Público no está involucrado en el conflicto planteado, sí está trabado en el conflicto quien antes tenía su competencia y realizadas sus funciones por no haber entrado aún en funcionamiento y en tales condiciones, ha de entenderse que el conflicto está planteado entre el

Juez de Instrucción Criminal y el de Orden Público y en tales condiciones es la razón de la solución del conflicto y porqué la Corte lo dirime.

Por conducto del Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Medellín, remítase la actuación al funcionario competente. Copia de esta decisión se remitirá al Juez Primero Especializado de la citada ciudad.

Finalmente, como por auto del catorce (14) de septiembre último el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Medellín advierte la presencia de una petición de excarcelación del apoderado del procesado Fernando Antonio Henao que en la actuación duplicada debió ser atendida y, como lo ha sostenido esta Corporación esta clase de incidentes no puede ser resuelto por la Corte por falta de competencia, ningún pronunciamiento se hará al respecto.

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

Resuelve:

1º *Dirimir* el conflicto de competencias trabado entre los Juzgados Primero Especializado y Noveno de Instrucción Criminal de Medellín, asignando la competencia para conocer de este proceso seguido contra Andrés Lucena Blair y Fernando Antonio Henao, por violación al artículo 13 del Decreto-ley 180 de 1988, al Juzgado de Orden Público de Medellín —Reparto—.

2º Por conducto del Juzgado Noveno (9º) de Instrucción Criminal de Medellín, remítase la actuación al funcionario competente. Copia de esta providencia hágase llegar al Juez Primero Especializado de la misma ciudad.

3º *Abstenerse* de conocer de la petición de libertad provisional elevada por el apoderado del procesado Fernando Antonio Henao, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA

Por estar atribuida la competencia para conocer del delito de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional a la jurisdicción de Orden Público, es a ésta a la que le corresponde conocer de los delitos que le sean conexos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 66 de octubre 25 de 1988.

Vistos:

Dirime la Sala la colisión negativa de competencias trabada entre el Tribunal Superior de Medellín y el de Orden Público, quienes se han abstenido de conocer en segunda instancia del proceso que se sigue contra *Warney Tello Caicedo* y otros, sindicados de infringir el inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y el artículo 13 del Decreto 180 de 1988.

Hechos:

En el operativo que practicaban unidades del Batallón Girardot de Medellín en la hacienda "Rancheria" situada en esa jurisdicción, fueron interceptados por dos camperos que repelieron la operación con armas de fuego.

Como resultado del enfrentamiento quedaron heridos una de las unidades del Batallón, dos de los ocupantes de los camperos y muertos otros de estos individuos.

Días después, personal del Ejército inspeccionó el inmueble encontrando en su interior, debidamente camuflados 148 kilos de cocaína, equipos de comunicación, armas de diferentes marcas y calibres, municiones, miras telescópicas, etc.; además se detectó una pista aérea con una avioneta semioculta, un poderoso tanque de combustible para el abastecimiento de la aeronave, en fin, toda una organización destinada al narcotráfico.

Criterio de los colisionantes:

1. La discrepancia de las Corporaciones colisionantes, se fundamenta en la tipificación del porte y conservación ilegal de armas, delito del cual hacen depender la competencia para conocer de este proceso.

2. Para el Tribunal de Orden Público sólo se tipifica el delito de narcotráfico porque es lógico que quienes se dedican a esta actividad ilícita posean "equipos de comunicaciones y armas de diferentes condiciones para hacer viable el comercio de esos alucinógenos", debiendo conocer del proceso la jurisdicción ordinaria.

3. Entre tanto, el Tribunal Superior de Medellín se fundamenta en la autonomía delictual para colegir concurso de hechos punibles por violación al inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, y al estar atribuida la competencia para conocer de este último delito y los conexos al Tribunal de Orden Público de conformidad con el artículo segundo del Decreto 0474 de 1988, es la jurisdicción especial la competente para conocer de este proceso.

Consideraciones de la Corte:

1. *Aclaración previa.* En primer término debe clarificar la Sala, que, la disposición aplicable en este caso para el tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, es el precitado artículo 13 del Decreto 180 de 1988 y no el Decreto 3664 de 1986 como lo afirmó el Juez Primero Especializado al resolver la situación jurídica de los indagados, ya que los hechos sucedieron el 2 de mayo de 1988 y dicho Decreto entró a regir el 27 de enero del presente año.

2. *Proceso de subsunción. Como lo reconocen los Tribunales colisionantes, ninguna duda se suscita respecto a la tenencia de los 146 kilos de cocaína incautados, tipificándose tal comportamiento en el inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986.*

Esta disposición no exige para la adecuación de cualquiera de las conductas alternativas descritas en el supuesto de hecho, el porte, almacenamiento o conservación de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares; basta que sin permiso legal, se "introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia..." para que la conducta sea punible, desde luego, siempre y cuando se actúe culpablemente.

La importación, fabricación, porte, reparación, almacenamiento, conservación, transporte, adquisición o suministro a cualquier título y sin permiso de autoridad competente, de armas o municiones de uso privativo de la Fuerzas Militares o Policía Nacional, también se encuentran descritos y sancionados penalmente como delitos autónomos en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988.

Es, entonces, claro que la ley penal prohíbe y sanciona autónomamente el tráfico de estupefacientes y el de armas de uso privativo de

las Fuerzas Militares o de Policía Nacional; esto significa que de estos delitos puede predicarse el concurso material.

3. La unidad de acción. A pesar de carecer de fundamentación el criterio del Tribunal de Orden Público, pues se limita a concluir que la conservación de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares no es típica porque es "lógico que quienes se dedican a esta actividad las posean", parece que se ha entendido que la tenencia de las armas es el medio para conservar la cocaína.

De ser así, impera precisar, que la concepción prejurídica de acción tampoco permite llegar a tal conclusión; los medios exigidos para que sea posible lograr el fin propuesto, son los idóneos y necesarios para poner en marcha la causalidad y exteriorizar el comportamiento.

En este caso, para la conservación de la cocaína e inclusive para su fabricación, no puede tenerse como medio necesario, el porte o almacenamiento de armas, pues sin ellas puede lograrse el fin propuesto.

El propósito del fin, la elección de medios, el conocimiento causal y de las circunstancias concomitantes y la exteriorización de la acción, son diversos en la conservación de la cocaína y en la tenencia de las armas de uso privativo de las Fuerzas Militares; corresponden a conductas separables óntica, ontológica y jurídicamente; cada uno de estos comportamientos se realizaron sin depender el uno del otro y pueden subsistir separadamente.

Carece de fundamento la conclusión a que llegó el Tribunal de Orden Público respecto a la tipificación de las conductas objeto de imputación; si se parte de un criterio jurídico de conducta, como se analizó la ley penal no exige conservación de armas como medio para consumar la fabricación o conservación de la cocaína y en el marco del enfoque óntico tampoco es coherente el planteamiento, que se reitera, pues el tráfico de armas corresponde a una acción finalísticamente diversa al delito de narcotráfico y no es admisible tomar una conducta independiente para convertirla en medio de otra.

Se trata, en consecuencia de delitos independientes, susceptibles de concursar.

4. La jurisdicción competente. Establecido que el concurso de delitos, infracción al inciso primero, del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, artículo 13 del Decreto 180 de 1988, impera dilucidar cuál es la jurisdicción competente para conocer de este proceso.

Dispone el artículo 23 del Decreto 474 de 1988, que mientras subsista el orden público, los Jueces Especializados conocerán en primera instancia de los delitos establecidos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986 y conexos y el artículo 2º del mismo estatuto, por medio del cual se modificó el artículo 2º del Decreto 181 de 1988, preceptúa que los Jueces de Orden Público creados por el artículo 4º del Decreto 1631 de 1987 conocerán en primera instancia del delito de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de Policía Nacional y conexos.

En principio podría pensarse que el conocimiento de la infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986 está asignada concomitantemente a

los Jueces de Orden Público y a los especializados, presentándose una contradictoria duplicidad de jurisdicciones para conocer del mismo proceso; pero de la interpretación sistemática del precitado Decreto 474 se establece, que este conflicto es apenas aparente.

En efecto, los Jueces Especializados conocen de estos delitos de narcotráfico cuando se investigan independientemente o en conexidad con otros, pero siempre y cuando, los conexos no sean de los asignados a los Jueces de Orden Público.

El principio de especialidad que rige a la Jurisdicción de Orden Público, la torna restrictiva para el conocimiento exclusivo de los delitos asignados; por tanto, entre los delitos conexos atribuidos a los Jueces Especializados, se excluyen los asignados a aquella especial jurisdicción.

Así las cosas, al estar atribuida la competencia para conocer del delito de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de Policía Nacional de que trata el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, exclusivamente, a la Jurisdicción de Orden Público, es ésta a quien le corresponde conocer de los delitos de narcotráfico, por ser conexos.

5. *Otros aspectos.* El argumento del Tribunal de Orden Público de que esa jurisdicción fue establecida para conocer de los delitos "relacionados con el terrorismo", conforme se colige del artículo 1º del Decreto 180 de 1988 y carecer de esta finalidad los delitos por los cuales se procede, la competencia radica en la jurisdicción ordinaria.

Al estudiar este punto en otra oportunidad, la Corte concluyó, que la carencia de elemento subjetivo para algunos delitos como el de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de Policía Nacional estatuido en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, no significa que su conocimiento no corresponda a la Jurisdicción de Orden Público, sino que, "fue querer del legislador que algunas conductas por su gravedad o trascendencia social fueran incluidas en el Estatuto Antiterrorista sin ser necesario en relación con ellas que se realizaran con finalidad terroristas" (Auto de 15 de septiembre de 1988. Proceso número 3210. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas).

Por tanto, tampoco este es motivo para que no conozca de este proceso el Tribunal Especial colisionante.

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

Resuelve:

Dirimir el conflicto de competencias trabado entre el Tribunal Superior de Orden Público y el Tribunal Superior de Medellín, asignando la competencia para conocer de este proceso en segunda instancia, al primero.

Disponer remitir copia de esta providencia, por vía informativa, al Tribunal Superior de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

1º VEREDICTO

Dentro de las atribuciones que la ley le otorga al juez de derecho como director de la audiencia, está la de procurar que las respuestas del jurado sean lo suficientemente claras para sustentar en ellas su fallo

2º VIOLACION DIRECTA

La violación directa se edifica sobre la vulneración de normas sustanciales, entendiéndose por ellas en general las que establecen derechos y obligaciones y en particular en materia penal, las que señalan los principios fundamentales de este derecho, crean delitos y aplican sanciones

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada: Acta número 67.

Vistos:

El defensor de los procesados *Adolfo Carvajalino Teherán* y *Angel Tulio Ruiz*, interpone recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia pronunciada por el Tribunal Superior de Sincelejo, mediante la cual esa Corporación confirmando en su integridad la decisión tomada por el Juzgado Unico Superior de Sincelejo, los condenó a la pena principal de diez (10) años de prisión a cada uno de ellos como autores responsables del delito de homicidio. El recurso fue concedido por el Tribunal de origen y la Corte lo declaró admisible; habiéndose presentado la demanda de casación ésta fue debidamente ajustada a los requisitos legales.

Oído el señor Procurador, procede la Corte a resolver lo pertinente.

I. Hechos:

Informan los autos que el día 13 de abril de 1986, siendo aproximadamente las 6:30 de la tarde los señores Julián y Rubén Carvajalino llegaron a la casa de Manuel Esteban Cabarcas, situada en la calle llamada La Ceibita en la población de San Onofre, al tratar el primero

de los nombrados de agredir con una botella a Cabarcas, éste disparó su revólver causándole la muerte, por lo que Rubén Carvajalino reaccionó atacando con un machete al ofensor, cercenándole una mano y lesionándolo en el estómago, habiendo éste accionado nuevamente su arma de fuego contra su rival de turno a quien también ultimó con sus proyectiles. Posteriormente Angel Julio Ruiz y Adolfo Carvajalino le causaron la muerte a Pascual Cabarcas, padre de Esteban, golpeándolo con una caña y con una piedra varias veces en la cabeza.

II. Actuación procesal:

1º La investigación criminal fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Onofre, vinculando al proceso mediante indagatoria a Adolfo Carvajalino Teherán y Angel Julio Ruiz, como autores de la muerte de Pascual Cabarcas y a Manuel Esteban Cabarcas como autor de la muerte de Julián y Rubén Carvajalino, y culminada por el Juzgado 6º de Instrucción Criminal de ese Distrito Judicial.

2º Clausurada la investigación el Juzgado Unico Superior de Sincelejo llamó a responder en juicio criminal por los delitos de homicidio a Adolfo Carvajalino, Angel Julio Ruiz y Manuel Esteban Cabarcas Torres. Esta decisión fue apelada ante el Tribunal Superior el cual confirmó el auto de proceder impugnado.

3º Adelantada la etapa del juicio se desarrolló la audiencia con intervención de los jueces de conciencia. Finalizado el debate, el jurado pronunció su veredicto en la siguiente forma:

a) Manuel Esteban Cabarcas Torres: Dos miembros del jurado afirmaron que era responsable de la muerte de Julián Carvajalino, al tiempo que el tercero reconoció la legítima defensa y por la muerte de Rubén Carvajalino fue absuelto;

b) Adolfo Carvajalino Teherán, responsable de la muerte de Pascual Cabarcas;

c) Angel Julio Ruiz, responsable de la muerte de Pascual Cabarcas.

4º El Juzgado acogió el veredicto condenando a cada uno de los procesados a la pena de diez (10) años de prisión, decisión que fue confirmada por el Tribunal.

III. La demanda de casación:

Primer cargo:

En el marco de la causal cuarta de casación (Código de Procedimiento Penal anterior) el actor formula el primer cargo, afirmando que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad, por inobservancia de las formas propias del proceso, al haberse proferido por el jurados dos veredictos, habiéndose hecho enmendaduras y adulteraciones que lo invalidan, lo cual implica inobservancia del debido proceso y menoscabo del derecho de defensa.

Segundo cargo:

Invoca el censor la causal primera de casación, cuerpo primero —violación directa de la ley por interpretación errónea del sentenciador de los artículos 8º y 9º del Código de Procedimiento Penal derogado— interpretación impertinente que condujo al Tribunal sin mucho estudio a negar la nulidad y además lo condujo a no merecerle importancia al veredicto cuestionado "...actuación que hace muy endeble la sentencia repudiada".

Asegura que al haber dicho el Tribunal que la remisión al procedimiento civil sólo se hace cuando tengan que deducirse cuestiones civiles o administrativas "implica que confundió las normas legales que regulan la evaluación de las pruebas, con los que regulan su producción o eficiencia, contrariando el espíritu del artículo 19 que ordena calificar las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación procesal civil..."

Tercer cargo:

Pasa ahora al cuerpo segundo de la causal primera (violación indirecta), "por haber incurrido el fallador de instancia en error de derecho en la apreciación de elementos probatorios..." Considera así que se le otorgó inmerecido pleno valor al testimonio insular de la menor Liris Cabarcas, lo cual abrió el camino a la violación del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, por no tener en cuenta las condiciones personales y sociales de la testigo que es menor de 14 años y está doblemente vinculada familiarmente a Manuel Cabarcas Torres y a Pascual Cabarcas, hecho que contribuyó a la violación del artículo 215 así como del 217 y 218 *ibídem*.

Cuarto cargo:

Aquí acusa el censor la sentencia por la vía de la causal primera, cuerpo primero, violación directa de la ley, "al dejar de darle aplicación al artículo 534 del Código de Procedimiento Penal", pues la conducta de sus defendidos debió consumarse en estado de ira e intenso dolor y aunque el jurado no lo reconocía ello no es motivo para que el juez de derecho no lo haga, estando demostrada, como lo está, esta circunstancia.

Señala la limitación que el artículo 534 de la actual codificación procesal, le hace al jurado "al cual me acojo con fundamento en el principio de favorabilidad".

IV. Respuesta del Ministerio Público:

Después de hacer un riguroso estudio de la demanda de casación, al cual se hará referencia por la Sala, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal recomienda a la Corte no casar el fallo impugnado.

V. Consideraciones de la Sala:

Primer cargo:

El primer cargo lo sustenta el censor sobre la tesis de que se produjeron dos veredictos. Esta opinión del casacionista no se ajusta a la realidad por cuanto lo que ocurrió en verdad es que pronunciado éste por los jueces de conciencia, ante la falta de claridad de la respuesta el juez que presidía la audiencia les solicitó la aclaración respectiva, motivo por el cual, previa reunión, estos hicieron las respectivas aclaraciones.

Sobre el particular debe recordársele al censor, que dentro de las atribuciones que la ley le otorga al juez de derecho como director de la audiencia, está la de procurar que las respuestas del jurado sean lo suficientemente claras para sustentar en ellas su fallo sea este condenatorio o absolutorio. Por ello cuando el veredicto no reúna esta característica elemental, debe el juez pedirle la aclaración sin que ello signifique vulneración de la autonomía de los jueces de conciencia, ni desvío del sentido de la veredicción. Y la respuesta aclaratoria del jurado no puede entenderse como un nuevo veredicto que subsista en dualidad con la respuesta confusa inicialmente dada.

Sobre este aspecto ya se pronunció la Corte en anterior oportunidad en la que afirmó: "Lo sucedido dentro de estos límites, se repite, no puede mirarse como excedida y rechazable intervención, ni mucho menos mirar una adición, rectificación o aclaración de voto como nuevo y distinto veredicto. Este sigue siendo el mismo y único; con estas variaciones impuestas por la previsión de la ley, que busca la eficiencia del juzgamiento, o sea la solución inmediata de los problemas que de no conjurarse oportunamente, darían al traste, con perjuicio para todos, en particular para la administración de justicia" (Casación de noviembre 12 de 1981).

Y como muy bien lo anota el señor Procurador: "En lo que se refiere a nuestro caso, la votación en blanco de algunos de los cuestionarios sometidos al jurado, obligó al juez a requerir de sus miembros un pronunciamiento en cualquier sentido, dándoles una nueva oportunidad de deliberar, lo que efectivamente hicieron, lográndose a la postre un veredicto COMPLETO".

Ahora bien, como el censor además de alegar la existencia de dos veredictos, afirma que las hojas de respuesta utilizadas por el jurado presentan enmendaduras y adulteraciones que lo hacen inadmisible y que su aceptación por los falladores se hizo en abierta oposición al artículo 160 del Código de Procedimiento Penal (anterior), que señala, "todas las actuaciones del proceso deberán ser escritas sin dejar blancos, y sin enmiendas, abreviaturas ni raspaduras. Los errores o faltas que se observen se salvarán al terminar el acta antes de firmarla". Debe decirse por la Sala, que tal apreciación es equivocada y significa un criticable recurso de parte del casacionista quien conoció en su momento las vicisitudes del veredicto, como partícipe en la audiencia y le consta que sobre él no recayó ninguna adulteración y que las enmendaduras que sobre él practicaron los mismos jurados fue la

consecuencia lógica de la deliberación que determinó la remoción de algunos de sus aspectos, por lo cual, sobre la misma hoja y escritura plasmaron las correcciones necesarias.

Pero lo importante es que ellas fueron hechas por los mismos jueces de conciencia, en cumplimiento de su labor, dentro de la misma audiencia y sin vulnerar su autonomía y el veredicto pronunciado con tachones y enmendaduras fue claro en sus términos a tal punto que todos los intervinientes lo entendieron así, como quedó consignado en el acta, incluido el defensor hoy casacionista quien no hizo uso de lo dispuesto en el artículo 515 del Código de Procedimiento Penal anterior, si tenía algún reparo o rectificación. No existiendo entonces motivo alguno de nulidad por violación a las formas propias del juicio, no prospera el cargo.

Segundo cargo:

Debe observarse, en primer término con relación a este cargo que incurre el censor en error de técnica al pretender invocar la violación directa de normas estructuralmente procesales o de trámite como lo son los artículos 8 y 19 del Código de Procedimiento Penal.

Recuérdese que *la violación directa se edifica sobre la vulneración de normas* sustanciales, *entendiéndose por ellas en general las que establecen derechos y obligaciones y en particular en materia penal, las que señalan los principios fundamentales de este derecho, crean delitos y aplican sanciones independientemente del estatuto en que se encuentren, excluyéndose aquellas que se limitan a ser reguladoras de la actividad* in procedendo.

Es claro que los artículos 8 y 19 del estatuto procesal recientemente derogado regulan la aplicación de normas de procedimiento civil en el proceso penal por lo que no puede calificarse como sustanciales. Por este aspecto no puede prosperar la censura.

Pero además, como lo anota el señor Procurador Delegado "...la interpretación que le diera el ad quem al artículo 19 fue la correcta Era improcedente su invocación pues lo que se quería establecer era la invalidez del veredicto, pronunciamiento que nada tiene que ver con lo civil o lo administrativo, y la petición de un incidente de nulidad para resolver la controversia, estaba fuera de lugar".

No prospera el cargo.

Tercer cargo:

El desapego a la técnica del recurso impide a la Corte penetrar en el estudio de este cargo, en el cual el censor invoca violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la apreciación de elementos probatorios, cuando se trate de un juicio ante jurados.

Reiteradamente la jurisprudencia ha señalado que: "Por averiguado se tiene, en esta clase de procesos, que resulta infructuoso buscar la prosperidad de un recurso de esta índole, sobre la base de demeritar los elementos de convicción allegados a las sumarias y seguramente conocidos y tenidos en cuenta por el jurado de conciencia

al emitir su veredicto. Esto por múltiples razones, que la doctrina ha tenido oportunidad de desarrollar con esmero, viniendo al caso anotar, con suficiente brevedad, que juzgando los integrantes del jurado con base en un convencimiento de conciencia, con plena libertad, no es factible contraponerles reflexiones cerradamente jurídicas, porque, además, no es dable precisar cuáles fueron en definitiva las probanzas que convencieron al jurado para advertir cuáles podían tener mérito y cuáles carecían de eficacia bastante para pronunciar una respuesta condenatoria o de absolución; y, por último, porque de entrarse a componer el fallo de sustitución, éste vendría a desvincularse del veredicto pronunciado" (C. S. J. Casación de mayo 2 de 1985. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

No prospera el cargo.

Cuarto cargo:

En este cargo el censor ataca la sentencia de segunda instancia por considerar que se violó directamente la ley sustancial, por no haberse aplicado el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, ya que según él está probado que sus defendidos actuaron en las circunstancias del artículo 60 del Código Penal, que si el jurado no las reconoció, el juez de derecho sí podía y debía hacerlo.

Es evidente la equivocada apreciación en que incurre el casacionista al plantear este cargo, porque es conocido que la facultad a que alude el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal derogado, se refiere es a las denominadas en el Código de 1936, circunstancias de mayor o menor peligrosidad y hoy en día en el Código Penal vigente, de agravación y atenuación punitiva (arts. 64 y 66). Pero no incluye la prevista en el artículo 60, esto es, la ira o intenso dolor causado por comportamiento grave e injusto. El jurado podría haber reconocido esta atenuante, pero si no lo hizo no puede el juez de derecho, so pena de alterar la voluntad del juri *reconocerlo.*

No prospera por ello el cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

EXTRADICION

La entrega material del extraditado sólo podrá hacerse cuando, bajo promesa diplomática de las autoridades extranjeras, se hayan dado al Gobierno de Colombia las seguridades sobre la doble incriminación, la cuantía de la pena y la reciprocidad

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 067 del 1º de noviembre de 1988.

Vistos:

Por nota verbal 373 del nueve (9) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987), el Gobierno italiano por medio de su embajada solicitó la extradición del ciudadano de ese país *Carlo Dini*, procesado por el delito de narcotráfico.

Debe proceder la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a emitir su correspondiente concepto, deber que se cumple luego de hacerse una síntesis de los siguientes

Hechos:

Carlo Dini, ciudadano italiano, domiciliado en Colombia, conforme a lo decidido por providencia del Tribunal de Turín, de catorce (14) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986) fue reenviado a juicio por tráfico de cocaína, sustancia que llevaba hasta ese país en sus viajes, portando cantidades que variaban de medio kilo a un kilo y en pequeñas cantidades por correo.

Por auto del doce (12) de julio del presente año se solicitó a la embajada italiana el envío de las sentencias dictadas en el proceso, por medio del cual se juzgaba al solicitado en extradición, pues por informaciones dadas por su abogado se sabía que ya se había dictado sentencia.

Por oficio del veintiuno (21) de octubre, el Ministerio de Relaciones Exteriores envió copia debidamente traducida de las sentencias de primero y segundo grado por medio de las cuales se condena a Carlo Dini, como responsable del delito por el que había sido procesado. En la de primera instancia del cuatro (4) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987) se condenó al solicitado en extradición, a la

pena principal de cinco (5) años de prisión, concediéndosele el perdón de dos años, y a la pena de cincuenta millones de liras, de los cuales se le perdonaron 10. Por sentencia de segunda instancia del Tribunal de Apelación de Turín del ocho (8) de marzo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), se reformó la de primera, condenando a Carlo Dini a la pena privativa de cuatro (4) años, tres (3) meses y cuarenta y cinco millones de liras de multa.

Las peticiones de la defensa:

Inicialmente el apoderado del requerido en extradición se opuso a la petición de extradición, fundamentando su solicitud en las siguientes argumentaciones: "1. Considera el solicitante que la petición de extradición se formuló con base en la copia de la ordenanza de reenvío a juicio del 30 de septiembre de 1988 pero que en el momento de dirigirse a la Corte ya se había dictado sentencia condenatoria por providencia del 8 de marzo de 1988, por medio de la cual se imponía a Dini una pena principal de 5 años de reclusión y 50 millones de liras como multa, modificada en segunda instancia, para imponer una pena de 4 años, 3 meses de reclusión y 45 millones de liras sosteniendo el solicitante que a tal pena se descontará la rebaja de dos (2) años de reclusión y 10 millones de liras de multa concedida en primer GRADO' ".

Como consecuencia del no envío inicialmente de las sentencias mencionadas, considera el memorialista que el gobierno italiano ha incumplido las obligaciones impuestas por la ley colombiana a este tipo de solicitudes.

Como segundo motivo de oposición sostiene que al ser condenado a cuatro (4) años y tres (3) meses de reclusión, y al serle concedida una rebaja de dos (2) años, la pena definitiva impuesta a Dini es de dos años, 3 meses de reclusión y en tales condiciones no se reúne el requisito punitivo establecido en el artículo 649 del Código de Procedimiento Penal que exige que el hecho que motiva la extradición esté reprimido en Colombia como delito con pena privativa de la libertad no inferior a cuatro (4) años.

Cita el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 en la que se dispone una pena de uno a tres años de prisión cuando la cantidad de cocaína no exceda de 100 gramos, para sostener que Dini fue condenado por el envío de 15 gramos de cocaína y en tales condiciones en Colombia esa conducta sería sancionada con una pena máxima de tres años de prisión y que en esta situación su extradición es improcedente.

Como tercer motivo de oposición a la solicitud de extradición sostiene la falta de doble incriminación y de reciprocidad en cuanto a la entrega de nacionales y pregona la ausencia del requisito de la doble incriminación, porque el delito que motiva la solicitud debe estar reprimido con una pena no inferior a los cuatro años y la sanción a que se hubiera hecho acreedor Carlo Dini por el envío en Colombia de 15 gramos de cocaína sería inferior a esa penalidad.

Sostiene además que el Estado requirente no aportó la legislación italiana relacionada con la extradición y por ello no se cuenta con la promesa del Estado requirente de extraditar a Colombia a las personas

que fueren solicitadas por nuestro país; que tampoco se cuenta con la promesa de que la persona entregada, no sea perseguida, ni procesada o sentenciada por hechos diferentes a los que motivan la extradición, ni tampoco la promesa de que el extraditado no será expulsado o entregado a un tercer Estado sin el consentimiento de éste o del Gobierno de Colombia; tampoco existe seguridad de que el tiempo de detención provisional sufrido en Colombia, le será tenido como parte descontada de la condena impuesta.

Finalmente, interpretando el artículo 17 del Código Penal de Colombia sostiene que para la extradición de nacionales colombianos se requiere que ello haya sido acordado previamente por un tratado, para terminar concluyendo conforme a la Convención Europea de extradición y a la práctica de algunos países de ese continente que considera como nacionales no sólo a los nacidos en dichos países o que hayan adquirido la nacionalidad, sino que tal concepto jurídico se extiende a los residentes y domiciliados en los mismos.

A renglón seguido sostiene que Dini es residente en Colombia desde hace veinte (20) años, que está casado con una ciudadana colombiana y tiene dos hijos colombianos y que por tanto debe ser considerado como nacional colombiano, puesto que su propia voluntad se ha sometido a la soberanía de nuestro país.

En memorial presentado con posterioridad y firmado en esta ocasión, no sólo por el apoderado de la defensa, sino también por el propio solicitado en extradición, hace una serie de reflexiones sobre la demora del trámite que se inicia con la solicitud el veintisiete (27) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986), sin que el Estado requirente haya aportado la documentación completa necesaria para proceder a la extradición, para con base en tal situación sostener que se ven obligados "a aceptar y solicitar la extradición voluntaria o simplificada renunciando al cumplimiento de las formalidades del proceso" sosteniendo que este tipo de extradición se da cuando es la propia persona reclamada quien solicita que se renuncie a las formalidades del procedimiento para que sea entregado inmediatamente" y con esta decisión del sujeto "se resuelve prácticamente el problema que planteó la solicitud del Estado requirente".

Sostiene que ni en la legislación nacional, ni en sus tratados se establece nada en relación con la extradición simplificada y que sólo es mencionada en el Tratado con Estados Unidos en su artículo 16 pero que "podemos acudir por analogía que la persona reclamada puede en cualquier caso acceder voluntariamente a ser entregada sin que se lleve el procedimiento formal, para atender el llamado que le hacen las autoridades extranjeras, no aceptar su voluntad por parte del Estado requerido sería negarle su derecho de defensa".

Consideraciones de la Sala:

Tratándose de solicitudes sucesivas en las que se hacen peticiones opuestas considera la Sala que debe proceder en orden de presentación a analizar todas y cada una de las argumentaciones expuestas.

La primera argumentación que expone la defensa para oponerse a la solicitud de extradición, no tiene razón de ser en este momento, porque si bien es cierto que cuando se presenta el memorial al que ahora se contesta, no se habían remitido copias de las sentencias condenatorias, dicha omisión ya fue subsanada y en este momento reposan con el expediente copias de las providencias condenatorias de primera y segunda instancia.

La segunda razón de su oposición a la solicitud de extradición tampoco tiene fundamento real, pues sostiene la defensa que Dini fue condenado a pena inferior de cuatro años y por tanto no se reúne la exigencia mínima de penalidad establecida por la legislación procesal colombiana, según la cual el solicitado en extradición debe serlo por hecho punible que tenga señalada pena no inferior a cuatro años de privación de la libertad; y no tiene razón el memorialista, porque si bien es cierto que en la sentencia de primera instancia se le impone una pena de cinco (5) años de reclusión y multa de 50 millones de liras, rebajada la primera, en la propia sentencia en dos años y la segunda en 10 millones, para quedar la pena definitiva de primera instancia en tres (3) años de reclusión y 40 millones de liras de multa; pero también lo es que la decisión anterior fue modificada en segunda instancia, para imponérsele una pena de reclusión definitiva de cuatro (4) años y tres meses y 45 millones de liras.

Si se tiene en cuenta que la condena de primera instancia fue apelada por el Ministerio Público contra todos los procesados, se ha de concluir que en el artículo 515 del Código de Procedimiento Italiano establece que cuando el apelante es el Ministerio Público: "Si la apelación se refiere a una sentencia de condena, el juez puede, dentro de los límites de la competencia del juez de primer grado dar al delito una definición diversa aún más grave, cambiar la especie o aumentar la cantidad de la pena, revocar beneficios y aplicar cuando sea necesario las medidas de seguridad y cualquier otra providencia impuesta o consentida por la ley".

Dentro de tales facultades, el Tribunal de segunda instancia modificó la pena base, rebajándola de cinco años, a cuatro años y tres meses, sin que se haga mención ni en la parte motiva, ni en la resolutiva, nada de lo relacionado con el perdón, inicialmente concedido en primera instancia. La posible duda que pudiera surgir en relación a si en segunda instancia se le concedió dicho perdón, no tiene en realidad trascendencia pues el requisito procesal para conceder la extradición es que la conducta esté prevista como delito en ambos países y tenga señalada una pena no inferior a cuatro años y ambos requisitos se dan en este caso.

En la resolutiva de la segunda instancia se establece lo siguiente: "*Reduce* las penas a los siguientes imputados, estableciéndolas... para Dini en cuatro años y tres meses de reclusión y 45 millones de liras de multa".

Es lógico que al no mencionarse para nada, ni en la parte motiva de la sentencia, ni en la resolutiva lo relacionado con la rebaja de pena

que inicialmente se había concedido en primera instancia, se ha de concluir que la pena definitiva es la de segunda y que la rebaja concedida fue modificada.

Tampoco es aceptable la argumentación que en este capítulo hace relación con la no existencia del principio de la doble incriminación al sostener que fue condenado por el envío de 15 gramos de cocaína y que conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, en Colombia no se le hubiera podido imponer pena superior a los tres años de prisión.

Tampoco es afortunado el memorialista en esta argumentación, porque si bien es cierto que las autoridades italianas interceptaron una carta remitida por Dini contentiva de 15 gramos de cocaína, no es por este acto aislado que se lo condena, sino por la conducta continuada de introducir durante varios años cocaína al territorio italiano y ello no deja lugar a dudas si se transcribe un aparte de la sentencia de segunda instancia en la que se afirma: "El Tribunal lo ha considerado responsable del reato indicado en el punto E en relación con la introducción de grandes cantidades de droga en el territorio italiano..." y en el literal E de la sentencia se lee en relación con Dini: "E) Del delito previsto y castigado por los artículos 81, 110 Código Penal 71 1º párrafo y 74 1º párrafo 2 porque, con más acciones ejecutivas de un único diseño criminal, actuando con..., sin tener la autorización introducía en el territorio nacional, detenía y cedía grandes cantidades de sustancia estupefaciente (cocaína)..." y más adelante: "En Turín y Roma desde una época indeterminada, y por lo menos, hasta el verano de 1983".

En las condiciones anteriores es claro que la argumentación presentada no tiene respaldo en la realidad procesal y que la verdad es que el solicitado en extradición no fue condenado por la introducción al territorio italiano de una pequeña cantidad de cocaína, sino que se trata de conductas múltiples y sucesivas por medio de las cuales introdujo en ese país grandes cantidades de cocaína y es obvio que sobre tales circunstancias fácticas la alegación de la defensa queda sin piso.

Como tercer motivo de oposición a la extradición sostiene la falta de la doble incriminación y de reciprocidad en cuanto a la entrega de nacionales por ser acreedor en Colombia por esta conducta a una pena inferior a cuatro años y por no haberse enviado la legislación referida al principio de reciprocidad para aquellos casos en que Colombia hubiera de requerir a ciudadanos que se encuentren en ese país perseguidos por las autoridades jurisdiccionales colombianas, ni tampoco lo relacionado con la promesa de que el extraditado no será procesado por delitos distintos a los que motivan la extradición, ni será expulsado o extraditado a un tercer Estado requirente sin el consentimiento de Colombia, ni que el tiempo de detención provisional sufrido en Colombia se le tendrá en cuenta como tiempo cumplido de la pena.

Como ya se demostró, la argumentación que realiza el memorialista en relación con la ausencia de la doble incriminación, por ser merecedor de acuerdo con nuestra legislación a una pena inferior a cuatro años, no tiene asidero procesal, puesto que está demostrado, que en caso de haber sido procesado en Colombia por esas conductas,

habría sido sometido a pena superior a cuatro (4) años, puesto que se trataba de una pluralidad de conductas realizadas por un periodo largo de tiempo por medio de las cuales introducía cocaína al territorio italiano. Además de lo anterior, es bien sabido que el principio de la doble incriminación hace sólo relación a que la conducta sea típica en ambas legislaciones y esa concordancia es evidente que se da en este caso.

Las otras objeciones relacionadas con la no seguridad del principio de reciprocidad por parte del gobierno italiano, no es un obstáculo para que la extradición pueda ser concedida por el gobierno colombiano puesto que la autoridad política en el momento de decidir sobre la extradición y en caso de ser afirmativa, debe solicitar bajo la seguridad de promesa diplomática que el gobierno italiano ofrece reciprocidad para los requerimientos de extradición que en el futuro pudiera formular Colombia además que se deberá comprometer a que el extraditado no será sometido a proceso o pena diferente a los relacionados en el expediente del que motiva esta extradición, de la misma manera que se hará de comprometer a no extraditarlo a un tercer país sin el consentimiento expreso del extraditado o de nuestro gobierno y también que se le tendrá como parte descontada de la pena el tiempo que ha estado detenido en Colombia como consecuencia de la solicitud de extradición que formulara el gobierno italiano.

En las condiciones anteriores y como ya se dijo con anterioridad en caso de que el gobierno colombiano decidiera positivamente la solicitud de extradición de Dini, la entrega material del extraditado sólo podrá hacerse cuando bajo promesa diplomática de las autoridades italianas hayan dado al gobierno de Colombia las seguridades que antes se mencionan, que son pilares fundamentales que rigen las relaciones internacionales de los Estados y que constituyen una seguridad de legalidad y del debido proceso que se debe garantizar por nuestro país al solicitado en extradición.

Finalmente y con fundamento en previsiones del Convenio de Extradición Europeo y de los comentarios de algunos doctrinantes de Europa termina argumentando que el concepto de nacional es mucho más amplio en este continente, puesto que comprende en algunos países a los residentes y domiciliados para terminar concluyendo que como Dini es casado con colombiana y sus hijos son colombianos y además residentes entre nosotros por más de veinte (20) años debe ser considerado como nacional colombiano y que por tanto no es procedente la extradición, por no existir tratado entre los gobiernos de Italia y de Colombia.

No entra la Sala siquiera a considerar las argumentaciones presentadas, porque contra lo que pueda pensar a este respecto en los países europeos lo único cierto es que en Colombia sólo existen dos formas para ser nacional colombiano, por nacimiento y por adopción y como ninguna de las dos formas recaen sobre el señor Dini para considerarlo colombiano, ha de concluirse que se trata de un extranjero domiciliado durante años en nuestro país y que por tanto su extradición ha de sustanciarse conforme a las previsiones del Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Con posterioridad, tanto el requerido en extradición como su defensor, hicieron una solicitud conjunta de extradición simplificada, que como muy bien se afirma en dicho documento no aparece reglada legalmente en la legislación procesal colombiana y no sería del caso proceder por analogía como lo sostienen los peticionarios, porque por ser el proceso de extradición una norma procesal penal, es de orden público y sus regulaciones son de imperativo cumplimiento y por tanto debe proceder conforme a las ritualidades establecidas, que no pueden ser desconocidas para acudir a instancias procesales que no están previstas, sobre la argumentación de una pretendida analogía, que en el caso presente no es posible.

Se considera entonces que se reúnen a cabalidad los requisitos exigidos por la legislación nacional para poder conceder la extradición solicitada y por tanto la Corte Suprema de Justicia por medio de su Sala de Casación Penal conceptuará favorablemente ante el gobierno de Colombia, para que según su criterio conceda la extradición solicitada.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Que a la petición enviada por la embajada de Italia al Ministerio de Relaciones Exteriores para que extradite al ciudadano de ese país, señor Carlo Dini, conceptúe favorablemente en lo que al aspecto jurídico se refiere, por cuanto se ajusta a las normas que regulan este fenómeno en nuestro país, por lo que el gobierno colombiano queda en libertad de obrar según las conveniencias nacionales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 657 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR. PRUEBA

Es acertada la solución del Tribunal Superior Militar, cuando, en procesos adelantados por el procedimiento de los Consejos de Guerra, niega la práctica de alguna prueba, en razón a su manifiesta inconducencia

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 67 de noviembre 1º de 1988.

Vistos:

El Tribunal Superior Militar en sentencia del primero de febrero del año en curso, confirmó la dictada por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra que condenó al Cabo Segundo del Ejército Nacional *Luciano Morales* a la pena principal de treinta y ocho meses de prisión como responsable del delito de robo de municiones y elementos destinados al servicio de las Fuerzas Armadas y a las sanciones accesorias de rigor, decisión contra la cual interpuso su defensor recurso de casación que la Corte procede a resolver, agotada como se encuentra la correspondiente tramitación.

Hechos y actuación procesal:

El día once de abril de 1987, con ocasión del cambio de alojamiento del personal de la compañía "Córdoba" a las instalaciones ocupadas por la compañía "Nariño", ordenado por el Comando del Batallón de Policía Militar número 13 con sede en esta ciudad, fue violentada la "cómoda" compartida por los Suboficiales Mario Caldas Elejalde y Oswaldo Castro Cipagauta de donde fueron sustraídos seis proveedores, 180 cartuchos calibre 9 m.m., dos portaproveedores y una reata de dotación de los mencionados militares, bienes destinados al servicio de las Fuerzas Armadas y avaluados pericialmente en la suma de $ 52.520.oo, hecho del cual se sindicó al Cabo Segundo del Ejército Luciano Morales, quien los dio a guardar en la armería del Batallón manifestándole al Cabo Primero Néstor Tirado Calderón que eran para "cuadrar la semana santa".

La investigación fue iniciada por el Juzgado Séptimo de Instrucción Penal Militar, Despacho que oyó en declaración bajo juramento al personal de oficiales, suboficiales y soldados que tuvieron conoci-

miento de los hechos investigados y, en indagatoria al sindicado profiriendo en su contra auto de detención por el delito de robo que describe el artículo 238 del Código Penal Militar.

Concluida la instrucción, el Comando del Batallón número 13 de Policía Militar, mediante Resolución número 008 del 14 de septiembre de 1987 convocó Consejo Verbal de Guerra para juzgar la conducta del Cabo Segundo Luciano Morales por el ilícito mencionado, acto en el cual fue sometido a consideración de los Vocales del Consejo de Guerra el siguiente cuestionario único:

"El acusado presente Luciano Morales, Cabo Segundo del Ejército Nacional, Código Militar número 8225983 y demás anotaciones personales y militares conocidas en autos, es responsable *si* o *no*, de haberse apoderado de seis proveedores para pistola MP-5, ciento ochenta cartuchos calibre 9 m.m., dos portaproveedores y una riata, de dotación de los Cabos Segundos Caldas Elejalde Mario y Castro Cipagauta Oswaldo y por lo tanto bienes muebles pertenecientes al Estado, avaluados en la suma de cincuenta y dos mil quinientos veinte pesos ($ 52.520.oo) M./Cte. y destinados al servicio de las Fuerzas Armadas, hechos ejecutados por el acusado, mediante el empleo de la violencia contra las cosas consistente en la ruptura con una pica, de cómoda asignada a los dos últimos citados Suboficiales y que tuvieron ocurrencia el día once (11) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987) en las instalaciones de la Compañía Nariño del Batallón número 13 de Policía Militar en la ciudad de Bogotá D. E.?" (fl. 114 del expediente).

Terminado el debate y verificado el escrutinio, los Vocales afirmaron por unanimidad la responsabilidad del acusado, veredicto acogido por el Presidente del Consejo de Guerra para condenarlo a la pena principal de 38 meses de prisión y las accesorias correspondientes, fallo apelado por la defensa ante el Tribunal Superior Militar.

El Magistrado sustanciador a quien correspondió conocer del asunto, por auto de 18 de noviembre de 1987 ordenó abrir el proceso a pruebas para que las partes solicitaran las que estimaran conducentes (art. 593 del C. de J. P. M.), oportunidad aprovechada por el defensor del procesado para pedir la práctica de una inspección judicial al lugar de los hechos con el fin de establecer los puntos a que se contrae su petición (fl. 143 *ibídem*), solicitud denegada por el Tribunal Superior Militar en providencia de siete de diciembre del mismo año, argumentando que el artículo 593, debe entenderse aplicable solamente a los procesos ventilados por el procedimiento especial del artículo 590, mas no a los seguidos por Consejos Verbal de Guerra u Ordinario, pues "la limitación en cuestión tiene su razón de ser porque dar cabida a la práctica de pruebas en la segunda instancia, en los juicios en los que interviene el jurado, es permitir que se haga una nueva valoración en la que está ausente el análisis de los jueces de hecho, lo que constituye un contrasentido. Esto, sin perder de vista que el fallador de derecho, cuando se ha desconocido alguna garantía, cuando se ha desembocado en un fallo sin que se cuente con la prueba necesaria, está en la obligación de reponer el error, invalidando lo actuado para que se corrija o se complemente la actuación, según el caso" (fl. 146 *ibídem*).

En firme dicha resolución, se procedió por el Tribunal Superior Militar a decidir el recurso interpuesto confirmando íntegramente la sentencia apelada, mediante la que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

Con fundamento en las causales tercera y primera de casación contempladas en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal vigente, se formulan en su orden, varios cargos a la sentencia impugnada, a saber:

1º Haber sido dictada en juicio viciado de nulidad de orden legal (art. 441-1º-6º del C. de J. P. M.) por los siguientes motivos:

a) Incompetencia de la justicia castrense para juzgar la conducta del procesado toda vez que no aparece demostrado, mediante prueba atendible, que el hecho imputado a Luciano Morales haya sido cometido en las dependencias del Batallón de Policía Militar, por militar en servicio activo y en acto relacionado con el mismo servicio.

Afirma el censor que tampoco se encuentra probada la existencia de los organismos militares donde ocurrieron los hechos (Batallón y Compañía que lo integran), la identidad y grado de los militares con mando en dicho Batallón ni los servicios reglamentarios o de ordenamiento de tales servicios, situaciones que no se pueden establecer "por imaginación" o con "la simple declaración de supuestos testigos, pues son actos de desarrollo de funciones institucionales que deben constar por escrito en documentos idóneos. Y en el proceso no existe ningún documento idóneo al respecto".

Agrega, que debe entenderse que el inciso segundo del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal modificó la competencia asignada a la justicia penal militar concretándola a los Tribunales Militares "lo cual permite entender que los jueces de primera instancia que anteriormente conocían de los procesos penales militares según el Código de Justicia Penal Militar quedaron sin esa facultad...";

b) Por no haberse elaborado el cuestionario sometido a consideración de los Vocales del Consejo de Guerra en la forma establecida por el artículo 559 del Código Penal Militar, pues el redactado en este caso, lo fue "especificando los elementos de tipicidad del supuesto delito indicado en los artículos 235 y 238 del Código de Justicia Penal Militar, lo cual equivale a darle una denominación jurídica a los hechos en forma que induce o conduce a un error de hecho que vicia de nulidad el proceso, conforme el artículo 411, numeral 6º *ibidem*".

2º Violación indirecta de la ley sustancial por errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas, yerros que llevaron al Tribunal sentenciador a dejar de aplicar los artículos 444, 448, 463 y 466 del Código Penal Militar y a aplicar en forma indebida el 238 del mismo estatuto.

Como errores de derecho destaca el impugnador los siguientes:

a) Asignarse valor probatorio a los testimonios rendidos por los Oficiales, Suboficiales y Soldados del Batallón de Policía Militar no obstante haberse omitido, como consta en las actas respectivas, el relato espontáneo de los hechos y circunstancias conocidos por los deponentes, irregularidad con la cual se quebrantó el artículo 466 del Código Penal Militar;

b) El Tribunal Militar interpretó erróneamente el artículo 593 del Código de Justicia Penal Militar, dándole a dicha norma un alcance que no tiene con lo que negó la oportunidad probatoria en el trámite de la segunda instancia toda vez que la mencionada disposición es aplicable, sin ninguna excepción, a todos los procesos que conoce la justicia penal militar y el examen y valoración de las pruebas aportadas al proceso es labor que compete preferencialmente al juez de derecho;

c) El error de apreciación de los testimonios que obran en autos, aunado a la circunstancia de no encontrarse probado ninguno de los elementos tipificadores del delito de robo militar condujo al fallador a violar, en forma indirecta, el artículo 238 del Código de Justicia Penal Militar por errónea interpretación y aplicación indebida.

En este punto aduce el actor que los hechos imputados configurarían el delito de hurto que describe el artículo 235 del estatuto castrense, pero a renglón seguido argumenta que su patrocinado no se apropió de material de guerra con fines ilícitos, puesto que las municiones e implementos de que da cuenta el proceso los encontró ocasionalmente debajo de su cama, de donde los recogió y llevó a la armería del Batallón.

Entre los errores de hecho atribuidos al sentenciador, cabe mencionar:

a) No haber examinado individualmente el valor probatorio de cada uno de los testimonios allegados al proceso indicando la causa de la credibilidad a ellos atribuida, sino haberlo hecho en forma conjunta mediante un análisis apriorístico, máxime que tales declaraciones no resultan veraces ni creíbles por no ofrecer un conocimiento real de los supuestos hechos y aparecer ostensiblemente contradictorias;

b) Tener como creíble la hipotética y acomodaticia versión del Cabo Primero Néstor Tirado Calderón en el sentido de que el sindicado le dio a guardar el material de guerra para cuadrar la semana santa y dar por demostrada la ruptura de la cerradura de la cómoda compartida por los Suboficiales Caldas y Castro no obstante que tal hecho no fue presenciado por los demás declarantes.

Agrega el demandante que el veredicto emitido por los Vocales del Consejo de Guerra es ostensiblemente contraevidente, como emerge de los anteriores planteamientos, pues no existe ningún supuesto delito ni resulta comprobada una supuesta responsabilidad penal del acusado.

Concluye solicitando que se case la sentencia por las causales invocadas, ordenando de preferencia la libertad inmediata del procesado y en el evento de no prosperar la causal primera de casación se declare la contraevidencia del veredicto ordenando cesar procedimiento en contra de su representado.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares comienza por criticar las contradicciones en que incurre el libelista en la presentación de los cargos y las graves fallas de técnica en la fundamentación de los mismos entre las cuales resalta la absoluta improcedencia de un cuestionamiento probatorio en procesos ventilados con intervención de los jueces de conciencia y la alegación simultánea de errores de hecho y de derecho respecto a la misma prueba.

Refiriéndose a las nulidades planteadas en la demanda afirma que la incompetencia de la justicia penal militar se basa en apreciaciones puramente subjetivas del censor contrarias a la evidencia procesal y que el cuestionario sometido a consideración de los Vocales del Consejo de Guerra "se ciñó estrictamente a las exigencias del artículo 552 del Código de Justicia Penal Militar porque indagó por la responsabilidad del imputado del hecho materia de la causa, especificando los elementos que lo constituyeron y las circunstancias en que se cometió, sin darle denominación jurídica ni conduciendo a error alguno.

Pero, acogiéndose al principio de la oficiosidad de las nulidades absolutas, estima el Ministerio Público que la irregularidad planteada por el demandante como interpretación errónea o inaplicación del artículo 593 del Código Penal Militar por haberse "pretermitido" el término probatorio en la segunda instancia negándose la práctica de la prueba solicitada por el defensor del procesado, genera nulidad de rango constitucional que debe declararse casando la sentencia impugnada a partir del auto de 7 de diciembre de 1987 para que se reponga el procedimiento viciado.

Argumenta el señor Delegado que de aceptarse la tesis expuesta por el Tribunal Militar se eliminaría de hecho la etapa probatoria en la segunda instancia en un alto porcentaje de procesos sujetos a revisión por esa Corporación "convirtiéndose el juzgador en legislador" pues "tal eliminación de la etapa probatoria, aunque no haya sido cabalmente alegada por el censor, constituye —en criterio de la Delegada— una irregularidad procedimental que impugna la base misma de la organización judicial penal militar, pues configura un atentado 'contra la organización judicial y las prerrogativas de los procesados, que por ser de orden público, su incumplimiento acarrea perjuicios a la sociedad, desde luego que desampara a los ciudadanos y los deja librados a la arbitrariedad de los jueces', que ha sido reiteradamente reconocido como nulidad con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional, por la Sala Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia".

Consideraciones de la Corte:

1º De manera infatigable, ha venido sosteniendo la Corte, en su más elaborada y reiterada doctrina, la improcedencia de acudir a la violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas en procesos fallados con intervención del jurado de conciencia o de Vocales de los Consejos Verbal de Guerra u Ordinario, en los que la sentencia tiene como fundamento inmediato el veredicto emitido por los jueces de hecho, de acuerdo a su íntima convicción, puesto que un replanteamiento de los medios probatorios en sede de casación desembocaría necesariamente en el ámbito de la contraevidencia del veredicto, cuyo reconocimiento compete de modo exclusivo a los juzgadores en las instancias y porque resulta imposible determinar la prueba o las pruebas en que se basó la respuesta del jurado para predicar de ella errores por falsos juicios de apreciación.

También ha denunciado, con igual énfasis, el desacierto lógico y jurídico que entraña la invocación de errores de hecho por falsos juicios de convicción respecto a pruebas que como el testimonio no tienen asignado un valor tarifario en el ordenamiento procedimental penal (ordinario o militar) y cuya estimación está deferida al razonable arbitrio del juzgador sin que a su juicio de valor pueda oponerse el personal criterio del demandante para demeritarlo o desconocerlo o la alegación simultánea de errores de hecho o de derecho en cuanto a la misma prueba.

Se afirma lo anterior, porque, como advierte la Procuraduría Delegada, la demanda adolece de estas y otras insubsanables fallas de técnica en la presentación y fundamentación de los reparos hechos a la sentencia en el marco de la violación indirecta de la ley, tornándola sustancialmente inepta a las pretensiones del libelista.

2º Los motivos de nulidad aducidos por el demandante se apoyan en escuetas y personales apreciaciones reñidas con la realidad procesal.

En efecto:

Contrariamente a lo que piensa el impugnador y pese a la especial naturaleza del procedimiento por Consejos Verbales de Guerra orientado esencialmente en el principio de oralidad, el expediente cuenta con abundante prueba testimonial y documental (informes rendidos por los Comandantes de Compañía, certificación expedida por el Oficial Jefe de Personal del Batallón de Policía Militar Nº 13, extracto de la hoja de vida del sindicado y acta de posesión del mismo, al igual que las declaraciones rendidas por Oficiales, Suboficiales y Soldados que conocieron de los hechos investigados y la propia versión suministrada por el indagado), medios probatorios idóneos para acreditar entre otros hechos, los elementos constitutivos de la conducta punible y la competencia del juez, en virtud del principio de libertad probatoria consagrado en el Código de Procedimiento Penal aplicable a la jurisdicción penal militar por expreso mandato del artículo 299 de dicha codificación, pruebas que valoradas en su conjunto, coherencia y armonía evidencian que el procesado Luciano

Morales, ostentaba para la época de autos el grado de Cabo Segundo del Ejército Nacional y prestaba sus servicios al Batallón de Policía Militar como miembro de la "Compañía Córdoba".

Del mismo modo, resulta de tales probanzas que el delito atribuido al Suboficial procesado y por el cual fue juzgado y condenado, se perpetró con ocasión de un acto propio del servicio como era el cumplimiento de la orden impartida por el Comandante del Batallón de trasladar los alojamientos de las Compañías "Córdoba" y "Nariño" dentro de las instalaciones de la misma unidad militar, pues el apoderamiento por medios violentos, de las municiones y elementos de dotación de los Suboficiales Caldas y Castro, destinados al servicio de las Fuerzas Armadas, se produjo con ocasión o en desarrollo de una actividad militar.

Entonces, no cabe duda que la justicia castrense es competente para juzgar el comportamiento atribuido al Suboficial acusado por tratarse de hecho punible cometido por militar en servicio activo y en acto relacionado con el mismo servicio con lo que se cumple la exigencia del artículo 170 de la Constitución Nacional en el sentido de que el militar destinatario de la garantía foral, debía haber cometido el delito en relación con el servicio.

Para despejar la inquietud planteada por el demandante en el sentido de entender que el inciso segundo del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal modificó la competencia atribuida a la justicia penal militar por no incluir entre los funcionarios que la administran a los jueces de primera instancia de esa especial jurisdicción, sino a los Tribunales Militares, es preciso advertir que la referencia que hace la ley a dichos Tribunales debe interpretarse como una expresión genérica que comprende a jueces de primera y segunda instancia encargados de administrar justicia conforme a la reglamentación contenida en el código de la materia pues de otra manera no tendría ninguna operancia el artículo 170 de la Carta Política que preceptúa: "De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, *con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar*" (Subrayas fuera de texto). Es decir, que para todos los efectos relacionados con normas sustanciales e instrumentales del fuero militar consagrado en el canon mencionado, la Constitución Nacional se remite al Código de Justicia Penal Militar, que lo desarrolla legalmente.

Además, como tuvo oportunidad de expresarlo la Sala, en reciente pronunciamiento "...el Código Penal Militar (Decreto 250 de 11 de julio de 1958) no es legislación de emergencia, sino de carácter permanente por mandato de la Ley 141 de 16 de diciembre de 1961 y la Ley 52 de 1984 que facultó al Gobierno Nacional para expedir el Estatuto Procedimental Ordinario (Decreto 050 de 1987) no lo autorizó para derogar, modificar o sustituir disposiciones de aquella codificación especial" (Casación, septiembre 15 de 1988).

Respecto al cargo de nulidad por incorrecta o defectuosa elaboración del cuestionario, basta señalar para rechazarlo, que los términos en que aparece concebida la pregunta por la que se interrogó

a los Vocales del Consejo de Guerra respecto a la culpabilidad o inocencia del procesado en el apoderamiento, por medios violentos, de bienes destinados al servicio de las Fuerzas Armadas, en las circunstancias allí especificadas se ciñe rigurosamente a las pautas trazadas por el artículo 559 del Código Penal Militar como fluye de su claro texto transcrito en precedencia.

En su redacción no aparecen incluidas expresiones como las de robo u otras similares, con las cuales se denomina jurídicamente el hecho punible, que se hubieran prestado a dudas o a equívocas interpretaciones.

No prosperan los cargos de nulidad formulados a la sentencia.

3º *En cuanto se relaciona con el cargo de nulidad planteado por la Procuraduría Delegada, por haberse pretermitido el término probatorio de la segunda instancia, irregularidad igualmente puesta de presente por el recurrente como error de derecho por aplicación e interpretación errónea del artículo 593 del Código Penal Militar, la Corte se permite hacer las siguientes precisiones:*

Si, como aparece de autos (fls. 142 y 142 vto. del expediente) el Magistrado sustanciador a quien le fue repartido el proceso en segunda instancia, ordenó la apertura a pruebas en la forma establecida en la mencionada disposición, mediante resolución notificada personalmente al Fiscal del Tribunal y al defensor del procesado, síguese que no hubo pretermisión o inobservancia de dicha formalidad que hubiera comprometido la validez de la actuación subsiguiente por desconocimiento de una de las formas del debido proceso o quebranto del derecho a la defensa y en consecuencia, el reparo por este aspecto resulta ser infundado.

Aconteció sin embargo, que la prueba pedida por la defensa fue denegada por el Tribunal Superior Militar en razón a su manifiesta inconducencia en procesos añelantados por el procedimiento de los Consejos de Guerra, medida esta protestada por el procurador del procesado y calificada por el Ministerio Público como nulidad de rango constitucional, por desatención o incumplimiento de una de las formas del debido proceso.

La Sala estima, acertada la solución dada por el Tribunal Superior Militar, porque resulta manifiestamente improcedente en segunda instancia la petición y práctica de pruebas relacionadas con decisiones de la exclusiva competencia de los Vocales de los Consejos de Guerra (ordinarios o verbales), en procesos en los que la sentencia tiene como fundamento inmediato el veredicto por ellos emitido porque su recaudo sólo permitiría reabrir un debate probatorio ya concluido, con miras a desconocer la veredicción por camino diferente a la declaratoria de contraevidencia. Debe interpretarse dicha norma como la oportunidad que brinda la ley a las partes intervinientes para solicitar la práctica de aquellas pruebas tendientes a demostrar situaciones diferentes a la culpabilidad o inocencia del procesado, o a la configuración de los elementos estructurales del hecho punible, como sería el caso de los subrogados penales o las circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva (denominadas por el

Código como de mayor o menor peligrosidad), entre otros, cuya apreciación compete privativamente al juez de derecho.

De tal manera que si la inspección judicial solicitada por el defensor del procesado en el término probatorio de segunda instancia buscaba probar hechos o circunstancias ya establecidas por otros medios probatorios (huellas de violencia sobre las cerraduras de la cómoda donde se guardaban los elementos sustraídos, demostrada por testimonio plural dentro del proceso) y respecto a los cuales tuvieron oportunidad de pronunciarse los Vocales del Consejo de Guerra, mediante veredicto acogido por los juzgadores de instancia como avenido a la realidad procesal, su negativa a más de justificada no puede configurar nulidad de orden legal o constitucional.

Y como quiera que no hubo preterm isión o inobservancia de la apertura a pruebas en segunda instancia, omisión que hubiera generado un vicio de invalidez por desconocimiento de una de las formas del debido proceso y consiguiente limitación del derecho a la defensa, el cargo de nulidad hecho a la sentencia es a todas luces infundado y no está llamado a prosperar.

Decisión:

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 Suboficial procesado Luciano Morales, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CULPABILIDAD

Dentro de los lineamientos generales del derecho que rigen en Colombia, se trata de juzgar —en el derecho penal, contravencional o disciplinario— no sólo la existencia material de una conducta, sino la relación sicológica y culpable de su autor

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 066 del 25 de octubre de 1988.

Vistos:

Los apoderados de los doctores *Federico Torres Donado* y *José Eduardo Jiménez Mendoza,* solicitaron la aplicación del cese de todo procedimiento en el proceso que contra ellos y otras personas se adelanta por el presunto delito de prevaricato.

Procede la Sala a resolver lo que sea pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

La señora Consuelo de la Torre de Herrera se vinculó en 1976 como funcionaria de la Aeronáutica civil, haciendo constar en la solicitud de empleo que era economista en virtud de estudios realizados en la Universidad Javeriana y Jorge Tadeo Lozano; posteriormente fue trasladada a un nuevo cargo que demandaba título universitario y al ser requerida para que aportase la constancia del título pidió un plazo de treinta (30) días, pues en ese momento los establecimientos educativos se encontraban en período de vacaciones.

Se demostró que efectivamente no era profesional universitaria y se inició una investigación disciplinaria por parte de la Procuraduría, que culminó con la Resolución 0169 del 10 de diciembre de 1984 por medio de la cual el Procurador Tercero Regional de Bogotá, en ese momento el doctor Federico Torres Donado, solicitó la destitución de la funcionaria antes mencionada.

La anterior resolución fue revocada en segunda instancia por medio de la número 273 del 18 de abril de 1985, providencia ésta que quedó ejecutoriada, razón por la cual se ordenó la devolución del expediente disciplinario al lugar de origen.

Posteriormente el procurador general de la Nación doctor Carlos Jiménez Gómez por medio de Resolución 081 del 31 de agosto de 1985 revocó la 273 que ya se encontraba ejecutoriada y como consecuencia de lo decidido, se dictó una nueva providencia desatando la segunda instancia, la 033 del 3 de febrero de 1986 por medio de la cual se confirma la primitiva resolución, la 169, dictada por el doctor José Eduardo Jiménez Mendoza en su calidad de procurador delegado para la vigilancia administrativa.

La Aeronáutica por medio de Resolución 4323 del 24 de abril de 1986 destituyó a la señora Consuelo de la Torre de Herrera.

El Consejo de Estado por auto del 27 de febrero había suspendido la vigencia de la Resolución 081 de agosto de 1985.

El proceso adelantado por el presunto delito de falsedad documental contra la señora De la Torre de Herrera culminó con cesa de procedimiento por auto del 23 de enero de 1988. En relación con esta decisión debe mencionarse que claramente se sostuvo que en la información rendida por la sindicada en cuanto a su formación universitaria, no hubo equivocación de ninguna naturaleza, porque era imposible incurrir en él, por la forma como estaba elaborado el formato de solicitud de empleo y porque cuando fue requerida para que aportara constancia del título profesional pidió una prórroga por encontrarse los centros académicos en vacaciones.

Indagado José Eduardo Jiménez, dice que cuando se posesionó de su cargo como delegado para la vigilancia administrativa su antecesor había pasado el expediente para que uno de sus subordinados elaborara el proyecto, que ya había sido autorizado por quien lo precedió en su cargo. Que posteriormente revisó con el autor del mismo, el doctor Oscar Marín, de quien tenía las mejores referencias y por estar de acuerdo con el proyecto de la Resolución 033, la firmó, luego de adicionarla en "su interpretación lógica y jurídica del artículo 13 del Decreto 1577 de 1979 y teniendo en cuenta el análisis de objetivos que obraban en el expediente, ordené la expedición de copias a la justicia penal para que si tenía a bien el señor juez competente decidiera sobre los posibles delitos contra la fe pública"; y al ser preguntado sobre la interpretación de la norma mencionada dijo: "Siempre que uno va a aplicar un estatuto se lo lee en su integridad, como es la forma correcta y jurídica de interpretar las normas. En el caso concreto estudié: su campo de aplicación, es decir a quien va dirigido, armonicé el artículo 13 con el 15 y 16, si bien es cierto que sacado de su contexto el artículo 13 pareciera decir que solamente se le deben exigir los requisitos a las personas que con posterioridad ingresen al servicio, el artículo 15 prohibe hacer equivalencias o compensar requisitos y el artículo 16 habla que mientras se expidan los manuales específicos se exigirán, es un imperativo, los requisitos mínimos establecidos en el decreto en cita, pero precisamente el legislador para evitar interpretaciones acomodadas o injurídicas expidió a los cuatro meses de vigencia del Decreto 1577 del 79, el Decreto 2887 de 1979 que me permito leer dice así: los requisitos que para el desempeño de empleos fueron fijados por el Decreto 1577 de 1979, serán también exigibles en los siguientes casos: Primero: cuando el funcionario cambie de empleo por traslado, permuta o ascenso. Segundo:

cuando el funcionario inscrito en carrera administrativa sea designado en otro cargo mediante nombramiento ordinario. Tercero: cuando por supresión del cargo el funcionario deba tomar posesión de otro empleo" para finalmente agregar: "Como está en el contexto del acto administrativo que tiene la presunción de legalidad, la señora Consuelo de la Torre fue ascendida o trasladada a otro cargo y de consiguiente debía acreditar los requisitos mínimos que para dicho caso se requieren, es decir título profesional y dos años de experiencia..."

En relación con el cumplimiento de lo dispuesto por el señor Procurador General contestó: "Debo suponer, no lo recuerdo, que mi antecesora frente a un acto administrativo que tiene presunción de legalidad procedió a dictar el auto de obedézcase y cúmplase lo resuelto por el superior, siendo así de conformidad con la competencia que me asigna la Ley 25 de 1974 y su decreto reglamentario, procedí a fallar la segunda instancia que entre otras cosas se falla de plano".

Indagado el doctor Federico Torres Donado, manifestó que se había demostrado en el proceso disciplinario que la señora Consuelo había faltado a la verdad en cuanto a reunir calidades profesionales y que ello constituye una falla grave, razón por la cual había solicitado que sancionara y comenta de manera similar la forma como fue interpretado el artículo 13 del Decreto 1577 de 1979, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 2787, según el cual por haber sido trasladada tenía que cumplir con los requisitos exigidos en dicha legislación.

Las peticiones de la defensa:

El apoderado del doctor Jiménez Mendoza solicita el cese de todo procedimiento, porque considera que su conducta fue en el estricto cumplimiento de su deber y afirma a renglón seguido que en el campo disciplinario la responsabilidad sigue siendo objetiva, al contrario de lo que sucede en las disciplinas penales y que en tales circunstancias la materialidad de la falta se encontraba adecuadamente probada, además que la interpretación que se dio a las normas sobre los requisitos que debían reunir los funcionarios fue adecuada puesto que se concordó lo dispuesto en el Decreto 1577, con lo del primero del 2787 de 1979, sosteniendo igualmente que en la decisión tomada por su inmediato superior se limitó a cumplirla, conforme a su interpretación, de tratarse de un acto administrativo sobre el que debe presumirse su validez.

El defensor de Torres Donado solicita igualmente la aplicación del cese de procedimiento penal, porque considera que si bien su defendido dictó la resolución solicitando la destitución de Consuelo de la Torre de Herrera, también lo es que su decisión se acopla a los hechos probados y previstos en las normas disciplinarias, porque se logró demostrar que la sancionada no llenaba los requisitos para ocupar el cargo y que había mentido en relación con ellos. Sostiene que la decisión está ajustada a derecho porque el artículo 15 del Decreto 1577 dispone que las exigencias de títulos no podrán ser contem-

pladas con experiencia y que además en tales circunstancias al no haber demostrado el lleno de los requisitos para el desempeño del nuevo cargo y haber mentido en relación a ellos había incurrido en falta disciplinaria y por tanto debía ser sancionada. Que es igualmente evidente que la norma antes comentada había sido adicionada por el Decreto 2787 de 1979 que determinó con claridad requisitos mínimos para desempeñar los cargos señalados en el decreto anterior, eran exigibles cuando el funcionario cambiase de puesto por traslado, permuta o ascenso y en tales condiciones habiendo sido trasladada la señora De la Torre de Herrera, tenía que someterse a las previsiones legales y por tanto debía demostrar sus calidades de profesional universitaria.

Que en las condiciones anteriores la resolución dictada por el doctor Torres Donado, está ajustada a la ley, que lo hizo en el estricto cumplimiento de la ley y que por tanto se debe rechazar la posibilidad de un delito de prevaricato y que por ello era viable que se decretara el cese de todo procedimiento, dando aplicación al artículo 34 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Sala:

Sin entrar a cuestionar la decisión del 23 de enero de 1988, mediante la cual el Juzgado 26 de Instrucción Criminal favoreció a la señora De la Torre de Herrera, con cese de procedimiento por el delito de falsedad que se adelantaba contra ella, puesto que esta decisión hizo tránsito a cosa juzgada y por tanto es legalmente imposible desconocerla, debe enfatizarse que la persona que fue sometida a proceso efectivamente engañó a la Aeronáutica Civil, informando a dicha institución en el documento de solicitud de empleo que era economista sin serlo, y que había realizado estudios en las Universidades Javeriana y Jorge Tadeo Lozano; y que además persistió en su propósito de engañar a la administración porque cuando fue requerida para presentar la documentación que la acreditaba como economista, solicitó una prórroga de treinta (30) días por encontrarse en este momento los establecimientos docentes en vacaciones.

La coartada según la cual, la persona que llenó la solicitud de empleo equivocadamente la colocó como una profesional universitaria, egresada de dos universidades de esta ciudad, cuando simplemente había manifestado el propósito de estudiar dicha carrera no es creíble y su mentira es ratificada tiempo después, cuando nuevamente a través de una respuesta equívoca solicita prórroga para demostrar documentalmente su calidad de economista. Debe precisarse que en el auto de cese de investigación no se aceptó la coartada propuesta por la sindicada y se llega a la conclusión absolutoria por consideraciones jurídicas en relación con el proceso de adecuación típica, pero no porque los hechos se hubiesen interpretado de manera diferente.

Establecido lo anterior, es entonces necesario concluir que la falta disciplinaria existió y que no se dieron causales de justificación de ninguna naturaleza que la relevaran de la responsabilidad disciplinaria a que se hacía acreedora como una consecuencia del engaño en que había incurrido.

Está igualmente dispuesto que el Decreto 1577 de 1979 en principio estatuía que los requisitos para el desempeño de los cargos oficiales allí regulados eran exigibles para quienes ingresaran con posterioridad a dicha fecha, pero también lo es que los equívocos que hubiesen podido surgir, fueron adecuadamente solucionados con la expedición poco tiempo después del Decreto 2787 del mismo año que en su artículo 1º dispone que los requisitos demandados en el Decreto 1577 serán exigibles a los funcionarios de carrera administrativa cuando fueran trasladados, ascendidos o permutados a otro cargo y en tales condiciones este fenómeno se presentó para la señora De la Torre de Herrera y por tanto le eran exigibles la demostración documental de su calidad de profesional universitaria.

Establecidas las condiciones anteriores es entonces evidente el tener que reconocer que la Resolución 0169 del 10 de diciembre de 1984 expedida por el doctor Federico Torres Donado en su calidad de Procurador Tercero Regional de Bogotá, se encuentra ajustada a derecho, en cuanto allí se concluye en solicitar al nominador la destitución de la señora De la Torre de Herrera, y el que no haya mencionado el decreto por el cual se adicionó el 1577 no la convierte en ilegal para pensar en la existencia del pretendido prevaricato, porque en realidad las consideraciones que allí se hacen son ajustadas a la normatividad vigente, porque se sostiene que la conducta de la señora De la Torre de Herrera no cumplía con las exigencias legales, puesto que al ser requerida para la presentación de los documentos demostrativos de su calidad de profesional universitaria como economista que afirmó serlo, se limitó a pedir una prórroga para la presentación de los mismos, aduciendo que los establecimientos educativos se encontraban en vacaciones para concluir dentro de las motivaciones de la providencia que se tacha como prevaricadora: "...cuando lo cierto es, que la funcionaria investigada no aportó dicho documento por no haber cursado estudios de economía en las universidades Fundación Universitaria de Bogotá Jorge Tadeo Lozano ni Javeriana, según se desprende de las certificaciones expedidas y que obran a folios 25 del cuaderno principal y 32 del anexo número 1, lo que en forma fehaciente desvirtúan lo afirmado por la misma".

A renglón seguido en la resolución tachada de prevaricadora se afirma que en el boletín personal donde se insertan las informaciones falsas, se destaca que la persona se compromete con que el contenido se ciñe a la verdad, sujetándose a las sanciones legales en caso de demostrarse lo contrario, para terminar concluyendo que "como quiera que el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, no ha expedido aún el manual descriptivo de funciones y requisitos tal como lo certificó el jefe de la División de Personal a esta regional (fl. 18), no pueden darse en este caso las equivalencias de que trata el artículo 14 del Decreto 1577 de 1979 a la funcionaria cuestionada, toda vez que la misma no se encuentra inscrita en el escalafón de carrera administrativa (fl. 118, cdno. anexo núm. 1), y ello rige para los adscritos a la carrera cuando en consecuencia, vigente lo dispuesto en el artículo 13 del citado decreto que estipula que para desempeñar el cargo de profesional universitario número 3020, 06, se requiere título universitario y dos años de experiencia.

En este caso, nos encontramos frente a una tergiversación consciente de la verdad por cuanto la investigada afirmó tener determinadas calidades profesionales, sin ser esto cierto, ya que como se dijo, no es profesional de las universidades Javeriana y Jorge Tadeo Lozano, como lo consignó deliberadamente en los formatos de hoja de vida y boletín de información de personal en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, hechos éstos, que a juicio de esta regional revisten gravedad, pues resta credibilidad a las actuaciones de los funcionarios públicos".

Finalmente se termina de hacer la adecuación típica de la conducta que disciplinariamente se encuentra establecida para terminar solicitando al nominador que se la destituya del cargo.

Se ha de concluir entonces de manera necesaria que la resolución acusada de ser contraria a lo establecido en la ley se sujeta estrictamente a su tenor literal y que por tanto se ha de rechazar la posibilidad de que se haya podido estructurar el delito de prevaricato.

Como consecuencia de las reflexiones anteriores se accederá a lo solicitado por el defensor del doctor Torres Donado y se decretará el cese de todo procedimiento, conforme a las previsiones del artículo 34 de Código de Procedimiento Penal, por considerarse que el delito de prevaricato denunciado no ha existido.

La situación del doctor Jiménez Mendoza a pesar de ser diferente, no lleva a decisiones contrarias a la que con anterioridad se ha determinado, pero *debe advertirse antes de entrar a resolver de fondo en cuanto a lo solicitado por su defensor, el doctor Edilberto Solís Escobar, que ni aún en el campo del derecho disciplinario es posible la deducción de la responsabilidad objetiva como lo afirma cuando sostiene: "En el campo disciplinario sigue siendo objetiva la responsabilidad que en la disciplina penal está proscrita (art. 5º C. de P. P.)", porque la realidad es que el derecho disciplinario es una rama del derecho penal y como tal, estando de por medio, la posible determinación de una sanción de carácter restrictivo de los derechos constitucionales y legalmente consagrados, esa disciplina subalterna paralela del derecho penal debe someterse a los postulados de la Constitución, cuando establece en el artículo 26, el imperativo del debido proceso, y consecuentemente dentro de éste, la demostración por parte del Estado no sólo de la objetividad de la conducta tipificada como falta disciplinaria, sino la culpabilidad de quien la haya realizado, porque el concluir, como lo hace el defensor, que la sola demostración objetiva de la falta es suficiente para la concreción de la sanción, es pretender la existencia de un derecho disciplinario que marcharía en contravía de los lineamientos de un derecho penal liberal y democrático, consagrado así de manera clara en la Carta Magna y que impone a los funcionarios del Estado, y no solamente a los de la jurisdicción penal ordinaria, como equivocadamente se cree por algunos que basta la demostración típica de una contravención o de una falta disciplinaria para que el funcionario competente pueda imponer la sanción prevista para ella, porque la realidad es que dentro de los lineamientos generales del derecho que rigen en Colombia, se trata de juzgar —en el derecho penal, contravencional o disciplinario— no sólo la existencia material de una conducta, sino la relación psicológica y culpable*

de su autor, quien ha debido quererla directa o indirectamente, y realizar los comportamientos indispensables, para poderla consumar; porque la realidad es que la simple demostración de la conducta objetivamente considerada no puede dar lugar dentro de un proceso penal o de cualquier naturaleza a la imposición de una sanción, porque sería menester la demostración del elemento subjetivo, y esta no es afirmación nueva de la Sala porque ya con anterioridad, la Corte se ha pronunciado en este sentido:

"Lo anterior deja entender entonces que siendo del mismo género punible el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario, no son de la misma especie, pero que, por lo mismo, por ser especies diferentes de un mismo género, tienen no sólo rasgos propios que los caracterizan y diferencian, sino además, elementos comunes que los aproximan.

Ciertamente, como ya lo ha sostenido la Corte en jurisprudencia anterior la Constitución no sigue ni impone escuela o doctrina alguna del derecho punible. Pero lo que sí es claro es que aquella no admite teoría alguna que desconozca los principios y garantías enunciados atrás.

Así las cosas, aunque no se ha decantado aún del todo un acuerdo unánime de intérpretes y aplicadores de ley, respecto de la doctrina predominante que se derive del orden jurídico legal, sobre el alcance de las diferenciaciones y aproximaciones entre derecho penal delictivo y derecho disciplinario, pues unos sostienen, como la Procuraduría, que sólo el proceso penal supone responsabilidad subjetiva pero no el disciplinario, otros que tanto el proceso penal como el disciplinario exigen responsabilidad subjetiva aunque de grado menor en éste, y aún otros consideran dentro de esta última postura que no todos los procesos disciplinarios y contravencionales son punibles; aún así, repítese, sea de lo precedente lo que fuere, lo que no es admisible para la Corte es sostener que en materia disciplinaria esté permitido por la Carta el juzgamiento punible analógico o extensivo, tildado de 'genérico' por la Procuraduría, según el cual una conducta disciplinaria normada podría ser prestada para otra similar o aproximada. Nada de eso. Pues ya no son solo los principios y garantías procesales claramente reconocidos y establecidos en la Constitución y en el orden jurídico nacional que se acaban de describir en el punto 5º de la consideración segunda de esta providencia, sino además la civilización ecuménica de los pueblos, lo que proscribe e invalida todo tipo punible, cualquiera que sea su especie, de responsabilidad escueta y ex post facto *y de punibilidad analógica. La Corte asume aquí que no es válido frente a la Carta proceso disciplinario que sea contrario a alguno de aquellos principios o garantías.*

Hace ver además la Corporación que mediante sentencia número 5 de febrero 10 de 1983 (Proceso número 989, Magistrado ponente Manuel Gaona Cruz), se precisó el principio de 'demostrabilidad' exigido en la Constitución y en la ley para la calificación de toda conducta punible, al expresar:

'Obsérvese, por último, que el orden jurídico penal comprende no sólo la estricta descripción legal delictiva, sino la procesal. Y ésta supone la indubitable y plena demostración probatoria de la inequívoca conducta punible, como requisito ineludible del debido proceso, previo a la exigencia de responsabilidad.

Así lo establece, en desarrollo de lo ordenado en los artículos 20, 23 y 26 de la Constitución, el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

«Artículo 215. Requisitos para dictar sentencia condenatoria. No se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella».

Quiere ello significar, además de lo relatado, que un hecho punible que no se pueda demostrar no da lugar a punibilidad y que resulta invalidable frente al orden jurídico el condenar por una conducta que por insuficiente, equívoca o ambigua no se pueda demostrar. O sea que, en rigor... la determinación de una conducta típica, antijurídica y culpable, se halla fusionada dentro del principio que, no obstante la penuria del lenguaje, podría denominarse de «demostrabilidad» el cual presupone no sólo la claridad normativa de la descripción de una conducta sino la comprobación de ésta' " (Magistrado ponente doctor Manuel Gaona Cruz. Bogotá, marzo 7 de 1985).

Se afirmaba que la situación del doctor Jiménez Mendoza era diferente, pero que no por ello se iba a llegar a conclusiones diversas, porque la decisión que tomó y que ahora se cuestiona como prevaricadora, consistió en confirmar, en su calidad de Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa, la sanción que había tomado en primera instancia el doctor Torres Donado como Procurador Regional de Bogotá, argumentándose que la persona sometida a proceso disciplinario no reunía las calidades profesionales que había afirmado tener, resultando "...así demostrado la plena prueba de responsabilidad de la acusada De la Torre de Herrera en la comisión de la falta endilgada y en la transgresión de las normas pertinentes, lo cual impide aceptar los argumentos exculpatorios aducidos por la implicada y por su apoderado".

Pero el prevaricato que se imputa al sindicado no es propiamente por la resolución en cuanto a su contenido, sino por haber confirmado la providencia de primera instancia, que en una primera decisión —Resolución 273 del 18 de abril de 1985—, se había revocado aquella en la que se solicitaba la destitución de la señora De la Torre de Herrera, pero el señor Procurador General de la Nación, doctor Carlos Jiménez Gómez, estando esta decisión ejecutoriada, mediante Resolución 081 del 31 de agosto de 1985, revocó, correspondiéndole al doctor Jiménez Mendoza en su calidad de Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa el proceder a dictar nuevamente la decisión de segunda instancia, confirmándose en esta ocasión la de primera, que solicitaba la destitución de la funcionaria sometida a proceso disciplinario.

De la misma manera que en la situación jurídica resuelta con anterioridad se afirmó que no era viable para la Sala hacer referencia a la situación jurídica de la señora Consuelo De la Torre de Herrera, porque había sido sometida a proceso el que fue absuelto por auto que tiene la fuerza de cosa juzgada, en este caso, para efectos de resolver la situación del sindicado, no es posible hacer referencia a la conducta ejecutada por el Procurador Carlos Jiménez Cómez, porque si bien es cierto que en el momento presente no es fudicable por esta Corporación, puede llegar a serlo, una vez cumplidos los trámites que la Constitución prevé para el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, tanto en la Cámara de Representantes, como en el Senado de la República; por tal circunstancia le está vedado hacer consideraciones en cuanto a la licitud de la decisión del señor Procurador General de la Nación, que su subordinado el doctor Jiménez Mendoza se limitó a cumplir, al considerar que por tratarse de un acto administrativo que estaba vigente, puesto que no había sido suspendido provisionalmente, ni anulado, y que por tanto debía cumplir; debiéndose agregar además que en el momento de producirse la decisión que ahora se califica como ilícita estaba recientemente trasladado a dicho cargo y que se encontró prácticamente con una situación creada, ya que su antecesor en el cargo había hecho proyectar la decisión y había estado conforme con el proyecto que confirmaba la providencia que solicitaba la destitución de la funcionaria de la Aeronáutica. Sostiene el sindicado en su indagatoria que discutió el proyecto con el funcionario a quien se había encargado de su elaboración preliminar y que por encontrarlo ajustado a derecho, lo había aprobado luego de hacerse algunas modificaciones.

La Sala inhibida de hacer cualquier pronunciamiento en cuanto a la legalidad de la providencia que el ahora sindicado se limitó a cumplir, considera que en realidad, la conducta del doctor Jiménez Mendoza ha podido estar equivocada, pero en realidad, se trata fundamentalmente de una interpretación que en su caso es entendible, cuando la vio como un acto administrativo vigente, emanado de su superior que debía cumplir, puesto que no había sido suspendido provisionalmente ni anulado, haciéndose necesario destacar que en el momento en que tomó la decisión ahora controvertida, en ningún momento se cuestionó la legalidad de la decisión tomada por el inmediato superior, y esto evidentemente influyó en que se tomara la determinación mecánica y muy generalizada del auto cajonero del "obedézcase y cúmplase" y ello influenciado por la situación notoria de mendacidad en que había incurrido la funcionaria que estaba sometida a proceso; pues es un aspecto que en ningún momento, ni en el ámbito penal, ni en el disciplinario se ha discutido o puesto en duda la existencia de la falta que efectivamente cometió la persona que fue sancionada disciplinariamente, y si ahora se juzga a quienes en el cumplimiento de su deber la juzgaron, se debe fundamentalmente a problemas de procedimiento, que en el caso particular de la persona sobre la que ahora se decide, en ese momento no se cuestionó la legalidad de la decisión tomada por su superior y es por ello que la Sala encuentra viable y aceptable la explicación que da, para efectos de entenderla como la decisión de un funcionario que considera que es su deber y que en el cumplimiento del mismo, procede en consecuencia.

No hay pues el delito de prevaricato que se predica de la conducta del doctor Jiménez Mendoza, porque como antes se sostuvo, si bien es discutible el que hubiera cumplido lo decidido por su superior jerárquico, no puede por haberlo hecho, concluirse que fue su propósito dictar una decisión manifiestamente contraria a la ley, sino que por el contrario se ve el propósito de dictar una resolución sancionatoria, por considerar por los hechos probados, que ellos se ajustaban a los lineamientos típicos de la norma disciplinaria.

En las condiciones anteriores se decretará el cese de procedimiento solicitado por considerarse que el delito denunciado no ha existido.

Se continuará, sin embargo, la presente investigación para lo cual se debe requerir si además de la notificación del auto del 27 de febrero de 1988, al señor Procurador General de la Nación, le fue notificada al Director de la Aeronáutica. En la misma forma se indagará en la Procuraduría si como consecuencia de la notificación que se hizo al señor Procurador General, se dejó constancia de esta decisión en el proceso disciplinario adelantado contra la señora De la Torre de Herrera y si de alguna manera se hizo conocer esta determinación a los funcionarios competentes de la Aeronáutica.

Se interrogará al doctor Penagos, Director de la Aeronáutica en ese entonces, si tenía conocimiento que la resolución de la Procuraduría en la que se le demandaba la destitución de su subordinada había sido suspendida por el Consejo de Estado y en el mismo sentido se interrogará al asesor Jaime Córdoba Gómez y si es del caso se hará una inspección judicial a la Procuraduría para verificar si por algún medio se hizo conocer la decisión del Consejo de Estado a las autoridades de la Aeronáutica.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Decretar el cese de todo procedimiento en favor de los doctores Federico Torres Donado y José Eduardo Jiménez Mendoza, sindicados del delito de prevaricato por la inexistencia del mismo.

Practíquense las pruebas mencionadas en la parte motiva de esta providencia, comisionándose para este efecto a un Juez de Instrucción Criminal, en la medida de lo posible el mismo que ya conoció de esta investigación, por el término de *quince* días.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

IMPEDIMENTO

La prevaloración que el funcionario oficial debe realizar al encontrarse frente a un delito investigable de oficio, no constituye emisión de manifestación impediente, porque actúa en cumplimiento de un deber legal

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

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 64 de octubre 11 de 1988.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en Sala Dual Penal, por auto del 6 de septiembre último, decidió *no* aceptar el impedimento propuesto con base en el ordinal 4º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, por el Magistrado de la misma Corporación y Sala, doctor *J. Héctor Jiménez Rodríguez*, para conocer de las diligencias investigativas que pudieran originarse respecto de la conducta del Juez 4º Especializado de esa ciudad, doctor Ariel de J. David Serna, por un presunto delito contra la administración pública.

De plano como lo dispone el artículo 110 de dicho estatuto, se resolverá lo pertinente, previas las siguientes

Consideraciones:

1. Al Juzgado 4º Especializado de Medellín correspondió adelantar proceso penal contra Luis Gonzalo Restrepo por delito contemplado en la Ley 30 de 1986, cohecho y porte ilegal de armas, en el que la situación jurídica del implicado —que fue capturado— se resolvió con auto de detención del 19 de marzo de 1988 (fl. 65) por tal funcionario, quien no obstante la existencia de circunstancias que no justificaban el levantamiento de la medida de aseguramiento, el 5 de mayo subsiguiente procedió a dejarla sin efecto mediante la excarcelación, en providencia de la cual recurrió en apelación el Ministerio Público.

2. El examen de la actuación para decidir lo pertinente en el recurso de alzada llevó a la Sala Penal de Decisión, de la cual hizo parte el Magistrado Jiménez Rodríguez, al considerar que el levantamiento del auto detentivo no consultaba los presupuestos fácticos y legales necesarios para ordenarlo, por lo que el proveído excarcelatorio debía ser revocado, como en efecto sucedió, y que resultaba imperativo expedir copias para que se investigase el "vituperable" comportamiento del juez *a quo* al proferirlo.

3. Por reparto, las copias ordenadas, correspondieron al doctor Jiménez Rodríguez, quien antes de cualquier determinación, estimó su deber declararse impedido para conocer del asunto contra el juez prealudido en manifestación que consignó en su auto del 10 de agosto retropróximo, según la cual él, como integrante que fue de la Sala que dispuso la compulsa, quedó incurso en la causal 4ª del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal por haber expuesto "clara opinión o criterio acerca de la conducta oficial" del exjuez doctor Ariel de J. David Serna y haber manifestado las razones de "naturaleza fáctica y jurídica que hacían obligante adelantar la correspondiente investigación".

La Sala Dual no accedió a su propuesta con apoyo en reiterada y constante jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que apreciaciones como aquellas a que hace alusión el Magistrado al declarar su impedimento, sólo configuran la causa de separación de determinado asunto, cuando han sido vertidas extraoficialmente y por razones diversas a las funciones de quien las emite, porque en ese evento se pone en peligro su "ponderada ecuanimidad" como juzgador, criterio al cual se adicionó el plasmado en otro pronunciamiento de esta Sala consistente en que la orden de expedir copias para que el funcionario competente decida sobre la procedencia de abrir investigación o no, así deba intervenir en ésta, tampoco estructura la causal impediente porque tal determinación "no envuelve un juicio de profundidad, completo e inmodificable", sino que es una apreciación secundaria ajena a "compromisos valorativos", ya que no implica "para el funcionario competente la fatal apertura del sumario...sino que tal orden se contrae únicamente, a dar esa noticia para que se tome la resolución más adecuada". Y aunque el señor Magistrado que se declara impedido intervino en el debate que culminó con la orden de la compulsa, su participación no llegó a vincularlo de manera que su posición de juzgador del presunto acusado pueda llegar a desnaturalizarse por fallar a la imparcialidad requerida.

4. *En verdad, como con prolijidad y atinadamente lo consigna el Tribunal de origen en su pronunciamiento para no acoger la propuesta de impedimento en examen, no se ha presentado causal legal de separación del asunto por parte del Magistrado doctor Jiménez Rodríguez.*

Su actividad se circunscribió, como miembro de la Sala que conoció por apelación del auto emitido por el Juez 4º Especializado, doctor David Serna, a la obligación legal de intervenir en el estudio del asunto. Si en él se patentizó una situación irregular como así lo vieron sus compañeros de Sala y lo había ya advertido el Ministerio Público, su obligación legal era la de ordenar compulsar las correspondientes copias para que se proveyese a la investigación de un posible delito contra la administración pública en que habría incurrido el juez autor del auto que se revisaba; su opinión sobre el asunto se exteriorizó en el más estricto cumplimiento del deber que le imponía el artículo 19 del Estatuto Procesal Penal, que por igual cobijó a los otros Magistrados de la Sala de Decisión.

La prevaloración que el funcionario oficial debe realizar al encontrarse frente a un delito investigable de oficio, sea para informarlo al competente, sea para abrir él mismo la investigación si le correspon-

diere, lo mismo que la que realice en cualquiera otra oportunidad en que esté ejerciendo su función jurisdiccional, no constituye emisión de manifestación impediente, pues es el cumplimiento de un deber legal.

Recuérdese que el fundamento de la institución de los impedimentos es el interés particular que pueda tener el funcionario en el resultado de una actuación procesal, y por tanto el riesgo de parcialidad en la administración de justicia ya como juez, ora como colaborador (agente del Ministerio Público, secretario), lo que significa que cuando en el marco de la función que desempeña se ve impelido a exponer su criterio u opinión, no existe el interés que pueda impedirlo para conocer de los pasos sucesivos en el mismo asunto sometido a su estudio y evaluación, ni para cuando, de conformidad con el artículo 19 ibidem, debe él mismo iniciar la investigación o dar aviso a la autoridad competente. Es por ello que cuando la ley quiere establecer un impedimento por esta causa, así lo dispone expresamente, como ocurre en los casos establecidos en el numeral 7º del artículo 103 (haber dictado la providencia de cuya revisión se trata), y en el inciso 2º del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal (cuando una Sala ha conocido un negocio en apelación durante la etapa de investigación).

En definitiva, *no* siendo manifestación de opinión con carácter de impediente la advertida por el señor Magistrado que la aduce, habrá de rechazarse su declaración al respecto.

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

Resuelve:

Declarar infundado el impedimento aducido por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal del Distrito Judicial de Medellín, doctor J. Héctor Jiménez Rodríguez para conocer de este asunto.

Cópiese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

COMPETENCIA

Por el solo hecho del procedimiento propio de la Ley 2ª de 1984 y de asignárseles a los jueces especializados el conocimiento de específicos delitos, no puede concluirse que se pretendiera crear una jurisdicción distinta y separada de la ordinaria

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 69.

Vistos:

Se ha remitido a la Corte para definir la colisión negativa de competencias surgida entre el Juzgado Segundo de Instrucción Especializado de Bogotá y el Juzgado Once Superior de este Distrito, el proceso seguido contra *Rafael Eduardo Salcedo Castañeda* y otros, por los delitos de terrorismo, tentativa de homicidio y otras infracciones, respecto al cual los funcionarios referidos consideran no tener competencia para asumir el conocimiento por ser del otro juzgador a quien se propone la colisión.

Debe examinarse primeramente si corresponde a esta Sala la definición respectiva.

Hechos y antecedentes:

En la noche del 24 de enero de 1988, en la casa del Inspector de Policía de Pinipay, jurisdicción del municipio cundinamarqués de San Cayetano, fue colocada una bomba de alto poder explosivo que ocasionó grandes destrozos en la vivienda y lesiones graves con diversas consecuencias al Inspector José Fabio Danilo Gómez, a su mujer María Delsy Castiblanco Rincón, quien se encontraba en estado de embarazo y a sus cinco hijos menores, el mayor de estos de ocho años de edad.

Iniciada la investigación por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Cayetano, se dispuso su remisión al Juzgado de Instrucción Especializado (inciso 3º, art. 12, Ley 2ª de 1984) por competencia por no estar funcionando los Juzgados creados mediante el Decreto 180 de 1988. El Juzgado 2º de esa categoría, al cual correspondió el proceso dispuso la práctica de varias diligencias, oyéndose en ampliación al denunciante quien formuló acusación a diferentes personas y se refi-

rió a otro atentado anterior en su contra, sobre el que se adelantó al parecer otra investigación. El Juzgado 4º de Orden Público solicitó informes sobre el trámite y se agregaron fotografías de las personas lesionadas y de la vivienda afectada.

El Juzgado Especializado (2º) de Bogotá, promovió colisión negativa de competencias al Juzgado 11 Superior del mismo Distrito y aceptada por éste, ordenó el envío del asunto a la Corte.

Se considera:

De conformidad con el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, numeral 6º, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte dirimir los conflictos de competencia entre la jurisdicción penal ordinaria y la especial.

En primer término, debe determinarse si existe esta situación, es decir si se trata de una jurisdicción especial, pues, esta es la circunstancia que le da facultad a la Sala para pronunciarse.

Si bien la Ley 2ª de 1984 estableció Jueces Especializados para conocer de determinados delitos y señaló un procedimiento diferente al ordinario para el juzgamiento, no se considera que se creara una jurisdicción especial en sentido estricto, toda vez que se designan por los Tribunales Superiores y ante estas mismas Corporaciones debe surtirse la segunda instancia. Y por el solo hecho del procedimiento propio señalado y de asignárseles el conocimiento de específicos delitos, no puede concluirse que se pretendiera crear una jurisdicción distinta y separada de la ordinaria. Y si ciertamente se creó el Tribunal y los Juzgados de Orden Público, correspondiéndole a la Corte decidir las colisiones que surjan entre estos funcionarios especializados y otros de la jurisdicción ordinaria, las normas respectivas no son aplicables en este caso por tratarse de hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia (art. 52, Decreto 180 de 1988; art. 16, Decreto 474 de 1988)

La Ley 2ª prevé que la colisión que se suscitare en procesos sometidos al procedimiento que contempla la misma, debe definirse por el Tribunal Superior, entendiéndose que se ha trabado entre oficinas judiciales del mismo Distrito. Y si bien cabe deducir que se trata de controversias en asuntos que se consideren sometidos al trámite de dicho estatuto, puede entenderse que se señala una pauta en esta materia cuando la disparidad de criterios surge entre el Juez Especializado y otro despacho judicial del mismo Distrito.

De acuerdo a lo anterior, como en el presente caso la colisión se propone entre Juez Especializado y Juez Superior, pertenecientes al mismo Distrito Judicial sin que pueda entenderse que se trata de jurisdicciones diferentes, la decisión debe proferirla el común superior de ambos, esto es el Tribunal Superior respectivo.

Debe observarse la necesidad de adelantar con actividad el trámite de este proceso y adoptar con prontitud la definición correspondiente, dada la especial gravedad de los hechos.

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

Resuelve:

Abstenerse de conocer en relación con la colisión planteada y ordena la remisión del proceso al Tribunal Superior de Bogotá para los efectos del caso.

Notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

En la técnica de casación que gobierna el manejo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior, se debe determinar la clase de violación de la ley y la conclusión del cargo, esto es, qué se pretende en caso de prosperidad de la acusación

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 67 de noviembre 1º de 1988.

Vistos:

El Juzgado 17 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de fecha 20 de octubre de 1987, condenó a *José Domingo Bustos Peña* a la pena privativa de la libertad de treinta y nueve meses de prisión y accesorias de ley, como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado, decisión que fuera modificada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, según fallo de 11 de febrero del presente año en el sentido de imponer como pena privativa de la libertad la de cincuenta y siete meses de prisión. Contra esta decisión tanto el procesado como su apoderado interpusieron recurso extraordinario de casación el cual fue concedido por auto de 14 de abril siguiente.

Hechos y actuación procesal:

Se hallan sintetizados de la siguiente manera:

"A la hora de las 2 de la mañana del día 6 de diciembre de 1986, Luis Laverde Leguizamo se transportaba en el vehículo de su propiedad marca Renault 18 2 litros, de color blanco, de placas FU-3823 y al detenerse en la esquina de la calle 74 con la avenida Caracas al norte de la ciudad, tres individuos provistos de armas de fuego —revólver—, abordaron el automotor, lo trasladaron al asiento posterior y tomaron rumbo hacia la autopista norte y en la calle 92 lo despojaron de sus documentos, reloj, cadena, anteojos y la suma de 7 mil pesos en dinero efectivo, huyendo de allí, donde lo abandonaron, llevándose el aludido automotor.

"El día 3 de febrero de 1987 miembros del F-2 de la Policía Judicial dieron captura a José Domingo Bustos Peña, quien conducía ese vehículo, empero, con las placas AR-5720, explicando que lo había adquirido de manos de Jaime León".

El Juzgado 31 de Instrucción Criminal de esta ciudad por auto de 4 de febrero de 1987 inició la correspondiente investigación penal dentro de la cual oyó en indagatoria al procesado José Domingo Bustos Peña a quien decretó su detención preventiva por auto de fecha 11 del mismo mes y año.

Cerrada la investigación el Juzgado 17 Penal del Circuito calificó el mérito del sumario el 5 de junio de 1987, mediante llamamiento a juicio a Bustos Peña como presunto autor del delito de hurto agravado y calificado de que dan cuenta estas diligencias, decisión que quedó ejecutoriada al negarse el recurso de reposición interpuesto contra ella y no haberse recurrido en apelación para ante el superior.

Evacuadas las pruebas pedidas por el hoy casacionista se celebró la diligencia de audiencia pública el 19 de septiembre siguiente y con fecha 20 de octubre de 1987 se dictó la sentencia de primer grado en los términos consignados anteriormente.

Demanda:

Con invocación de la causal primera de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior, el actor presenta dos cargos a la sentencia de segundo grado que se sintetiza así:

Cargo primero. "...la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal de fecha febrero 11 de 1988, de ser violatoria de la ley sustancial, concretamente el artículo 236 del Decreto-ley 409-71, por error de hecho cometido al no apreciar los testimonios de los señores Noel Hoyos y Saúl Castiblanco, pruebas que obran en los folios 257 a 262 y 280 a 293 del cuaderno principal, error que hizo posible la violación de la citada norma, por falta de apreciación de tales testimonios, que de haberlos tenido en cuenta otro hubiere sido el fallo".

Para demostrar el cargo, el libelista puntualiza:

"a) El señor Noel Hoyos, expresó en su declaración de tercero que él y el señor Miguel Vega, acompañaron a Bustos Peña, con el fin de rendirle un concepto sobre la compra de un automóvil que iba a comprar en El Campín de esta ciudad, que al llegar el día sábado en las horas de la mañana, se trasladaron al mencionado lugar para observar qué carro les ofrecían, que al encontrarse allí el señor Jaime León les ofreció un Renault 18, color blanco, dos litros, modelo 1985, el cual se encontraba en perfectas condiciones mecánicas y en buen estado de latonería, hecho que dio lugar a la compraventa;

"b) El señor Saúl Castiblanco, manifiesta que el procesado le manejó un camión furgón en la Transportadora Línea Roja, de Placas SN-7564, quien se caracterizó por ser una persona honesta, cumplida

y quien siempre decía la verdad. Así mismo manifiesta que el procesado le había manifestado que él tenía la mitad de un camión con su hermana el cual lo habían vendido antes de comenzar a manejarle su carro".

"Los testimonios de estos dos señores deben apreciarse de conformidad con lo preceptuado en el artículo 236 del Decreto-ley 409 de 1971, evento que nunca se dio en la sentencia impugnada con este recurso de casación, pruebas que no se valoraron con el conjunto de pruebas que forman el acervo probatorio".

"Solamente se apreció y valoró los indicios que sirvieran para condenar al procesado, pero las pruebas directas que los contradicen se omitieron, pues de haberse tomado en cuenta, otros hubieren sido los resultados en la sentencia".

"Las declaraciones rendidas por ellos desvirtuan totalmente los argumentos que fundamentan los fallos de primera y segunda instancia, ya que demuestra a pesar de las contradicciones del procesado que realmente se efectuó dicha compraventa y que con dineros obtenidos de la venta de la mitad de su camión".

"No aparece ninguna prueba directa que señale al procesado como autor o coautor del delito de hurto agravado del vehículo despojado al señor Laverde Leguízamo, pues ni siquiera él se atrevió a señalar a José Domingo Bustos como uno de los tres individuos que participó en su despojo de documentos, reloj, cadena y la suma de dinero"

"Uno de los principios que gobiernan el proceso penal es la presunción de inocencia del sindicado, principio que parte que todo hombre es inocente hasta que no se le demuestre lo contrario. Principio que también se fundamenta en la buena fe de los hombres y que es causa del principio de la *indubio pro reo*. Con la sentencia impuesta a mi poderdante, se han violado estos principios generales del derecho penal, al no darle credibilidad a lo expuesto por el procesado a pesar de tener dos testimonios que demuestran que su dicho es verdadero en cuanto que él no es autor ni coautor del referido delito".

"Al no tenerse en cuenta tales testimonios, el error de los juzgadores es manifiesto, evidente, patente, palpable y obstensiblemente la incidencia en la violación del artículo 236 del Decreto-ley 409 de 1971 además, trascendente porque la realidad fáctica deducida por los falladores de instancia es contraria por entero a lo que aparece en las pruebas, hasta el punto de tomar una decisión contraria a las legales.

Por lo expuesto anteriormente, pido a esa Corporación que infirme en todas sus partes el fallo de febrero 11 de 1988, proferido por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en consecuencia, se le conceda la libertad del procesado".

Se responde:

El recurrente ha equivocado la impugnación, por flagrante olvido de un aspecto básico y suficientemente conocido de la técnica de

casación que gobierna el manejo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, constituyendo su libelo un simple alegato de instancia como pasa a demostrarse:

Olvidó el recurrente determinar la clase de violación de la ley y la conclusión del cargo, esto es, qué pretende en caso de prosperidad de la acusación. Por parte alguna indica si debe la Corte dictar fallo de sustitución para absolver a su representado, limitando su petitum a que se le conceda la libertad a su defendido.

Por ello, asiste razón al Ministerio Público cuando afirma que "los desaciertos anteriores resultan insignificantes frente a la confusión mental del casacionista cuando califica el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal como norma sustancial, a sabiendas de que ella no consagra ningún derecho u obligación, ni modifica, extingue o estatuye delitos o sanciones, sino que simplemente, regula un procedimiento".

Al no indicar el actor si la violación consistió por falta de aplicación de la norma, por aplicación indebida o interpretación errónea resulta afinada la cita que hace la Delegada ya que reiteradamente esta Corte ha sostenido: "...el recurso de casación exige una técnica especial, bien diversa y más depurada de la que es propia de los ordinarios recursos de reposición y apelación. Entre aquellos requisitos está el de una precisa delimitación de la causal invocada y su correcta fundamentación. Cuando de la causal primera se trata, no solamente es necesario indicar si se invoca violación directa o indirecta de la ley sustancial, sino que ha de concretarse la especie o modalidad de la respectiva violación con citación de la norma o normas que se consideran conculcadas por la sentencia del Tribunal y con la argumentación jurídica que sirve de fundamento a la demostración de la causal alegada.

"El memorialista en este caso se ha limitado a enunciar en forma genérica la llamada violación de la ley sustancial sin precisar de qué naturaleza sería tal violación al transcribir el artículo 68 del Código Penal y a sostener que el Tribunal no le otorgó a su representado la condena de ejecución condicional pese a que considera reunidos los requisitos legales para su concesión. De esta manera ha hecho un memorial que podría ser tenido como alegato de instancia pero que no reúne las formalidades propias de una demanda de casación.

"Y ante tales deficiencias, que la Corporación no puede suplir, se impone desestimar la demanda presentada..." (Casación, marzo 14 de 1985. Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía).

La acusación no prospera.

Cargo segundo. Aduce el casacionista que la sentencia de segundo grado es violatoria de la ley sustancial, concretamente en los artículos 231 y 233 del Código de Procedimiento Penal, por error de derecho al haberle dado el sentenciador un valor jurídico de indicio necesario al testimonio del Notario Primero de Bogotá, a la inspección judicial que obra a folio 44 del cuaderno principal y considerar como indicio grave el haber encontrado a su defendido en posesión del vehículo hurtado.

Para demostrar la acusación el libelista apunta:

"El señor Notario Primero de Bogotá, manifiesta al Juzgado Instructor que la firma y los sellos que aparecen en el documento que obra en el folio 2 vuelto, parece ser su firma y los sellos que utiliza la Notaría para estas diligencias de autenticación, sin embargo anota que no son auténticos porque le falta el timbre nacional.

"Como se puede observar, en ningún momento señala este funcionario público que su firma y tales sellos sean falsificados o sea, que debe presumirse que la firma que allí aparece estampada es la misma que él utiliza para estos eventos como también dichos sellos, la única prueba idónea que puede rebatir de falso la firma y los sellos en dicho documento, es el concepto grafológico del Instituto de Medicina Legal, de lo contrario, dicho documento goza de la presunción legal de autenticidad, ya que el artículo 261 del Decreto 409 de 1971, establece que son documentos auténticos los expedidos por un funcionario público.

"Los juzgadores de instancia al considerar que dicho documento es falso para considerarlo como un indicio grave contra el procesado, se le está dando un valor jurídico distinto del señalado en la ley. Al considerar que tal documentación es falsa, es considerar que el testimonio del señor Notario Primero es casi plena prueba sobre la falsedad de dicho documento, y al considerarlo como tal, el procesado queda totalmente impedido de defenderse, ya que él demuestra la existencia de la presunta persona que se lo vendió, hecho que se corrobora con el dicho del señor Noel Hoyos (fls. 357 a 362 del cuaderno principal), pruebas que demuestran y descartan la responsabilidad penal del procesado.

"En la inspección judicial que se le hizo al carro hurtado, se demostró que el sindicado no cambió las identificaciones que le había hecho al carro IDENTICAR, como también era las mismas llaves que tenía el propietario del carro, estos hechos sirven de contraindicio para descartar la responsabilidad penal del procesado, pues, lo usual que hace cualquier persona que se hurta un carro, es transformarlo totalmente a fin que su propietario no lo reconozca, pero, cuando se deja idénticamente, ello es indico que Bustos Peña creyó desde un principio que el carro era bien habido y no hurtado, pues, me parece que sería muy pendejo andar en un carro hurtado sin cambiar sus signos de identificación, lo que lo hace fácilmente identificable por parte de su dueño.

"Nadie puede negar que la otra cara de la moneda en la interpretación de estos hechos sean los que analizó este recurso, que comparados y evaluados con las demás pruebas lo eximirían de cualquier responsabilidad penal.

"Finalmente, considerar como indicio grave en contra del procesado el hecho de encontrarle en posesión material del vehículo hurtado, es aplicar la presunción legal de responsabilidad en los delitos de hurto consagrada en el artículo 233 del Decreto 409 de 1971, juicio valorativo que no corresponde a la realidad fáctica, pues, es un requisito *sine qua non* que el procesado haya sido condenado penal-

mente por algún delito contra la propiedad con anterioridad al hecho juzgado, pero, tal evento no se da en nuestro caso, ya que el procesado José Domingo Bustos nunca había sido condenado penalmente por ningún delito contra la propiedad, por tanto, no se le puede aplicar esta presunción ni se le puede considerar de indicio grave el hecho de tener en posesión dicho vehículo, pues, tiene pruebas que justifican su posesión material.

"Al considerar todos estos hechos como indicios graves contra el procesado, se está violando el artículo 231 del Decreto 409 de 1971, cuando por el contrario ellos sirven de contraindicio para descartar su responsabilidad. Al tomarlos como indicios necesarios cuando efectivamente no tienen ese carácter, se incurre por parte de los juzgadores en error de derecho, lo cual es totalmente violatorio de lo consagrado en la ley sustancial para estos eventos".

Se responde:

En este nuevo cargo la ausencia de técnica resulta aún más ostensible ya que afirma que la sentencia viola directamente la ley sustancial por error de derecho discutiendo el valor probatorio respecto del testimonio del señor Notario Primero de Bogotá, incurriendo en fallas insalvables ya que su desarrollo apunta a la violación indirecta de la ley.

Olvida el actor que el fallo de segunda instancia viene precedido de la doble presunción de acierto y justicia y que el enfrentamiento de su particular criterio con las consideraciones de los juzgadores de instancia, entratándose de pruebas como las comentadas anteriormente hacen improcedente la acusación propuesta ya que la demanda correspondiente se convierte en un simple alegato de instancia.

Los errores de hecho y de derecho en que puede incurrir el sentenciador deben ser ostensibles y ser única la prueba considerada. Pero, cuando existen otras en las cuales se fundamenta el fallo respectivo, la acusación pierde fuerza y deja incólume el fallo recurrido.

Por eso resulta acertado el criterio de la Delegada cuando afirma que "...para el casacionista son de igual contenido los conceptos de la ley sustancial y la norma adjetiva; violación directa de la ley material y violación de la misma por modo indirecto, sin tener en cuenta, que estos dos cuerpos son excluyentes, pues como ya se acotó, el primero implica la aceptación de los hechos fundamento del fallo, tal como fueron tenidos en cuenta por los falladores; al paso que por el segundo, se controvierten precisamente estos fundamentos fácticos, impulando al sentenciador bien falsos juicios de existencia, de identidad de la prueba, ora falsos juicios de convicción sobre la misma".

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Primaro Delegado en lo Penal y de acuerdo con él,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

FUERO

La norma que establece el fuero para los integrantes de la Policía Nacional —artículo 18 del Decreto 2137 de 1983—, requiere determinar en cada ocasión si los hechos guardan relación con el servicio o se realizaron en ejercicio o funciones o al intervenir en cumplimiento de su obligación

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 67 de noviembre 1º de 1988.

Vistos:

Procede la Sala Penal de la Corte a decidir de plano la colisión negativa de competencia suscitada entre el Comando del Departamento de Policía Guajira —como Juzgado de primera instancia— y el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Riohacha, en cuanto al conocimiento del proceso por homicidio contra el Cabo Segundo de la Policía *Diego García Cárdenas* y varios Agentes de la Policía, hechos ocurridos en el Municipio de Dibulla (Guajira) y en los cuales murió el campesino León Daniel Vanegas Padilla.

Por tratarse de controversia entre funcionarios de la jurisdicción penal ordinaria y de una especial como es la militar, corresponde a esta Corporación la definición del caso a lo cual se procede por encontrarse debidamente propuesta (art. 68, numeral 6º del C. de P. P.).

Hechos y antecedentes:

El 29 de abril de 1986 el Cabo Segundo Diego García Cárdenas, Comandante de la Subestación de Policía del corregimiento La Punta, acompañado de algunos Agentes y de los ciudadanos Horacio Redondo Cote y Jaime Moscote Ruiz, se dirigieron en un vehículo a Dibulla y al parecer, conforme a la información existente en autos, dispararon armas de fuego contra el campesino León Daniel Vanegas Padilla, ocasionándole la muerte en forma instantánea.

Iniciada la investigación por funcionario de Instrucción Penal Militar, se oyó en indagatoria a los miembros de la Policía acusados y se recibieron declaraciones de diferentes personas en cuanto a los

hechos. Igualmente aparece copia de la providencia por la cual, en razón de estos mismos sucesos fue separado de la Policía por mala conducta el Cabo Segundo García Cárdenas (fl. 78) e inspección judicial practicada en la Subestación de Policía de Dibulla, donde se anota que en la fecha de los hechos se presentaron los acusados y se hacen constar las actividades cumplidas por los Agentes en esa fecha, además, del informe sobre el homicidio materia de estas diligencias.

Cumplidas algunas pruebas ordenadas por el Comando del Departamento de Policía, se le devolvió el proceso por el Instructor —Juzgado 80 de Instrucción Penal Militar— con la observación de no tratarse de hechos comprendidos por el fuero. Por considerar fundada esta anotación, el Comando del Departamento de Policía Guajira, como Juzgado de primera instancia, ordenó pasar la investigación al Juzgado Superior (reparto) de Riohacha con advertencia de proponer colisión de competencias si no eran aceptadas sus razones. Una vez rechazadas por éste, afirmando que el conocimiento correspondía a la Justicia Penal Militar, se dispuso remitir el proceso para su definición.

Razones aducidas por los funcionarios:

El Comando del Departamento de Policía Guajira hace referencia a la sentencia de Sala Plena de esta Corporación que declaró exequible el artículo 18 del Decreto 2137 de 1983 (septiembre 23 de 1985), conforme al cual el fuero sólo existe respecto a actos relacionados con el servicio y que por tanto los hechos ajenos a éste son de competencia de la justicia ordinaria, directiva acogida por el Tribunal Superior Militar en reiterada jurisprudencia (art. 67 del C. de J. P. M.). Y que examinados los sucesos, cuyo resumen incluye, la competencia en este caso es de la justicia ordinaria, a la cual propone la colisión negativa.

Por su parte el Juzgado 2º Superior de Riohacha —al que se repartió el asunto— expresa que el Cabo Segundo García Cárdenas manifiesta en su indagatoria que en la fecha de los acontecimientos hizo una anotación en los libros de la Subestación de Policía a su cargo para dejar constancia de su traslado a Dibulla para efectos de reportar novedades. Es decir, que si cumplía "una misión", cuál era la indicada y así '...considera que al momento de ocurrir los hechos el C. S. Diego García Cárdenas sí se encontraba en el ejercicio de sus funciones..." y así la competencia para el juzgamiento es de la justicia penal militar por lo que dispuso el envío del expediente para decidir.

Se considera:

Para resolver la controversia debe partirse de la norma que establece el fuero para los integrantes de la Policía, cual es el artículo 18 del Estatuto Orgánico de esa Institución (Decreto 2137 de 1983), el que es claro en disponer que serán juzgados conforme al Código de Justicia Penal Militar los miembros de la Institución "...que con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a

su cargo o en las circunstancias de que trata el artículo 37 de este estatuto, cometan delitos...", norma vigente y cuya exequibilidad ha sido reconocida, conforme lo expresa el Comando de la Policía.

Es decir que se requiere determinar en cada ocasión para deducir si los hechos están comprendidos por el fuero, si estos por los que se acusan a los miembros de la Policía guardan relación con el servicio o se realizaron en ejercicio o funciones o al intervenir en cumplimiento de su obligación en casos de policía de que tengan conocimiento. Y es reiterada la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que cuando dicha conexidad o relación con el servicio o que los hechos se hayan producido con ocasión del cumplimiento de sus deberes, en forma que pueda concluirse que actuaron en las calidades expresadas, no se acredite o pueda admitirse, no existe el fuero y el juzgamiento corresponde a la justicia ordinaria.

En el proceso citado, se llega a la conclusión de que si bien los miembros de la Policía acusados se hallaban en el momento de los hechos en servicio, el delito por el cual se les sindica junto con personas ajenas a la institución, no guarda relación con sus funciones, lo que se demuestra con la circunstancia de que no hacen alusión alguna al mismo o a procedimiento cumplido en tal ocasión y por el contrario lo que expresan y comprueba el proceso es que se transportaron a otra localidad para efectos de "reportar novedades", sin hacer referencia alguna al hecho ilícito indicado.

Por tales consideraciones, deben admitirse las razones alegadas por el Comando de Departamento de Policía Guajira, toda vez que hasta el momento no se establece el nexo de los hechos investigados con la función policiva, sin que pueda deducirse éste, como lo estima el Juzgado Superior, de la sola circunstancia de haberse trasladado en servicio el Suboficial y los Agentes a otra localidad vecina con una determinada finalidad, pero sin relación alguna con el ilícito objeto de investigación.

Se concluye por tanto que la competencia es de la justicia ordinaria.

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

Resuelve:

Dirimir la colisión negativa de competencias en el sentido de atribuir el conocimiento a la justicia ordinaria, por lo cual se ordena remitir el proceso al Juzgado Segundo Superior de Riohacha, el cual adoptará las disposiciones pertinentes, conforme a las normas legales.

Para la información del Comando del Departamento de Policía Guajira, remítasele copia de esta providencia.

Como en autos no aparece actuación del Juzgado 80 de Instrucción Penal Militar, no obstante las constancias agregadas sobre novedades del personal, desde mediados de febrero de 1987 hasta mayo de 1988, lapso en el que el proceso estaba en dicha oficina, dése

información a la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional con copias de los pertinentes para que verifique si hay lugar a actuación disciplinaria. Líbrese por Secretaría la comunicación correspondiente.

Notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

IMPEDIMENTO

La Sala del Tribunal que haya conocido de la apelación que se surta en la etapa de investigación en determinado proceso, quedará impedida para conocer del mismo en la etapa de juzgamiento. Sin que exista un argumento sensato para separar esa primera fase, con la evaluación de la misma como una etapa independiente

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 69 de noviembre 9 de 1988.

Vistos:

El 29 de agosto del año en curso, los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, doctores Alvaro Guevara Sandoval y Alfonso Guzmán Guzmán, se declararon impedidos (art. 111 del C. de P. P.) para conocer del presente proceso, adelantado contra *Miguel Castellanos Fajardo*, por el delito de homicidio, por haber conocido de la apelación interpuesta contra la resolución de acusación con que se le cobijara (art. 535, inciso 2º *ibidem*). La Magistrada Rubby Elsa Amador Díaz, que seguía en turno, y que fue quien reemplazó al doctor Fernando Olarte Olarte, Magistrado que con los impedidos hizo Sala cuando la susodicha alzada, proyectó aceptando la separación del conocimiento de aquellos y señalando cómo quedaría integrada la nueva Sala que habría de asumirlo, mas su proyecto no fue aceptado. La Sala mayoritaria decidió entonces no aceptar los impedimentos y enviar el proceso a la Corte, para que dirimiera de plano la cuestión (art. 110 del C. de P. P.).

Breves consideraciones de la Sala:

1. Para el Tribunal, concretamente los Magistrados Sixto Arias Vargas y Héctor Corredor Rodríguez, *el artículo 535, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, no tiene operancia, cuando se trata de que el Tribunal ha conocido del mismo proceso en la etapa de juzgamiento, por cuanto esa determinación no es propia de la etapa de investigación, sino de una nueva, a la que denomina* "de calificación". *Es así como aseguran que el artículo 468, "clausura de la investigación", claramente está diciendo que la "etapa de investigación*

termina con la ejecutoria del auto de cierre de la investigación", y de allí que "no pueda el funcionario practicar diligencia alguna". Y, si a su turno, el artículo 487 del Código de Procedimiento Penal, precisa que "con la ejecutoria del auto sobre control de legalidad o de la resolución de acusación, según el caso, se inicia la etapa de juzgamiento", es porque "entre la ejecutoria del cierre de investigación y la ejecutoria del auto de control de legalidad o de la resolución de acusación, según el caso, existe otra etapa del proceso que se puede llamar 'etapa de calificación', la que, en los procesos mixtos" (aquellos de competencia de los jueces superiores y de circuito, que es donde opera el impedimento en cuestión), se compone: "De la resolución de acusación, de sus recursos, de las providencias que los resuelven, de la providencia de segunda instancia, si hay apelación, de la actuación del juzgado de instrucción para enviar los procesos a los Juzgados Superiores o de Circuito y de la providencia de control de legalidad".

2. Para la Corte es novedosa, desde luego, la posición del Tribunal, pero en manera alguna, jurídica. En efecto, tanto en el anterior Código de Procedimiento Penal, como en el actual, claramente se distinguen en el proceso dos etapas, la del sumario y la del juicio, sin que sea dado hablar con propiedad de una tercera etapa, llámese como se quiera. En el Código anterior, la etapa del sumario iba desde el auto cabeza de proceso, hasta la ejecutoria del auto de proceder, momento en que se iniciaba la fase de la causa que culminaba con la ejecutoria de la sentencia; en el Código actual, la etapa de investigación principia con el auto de apertura de la misma y termina con la ejecutoria del auto sobre control de legalidad o de la resolución de acusación, según el caso, que es, precisamente, el momento mismo en que se inicia la fase de juzgamiento, el cual finaliza con la sentencia debidamente ejecutoriada.

Es indudable que el Tribunal se apega demasiado al sabor eminentemente literal del rótulo del artículo 468 del Código de Procedimiento Penal y, con todo y que afirma que realiza una interpretación sistemática de su contenido, en rigor no lo hace. Evidentemente, es apenas natural entender que la fase de investigación debe culminar con una evaluación de la misma, sin que exista un argumento sensato para separarla, ubicándola en comportamiento separado, constituyendo una etapa independiente dentro del proceso, cuando lo cierto es que le pertenece por esencia. Las pruebas no pueden quedar sueltas, haciendo de rueda loca dentro del rol de la investigación, pues ésta tiene un cometido central, lo que hace que todo sea uno, cual es determinar si existe o no mérito para formular resolución de acusación. Se coloca un límite para la práctica de esas pruebas, a la oportunidad propia para traer a los autos los elementos que permitan dar por perfeccionada la averiguación; eso es exactamente lo que hace la norma que se comenta, la que por parte alguna dice lo que afirma el Tribunal, esto es, que la etapa de investigación termina con la ejecutoria del auto de cierre de la investigación, siéndole ajena por completo la calificación de la misma. No se pueden extremar las cosas hasta ese punto, porque eso sería rendirle demasiado tributo al enunciado, al título, desconociendo el contenido del mismo y el claro sentido que él se fija, igual que lo hacen disposiciones posteriores,

Con esa misma filosofía habría que terminar por aceptar, de manera absurda desde luego, que la circunstancia de que el proceso quede en Secretaría a disposición de las partes para alegar, constituye otra fase procesal que bien podría intitularse secretarial o parcial. No, definitivamente, y tan no es así que el propio legislador se encarga de ubicar las cosas en su sitio, cuando determina "con la ejecutoria del auto sobre control de legalidad o de la resolución de acusación, según el caso, se inicia la etapa de juzgamiento" (art. 487), lo que, en sana exégesis, significa que hasta allí va la etapa de investigación, como que nada impide que, en ese mismo trascendental momento, culmine un período procesal y nazca otro.

Es cuando menos curioso, en la interpretación que sienta el Tribunal, que el impedimento no se dé cuando se trata de la apelación de la resolución de acusación, pero sí en el evento de la apelación del auto de detención, a no ser que, llevando su tesis hasta las últimas consecuencias, se asevere que esta determinación también es ajena a la etapa de investigación. Para nadie es extraño que, el compromet imiento conceptual del juzgador es mayor cuando se trata de aquella determinación que no de ésta. Prohija pues tal tesis procedimientos absurdos, lo que acolita también su rechazo.

No hay que olvidar, cuando de estos temas se trata, que el legislador, al menos en estos procesos que se ha dado en llamar mixtos, o sea, los de competencia de los juzgados superiores y de circuito, quiso que la etapa de investigación, incluida en ella desde luego la resolución de acusación, fuera realizada por funcionario distinto al de la de juzgamiento. Esto porque entendió que así daba cumplimiento, de alguna manera, a su aspiración de implantar el sistema acusatorio. Y, si bien es verdad, que el asunto así tratado ha dado lugar a severas críticas, como estas de que si se consideraba que tal sistema era o es el ideal, con exactitud no se está estatuyendo, como que el Ministerio Público, que es el llamado allí a realizar la acusación, no lo hace ni siquiera en esos procesos; que se verifican distinciones odiosas, pues los procesos de conocimiento de los Juzgados Municipales, del Tribunal y de la Corte tienen un régimen procedimental bien distinto; que se desperdicia el conocimiento adquirido de procesos complejos; en fin, no se puede desconocer que el artículo 535, en su inciso 2º, obedece a tal conceptualización, esto es, a que funcionario que haya conocido del proceso en la etapa de averiguación, se separe de su conocimiento en la fase del juzgamiento, con lo que se entiende que se garantiza en mejor forma la debida imparcialidad.

Desde luego que tal norma, inspirada en ese noble propósito de despojar al fallador de prejuicios o de falsos orgullos que no le permiten advertir sus pasados errores, es de temer que pueda llevar, por las características de nuestra organización de justicia y la forma como se ejerce el patrocinio judicial, a mayores males. Así es como no es de extrañarse que la recurribilidad, que constantemente es la única muestra de actividad del derecho de defensa y que no se compadece con la floja calidad de las sustentaciones, conduzca a que la justicia quede en manos de conjueces en numerosos tribunales y que las demoras para integrar las correspondientes Salas de Decisión, den al traste con la celeridad que se le ha querido imprimir al trámite.

Pero todo esto que alrededor de las citadas normas apunta la doctrina y la jurisprudencia, no autoriza a dejarlas inoperantes, porque eso sería —verdad de Perogrullo— desconocer expreso y claro mandato legal, convirtiéndose el intérprete en legislador.

No hay duda pues de que, la Sala del Tribunal que haya conocido de la apelación que se surta en la etapa de investigación en determinado proceso, quedará impedida para conocer del mismo en la etapa de juzgamiento. Igualmente es indubitable que ese impedimento surge cuando de lo que se conoce es de la apelación de la resolución de acusación, pues es irrebatible que esta determinación es propia de la etapa del sumario.

Finalmente, dan a entender los Magistrados que rechazaron el impedimento que esta Corporación le ha dado a la causal cuarta del artículo 163 del actual Código de Procedimiento Penal, concretamente en lo que se refiere a haber manifestado el Juez o Magistrado su opinión sobre el asunto materia del proceso, exactamente el mismo alcance que jurisprudencialmente se le daba a la consagrada en el mismo numeral del artículo 78 del anterior Código. Tal aserto riñe con la realidad porque en verdad cuanto se ha afirmado es que tales doctrinas deben entenderse con la salvedad que ahora comporta el artículo 535, inciso 2º. A manera de ejemplo, en determinación de diciembre 1º de 1987, siendo Magistrado ponente quien ahora realiza igual cometido, dijo esta Sala:

"...Obsérvese cómo el asunto (art. 535, incio 2º) se limita a los *Tribunales*, en asuntos de los cuales conocen en *segunda instancia* por la vía de la apelación (o de la consulta, según el inciso final del artículo que se comenta) y cuando el proceso se encuentra en la *fase instructiva* y para impedirles su conocimiento en la *etapa de juzgamiento*. Es entendido, entonces, que en *todos los otros eventos* la opinión manifestada por el funcionario en estricto cumplimiento de sus funciones mal puede ser elevada a la categoría de prohibitiva para proseguir en el conocimiento del respectivo proceso. Así, pues, mientras se esté en la misma etapa procesal (sumario o juicio) el criterio que se plasme en su decurso no inhabilita en manera alguna. Podrá entonces el juez de instrucción (hoy funcionario del conocimiento), por vía ejemplificativa, dictar auto inhibitorio y negar su revocatoria, emitir la respectiva medida de aseguramiento, aceptar o rechazar la parte civil, denegar la práctica de pruebas, pronunciarse sobre excarcelaciones y sobre cesación o no de procedimiento, negar la vinculación de otros sindicados, decidir incidentes (peritazgos, avalúos, objeciones, etc.), sin que el criterio que en tales oportunidades y en otras más siente, lo incapacite para continuar conociendo del proceso. Puede, inclusive, proferir resolución de acusación, cesación de procedimiento u ordenar la reapertura de investigación; si estas decisiones las llegare a revocar el Tribunal, por apelación o consulta, no quiere ello decir que el instructor está impedido para continuar la actuación que le corresponde realizar.

"Igual podrá el juez de plena competencia (superior o circuito) dictar el auto de control de legalidad, negar práctica de pruebas, aceptar o no la parte civil, manifestarse sobre procedencia o no de excarcelación, pronunciarse sobre el cese de procedimiento por cau-

sales objetivas de improseguibilidad (art. 503), sin que desde luego esté impedido para proferir sentencia, como que su obligación es precisamente hacerlo.

"En tratándose del Tribunal, no podría darse la recusación o impedimento por la causal de que se trata en aquellos eventos en que conoce pero no por la vía de la apelación o la consulta, tales como colisión de competencias, impedimentos y recusaciones, cambios de radicación y en los mismos casos ya vistos de los jueces de instrucción (auto cabeza de proceso o inhibitorio, negativa de revocatoria de éste, medida de aseguramiento, calificación del sumario, etc., etc.), en aquellos procesos en los que hace la primera instancia. Sobre este último aspecto recuérdese que, 'en los procesos por delitos de competencia de la Corte Suprema de Justicia, de los Tribunales Superiores y de los Juzgados Municipales, el mérito del sumario será calificado por la Corporación o Juez Municipal correspondiente' (art. 467), entendiéndose que ellos no profieren auto de control de legalidad, el que sólo opera para aquellos casos en donde la calificación ha sido realizada por el funcionario de instrucción, o sea los de competencia de los juzgados superiores o del circuito (art. 486). Es claro entonces que aquellos funcionarios expresarán su criterio, sentarán su opinión de fondo al momento de la calificación, bien profiriendo resolución de acusación, cesación de procedimiento u ordenando la reapertura de la investigación, sin que obviamente tales pronunciamientos comporten inhabilidad para proseguir en el conocimiento del proceso, pudiendo inclusive —y no otra es su obligación legal—, según el caso, dictar la correspondiente sentencia. Es aquí donde más diáfanamente se ve que la jurisprudencia de la Corte alrededor de qué debe entenderse por opinión generante de impedimento o recusación, perdura en su cabal vigencia. Y es que en verdad no podría entenderse que el legislador, al mismo tiempo que les atribuye a tales funcionarios la facultad de asumir las susodichas determinaciones, eleve tal circunstancia a la categoría de causal de impedimento, pues ello sería tanto como asegurar que la ley prohíja o establece el absurdo..."

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Declarar que les asiste razón a los Magistrados Alvaro Guevara Sandoval y Alfonso Guzmán Guzmán, cuando decidieron separarse del conocimiento del presente proceso, por darse la causal contemplada en el artículo 535, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

NULIDAD LEGAL

No es motivo de invalidez la inclusión en la providencia calificatoria y la orden de reapertura respecto a sindicados, hasta ese momento, ajenos al proceso

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado: Acta número 069 de noviembre 9 de 1988.

Vistos:

El Juzgado 3º Penal del Circuito de Bucaramanga en sentencia de 11 de diciembre de 1987, condenó a *Jesús Antonio Ramírez* a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión a la interdicción de derecho y funciones públicas por el mismo término e indemnización —en abstracto— de los perjuicios ocasionados, como responsable de hurto calificado en perjuicio de la Cooperativa de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Tabaco en hechos ocurridos en horas de la tarde del día 6 de mayo del mismo, en la mencionada capital santandereana (fls. 228 y ss.).

Al resolver la apelación el Tribunal de la misma ciudad, dictó el fallo confirmatorio de fecha marzo 8 de 1988 con la única modificación de aumentar la pena principal a tres (3) años y nueve (9) meses de prisión (fls. 1 y ss.).

Interpuesta casación por el defensor del procesado y cumplido el trámite de rigor, se procede a decidir. Se recibió concepto de la Procuraduría Delegada en lo Penal con oposición a las pretensiones del actor.

Hechos:

Los resume la Procuraduría en su concepto, de acuerdo con la realidad procesal así:

"En la tarde del 6 de mayo de 1987 en céntrico lugar de la ciudad de Bucaramanga, Miguel Pineda y Jorge Uribe fueron violentamente despojados de la suma de $ 1.995.000.oo, en efectivo, un cheque y un revólver que llevaban consigo por cuatro individuos que portaban armas de fuego y quienes huyeron en dos motocicletas una de las cuales pudo ser identificada por un peatón.

quien suministró a las víctimas la placa (XAA-72) y el color (rojo). Tales datos permitieron más tarde a las autoridades de policía aprehender a Jesús Antonio Ramírez cuando conducía la moto, al tiempo que trataba de escapar a la acción de los agentes".

Debe anotarse que los mencionados eran el Gerente y celador de la Cooperativa de Trabajadores de Coltabaco, interceptados cuando se proponían consignar los valores en establecimiento bancario próximo a sus oficinas.

Actuación procesal:

Iniciada la investigación se logró la captura de Jesús Antonio Ramírez, a quien se le encontró la suma de $ 85.000.oo, parte del que fue sustraído, acto en el cual intervino según sus manifestaciones en exposición ante la Policía Judicial. Oído en indagatoria expresó haber sido objeto de presiones y torturas y negó por consiguiente sus afirmaciones. Luego de practicar otras diligencias se dispuso la detención preventiva, apareciendo en su contra varios registros de antecedentes. Una vez perfeccionado el sumario, se cerró y se dictó resolución acusatoria para Jesús Antonio Ramírez por hurto calificado y se ordenó la reapertura en relación con el indagado Mario Sarmiento Almeida y con otros dos sindicados —Armando Vera Vera y Ramiro Parra Gómez— no vinculados al proceso.

Apelada dicha providencia por el defensor de Ramírez el Tribunal confirmó lo resuelto por el Juez Instructor. Asumido el conocimiento por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Bucaramanga, dictado por éste auto de control de legalidad y decretadas pruebas pedidas en el término respectivo, se practicó la audiencia y se dictó la sentencia de primera instancia. Recurrida ésta por el defensor, que propuso nulidad por no haberse vinculado legalmente a los sindicados Vera Vera y Parra Gómez, respecto a quienes se dispuso la reapertura investigativa, el Tribunal la confirmó mediante el fallo objeto del recurso extraordinario.

La demanda:

Recalcando que no fueron reconocidos los autores del hecho ni el vehículo retenido, además de la reapertura respecto a los dos sujetos no vinculados al proceso, invoca contra la sentencia las causales tercera —por nulidad— y primera por violación de la ley sustancial de conformidad con el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal y propone las acusaciones que pasan a examinarse.

Causal tercera: Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad.

Consiste el cargo en que como la Juez Instructora calificó el sumario incluyendo a los sindicados Ramiro Parra Gómez y Armando Vera Vera, no vinculados legalmente a la investigación, se incurrió en nulidad por existir irregularidades que afectan el debido proceso (art. 305 del C. de P. P.).

Anota que el debido proceso se refiere no sólo a los procedimientos para la validez de las decisiones referentes a la libertad, sino que constituye garantía de orden y de justicia para que no se lesionen los derechos ciudadanos. Y se deben cumplir por tanto las formas procesales establecidas.

Refiere la vinculación de los incriminados, a quienes por no haberse emplazado ni definido su situación jurídica, no podía notificárseles el auto cierre de investigación, afectándose el debido proceso e incurriéndose así en invalidez a partir de aquella providencia, la cual solicita se declare.

Causal primera: Violación de la ley sustancial por error de apreciación probatoria.

Con apoyo en dicha causal afirma que hubo apreciación errónea de la prueba referente a la identificación del vehículo encontrado en poder del procesado y que se dice fue utilizado para cometer la infracción, incurriéndose de esta manera en error de hecho.

Observa el actor que el denunciante y a su acompañante no reconocieron al procesado como uno de los autores del hurto y al examinar la motocicleta manifestaron que era de iguales características a la que vieron "...pero que el día de los hechos no estaba así de brillantica..." Agregándose factura conforme a la cual tal vehículo fue pintado el 20 de abril, es decir antes del día de los hechos, tratándose por tanto de otro diferente. Se recibió la declaración del propietario del taller —Alfonso Castilo— en que se efectuó el referido trabajo y reconoció la factura correspondiente, hecho que acredita de que se trataba de motos distintas.

Prueba que indica —dice— la inocencia del procesado Jesús Antonio Ramírez, pues el informante que anotó la placa del aparato pudo equivocarse o bien los delincuentes posiblemente usaron una falsa. Legalmente producida esta prueba debía apreciarse y no desecharse como lo hicieron los falladores.

Si existiere duda solicita el demandante decidirla en favor del acusado. Y pide se dicte la sentencia que corresponda.

Concepto de la Procuraduría Delegada:

Considera que el cargo de nulidad no está llamado a prosperar porque no plantea la incidencia de la omisión relacionada con otros sindicados en cuanto a la defensa del recurrente y sólo podría alegarse en el proceso que se ordenó seguir separadamente contra aquellos.

En cuanto a la causal primera anota fallas en la acusación, porque ésta no corresponde a ninguno de los supuestos configurativos de error de hecho y además el fallador examinó las pruebas dentro de su facultad, sin ignorarlas. Pide en consecuencia negar las peticiones formuladas.

Se considera:

En relación con la nulidad alegada, se apoya en la existencia de irregularidad sustancial que afecta el debido proceso conforme a norma expresa (art. 305, numeral 2º del C. de P. P.), que traduce la garantía constitucional.

Refiere el actor la anomalía determinante de esta situación al hecho de haberse incluido en la providencia calificatoria y ordenado la reapertura respecto a dos sindicados, ajenos al proceso hasta ese momento, porque no habían sido vinculados legalmente, conforme a indagatoria o declaración de ausentes.

La sola enunciación de esta contingencia permite deducir claramente que no existe motivo de invalidez con respecto al procesado. La norma invocada, que garantiza los derechos esenciales del acusado y un adecuado y legal juzgamiento, no tiene aplicación en la situación presentada como base de la anomalía referida, pues basta considerar que únicamente debe proponerla cuando se trate de fallas que afectan o lesionan directamente la situación del procesado en cuanto impliquen un desconocimiento de sus derechos.

Sin embargo, el actor ni demuestra ni afirma directamente esta circunstancia, ya que se limita a señalar la irregularidad pero sin expresar cómo ésta vulneró los derechos del referido procesado, limitándose a concluir que se originaba por tal causa la invalidez enunciada.

Pero analizada la impugnación, se tiene fácilmente que la omisión resulta extraña o no guarda relación alguna con el procesado recurrente, dado que fue juzgado con la plenitud de las garantías. Y el que se incluyera en la calificación a los dos citados sindicados, contra quienes existían informes de haber participado en los hechos pero no se habían vinculado debidamente, sólo puede alegarse en la actuación seguida contra estos y así producir los efectos correspondientes.

Además, como lo ha expresado reiteradamente esta Sala, la ruptura de la conexidad, en los casos previstos por la ley, como ocurre en este proceso, no ocasiona la nulidad y sólo da lugar al trámite separado correspondiente para adoptar las decisiones respectivas.

En tal forma, como también lo advierte el Ministerio Público, el recurrente carece de interés jurídico —por no afectar a su representado en forma alguna— para proponer esta impugnación, lo cual sería suficiente, con prescindencia de las restantes consideraciones ya anotadas, para rechazar la petición formulada.

No se admitirá por tanto la nulidad invocada.

Repítese que en cuanto al cargo, con base en la causal primera, se afirma error de hecho en la apreciación de la prueba respecto a la identificación de la motocicleta que se afirmó utilizada por el sentenciado Jesús Antonio Ramírez.

Si bien el actor no lo expresa concretamente se propone violación indirecta. Aunque, por otra parte, se refiere a que se desechó la prueba existente, cabe entender que su ataque lo dirige en el sentido de que se desconoció o rechazó el verdadero valor que tenía para demostrar la inocencia de su patrocinado.

Se deduce, en consecuencia, que la impugnación radica en haberse errado al interpretar la prueba, sin reconocerle el alcance que realmente tenía.

Pero debe tenerse en cuenta, como debe recordarlo el recurrente, que los falladores hicieron un detenido y suficiente análisis de las pruebas aportadas en su conjunto, para finalizar en la responsabilidad del procesado y que la alegación presentada con base en la factura, carecía del valor frente a los restantes elementos de juicio. Es decir, que efectuada una confrontación de esta última prueba y examinada ampliamente, no consiguió el efecto de desvirtuar la demostración que establecían los restantes medios de convicción existentes.

Suficiente anotar que las sentencias se apoyaron en las manifestaciones del acusado ante funcionarios de Policía, consignadas en diligencias de exposición previa, con las circunstancias correspondientes que condujeron a dejar sin efecto la factura aportada, como tampoco que no se hubiera efectuado un reconocimiento directo del procesado.

No se prueba o establece por lo tanto un error manifiesto en que incurrieran los falladores, sin que el cargo tenga validez suficiente, pues representa tan sólo la interpretación del casacionista frente a la del fallador. Resultando también improcedente la referencia a la duda planteada al no prosperar el cargo examinado.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto de la Procuraduría 1ª Delegada en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Desechar el recurso de casación interpuesto.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

La decisión a que alude el artículo 476 del Código de Procedimiento Penal, permite determinar el procedimiento abreviado en el mismo momento de la resolución de la situación jurídica

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 71.

Vistos:

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de febrero 19 del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, confirmó en todas sus partes el fallo del Juzgado 29 Penal del Circuito que condenó a *Carlos Julio Cardozo Pérez* a purgar la pena principal de treinta y nueve (39) meses y quince (15) días de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, como autor responsable del delito de hurto calificado.

La impugnación fue admitida por auto de junio 14 del presente año y la demanda por proveído de agosto 29 de 1988.

Hechos y actuación procesal:

Los primeros, la instancia, en versión que la Corte acoge, los consigna así:

"...Fueron puestos en conocimiento de la administración de justicia por el señor Luis Carlos Poveda, empleado de la compraventa 'Monserrate', situada en la carrera 10ª número 9-16 de esta ciudad, quien dio cuenta que el día 30 de septiembre del presente año, aproximadamente a las siete de la noche, se presentó allí inesperadamente un sujeto, el cual procedió a romper el vidrio de la vitrina de exhibición de tal lugar con una varilla, la cual llevaba envuelta en papel periódico, sacando rápidamente seis cadenas de oro que se hallaban en la misma, para luego emprender la huída. Dice haber perseguido a tal individuo con un compañero de trabajo llamado Diego Javier Rodríguez Velasco, pudiendo observar cómo aquél al parecer le entregó las alhajas a otro sujeto, para luego proceder a quitarse la chaqueta con el fin de

'despistarlos', logrando acto seguido aprehenderle su colega, encontrándosele la varilla con la que había roto el mentado vidrio".

Sobre la actuación procesal se tiene que, con base en la denuncia formulada por Luis Carlos Poveda, el Juez Trece de Instrucción Criminal dispuso la apertura de la correspondiente averiguación penal, en desarrollo de la cual se recepcionó la indagatoria del sindicado Cardozo Pérez, y se recaudó diversa prueba testimonial, pericial y documental que luego serviría de fundamento al Juez 29 Penal del Circuito para citar a audiencia pública al incriminado, cumplido lo cual se emitieron las sentencias condenatorias a que se ha hecho referencia.

La demanda:

Con amparo en la causal primera el actor presenta el cargo de ser la sentencia violatoria de la ley sustancial "por indebida aplicación del artículo 350 del Código Penal, ya que era de obligatorio cumplimiento en la sentencia aplicar el artículo 349 del Código Penal". "El fallo acusado violó la ley sustancial al *omitir* la comprobación de los elementos constitutivos del hecho punible de hurto calificado, artículo 359 del Código de Procedimiento Penal —sic—, pues la evidencia era imprescindible para la comprobación de la verdad legal del hecho cargado a mi defendido..."

Y, con fundamento en la causal tercera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el demandante estima violado el artículo 26 de la Carta, por cuanto no se observaron la plenitud de las formas propias del juicio, ya que "la fijación del procedimiento, artículo 476 del Código de Procedimiento Penal, y por ser una situación de flagrancia, no se dictó el interlocutorio que así lo declare, sino que se había dicho en el auto que resolvió la situación jurídica de mi defendido Carlos Julio Cardozo Pérez". "Para el legislador no basta que la *fijación del procedimiento* se hubiera hecho en el auto que resolvió la situación jurídica a Carlos Julio Cardozo Pérez, sino que por mandato legal, debía de haberse hecho en auto interlocutorio que así lo declare".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada:

1. Entra la Sala a estudiar en primer término el cargo de nulidad, porque, de prosperar, haría inexaminables los otros reproches, así:

El demandante no expresó de manera concreta su concepto sobre la violación de la garantía consagrada en el artículo 26 de la Constitución Nacional, limitándose simplemente a decir que se habían violentado las formas propias del juicio; y, en verdad que no podría llegar a demostrar esa vulneración en sentido estricto porque si por formas propias del juicio se entienden las que la ley establece en desarrollo de garantías consagradas en la Carta Fundamental, para darle a cada procedimiento su carácter propio y peculiar, no se ve cómo la intrascendente circunstancia de haber fijado el procedimiento a seguir, abreviado, al momento de la resolución de la situación jurídica y no antes, esto es, inmediatamente después de la recepción de la indaga-

toria, pueda comportar aquella trascendental violación. Nadie puede afirmar, razonadamente, que la no sujeción a una de las interpretaciones a que se presta el artículo 476 del Código de Procedimiento Penal, implicó el quebrantamiento de la estructura sustancial del procedimiento. Aserto tal sería un absurdo porque la decisión a que alude la mencionada norma es precisamente que, por estarse ante una situación de flagrancia o de confesión simple, el asunto se rituará por el procedimiento ordinario, trámite que debe cumplirse a partir de la resolución de la situación jurídica. Entonces, determinar este procedimiento abreviado en este mismo momento de la resolución de la situación jurídica, ningún ataque entraña al procedimiento, el que de todos maneras debe cumplirse, fíjese él en uno u otro momento. De ahí la incongruencia también de predicar vulneración del derecho de defensa, y porque los recursos de que puede ser objeto el auto independiente en que se fije el procedimiento a seguir, igualmente pueden ser interpuestos si el procedimiento se determina al momento de la resolución de la situación jurídica. En manera alguna cabe sostener entonces que, en la situación planteada, el procedimiento se resienta en su legalidad o que se haya creado una arbitraria administración de justicia. Aquí no es dable pensar, consecuencialmente, en una nulidad de rango constitucional porque ésta, como lo tiene dicho la jurisprudencia, desfigura el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socava las bases del juzgamiento y desconoce garantías esenciales de las partes, y nada de esto acontece en el evento sub exámine.

Pero la Corte quiere ir más al fondo del asunto y así es como sienta su criterio de que el artículo 476 del Código de Procedimiento Penal es fruto de la falta de técnica de nuestro legislador. Como está redactado bien puede entenderse que el juzgador tiene la obligación de señalar el procedimiento inmediatamente *después de la recepción de la indagatoria, esto es, que si está en frente de una situación de flagrancia o de confesión simple, por auto interlocutorio dirá,* en aquel momento, *que el procedimiento a seguir es el abreviado. Esta interpretación comporta el que se establecieron sucesivos autos interlocutorios para aspectos similares, todos ellos haciendo referencia a estimativa probatoria, a calificación de la prueba sobre existencia o no de flagrancia o de confesión simple: Un auto, al momento de delimitar el procedimiento y, el otro, cuando la resolución de la situación jurídica. Pero si se piensa en que esta hermenéutica quebranta la filosofía misma del procedimiento que se instituía, como que sin razón valedera se dilata el mismo, hay que concluir que la norma también tolera, y con* mayor sistematización, *la siguiente interpretación: Recibida la indagatoria, el juez determinará si se trata o no de situación de flagrancia o de confesión simple, en cuya determinación bien pueden discurrir los días propios —mas sólo estos—, para la resolución de la situación jurídica; pero, llegado a ese convencimiento, ahí sí* inmediatamente *está en la obligación de fijar el procedimiento a seguir, el que bien puede y* debe *señalarse, para no torpedear el fin de brevedad buscado por el propio legislador cuando resuelva la situación jurídica.*

Esta interpretación coloca la locución adverbial "inmediatamente", produciendo sus efectos no con respecto al momento de la recepción

de la indagatoria, sino a aquél en que el juez determinó que se trataba de una situación de flagrancia o de confesión simple. Interpretación desde luego que permite el texto del artículo de marras, que es así: "FIJACION DEL PROCEDIMIENTO. Recibida la indagatoria, el juez determinará si se trata de situación de flagrancia o confesión simple, en cuyo caso dictará inmediatamente auto interlocutorio que así lo declare. Contra esta providencia proceden los recursos ordinarios". Se le coloca sí un límite al funcionario para que realice la determinación señalada, límite que emana de la propia ley, cuando le fija al funcionario el término dentro del cual debe resolver la situación jurídica, evento en el que también debe analizar los fenómenos de la flagrancia y de la confesión simple.

El cargo no prospera.

2. Atina la Delegada, cuando al cargo que se formulara en primer lugar, responde así:

"Como bien puede observarse, el actor demuestra un ostensible desconocimiento de la técnica casacional. En efecto, aunque eleva su censura por violación directa (indebida aplicación del artículo 350 del Código Penal), a renglón seguido se traslada al campo de la violación indirecta al señalar que se omitió la comprobación de los elementos del hurto '...pues la evidencia era impresindible —sic—...' Ello entraña una crítica probatoria ajena a la violación directa, en donde se acepta la evaluación probatoria del fallador, pero se critica el proceso de adecuación típica que llevó a cabo. La antinomia es evidente y provoca el rechazo del cargo, el que de todas maneras no tenía posibilidades de tener éxito debido a su formulación abstracta que no demuestra con claridad el alcance de la impugnación, esto es, qué elementos no se comprobaron, cuál su incidencia en el resultado típico, qué delito se tipificaba en su lugar, etc.".

Constante ha sido la jurisprudencia en predicar que es equivocado plantear el cargo de violación directa de la ley sustancial con arraigo en razonamientos pertinentes al quebrantamiento de la ley por la vía indirecta, pues cada una de las formas de violación tiene su particular fundamentación y su propio radio de acción. Se falta a la lógica y se lleva de calle el principio de no contradicción cuando se procede en la forma criticada, pues ello equivale a prohijar el absurdo comoquiera que se aceptan y niegan a la vez los hechos en que se apoya la sentencia.

Ha dicho la Corte:

"...En la *violación directa* no se impugna la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la ley sustancial se produzca de inmediato, es decir, sin desvío. Y si tal es su contenido, resulta de exigencia lógica aceptar, en su integridad, los hechos que declara probados la sentencia, para edificar sobre ellos la censura. En cambio, es propio de la *violación indirecta* discutir la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la norma sustancial sea mediato, esto es, a través de ella. Y si éste es su sentido, resulta de imperativo lógico rechazar, en forma total o parcial, los hechos que declara probados la sentencia para demostrar que se violó la prueba y que, por este modo, se conculcó la ley.

"Más concretamente:

"En la violación *directa* se afronta un problema de fondo; la *aplicación* de la norma sustancial, bajo tres *sentidos* diferentes: Su falta de aplicación o su aplicación indebida o su interpretación errónea. En la violación *indirecta* se afronta un problema de forma; la *contemplación* del hecho y de su prueba, bajo dos aspectos diferentes: El error manifiesto de hecho y el error de derecho.

"Resulta claro que es presupuesto lógico de la violación directa aceptar los hechos en la forma como los apreció el fallador, pues así el caso concreto se convierte en fundamento inmutable para, de plano, ubicar el error en la *aplicación* de la norma misma. En cambio, si se rechazan los hechos que tuvo en cuenta el sentenciador y se ataca la manera como los apreció se destruye la forma específica del caso concreto para hacer recaer el error en la *contemplación* de la prueba como medio de llegar a la violación de la norma sustancial.

"Entonces, si el actor se interna en el estudio de las pruebas o de los hechos que ellas demuestran para discutir la apreciación que les dio o les negó el fallador, se sitúa dentro de la violación indirecta. Esto acontece cuando se formula un error de hecho (contemplación material), porque se deformó el alcance fáctico de la prueba, porque estando en el proceso no fue considerada, o porque no hallándose materialmente en él fue imaginada o supuesta; y cuando se propone un error de derecho (contemplación jurídica), porque se violó la legalidad de la prueba en su aducción, se le negó el valor que la ley le atribuye, o se restringió o excedió el que ella le asigna" (Sentencia de octubre 27 de 1987).

Indudablemente, pues, que este otro cargo tampoco 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 cuanto a su origen, naturaleza y fecha.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

REHABILITACION

La dispuesto por el artículo 92 del Código Penal, sólo se aplica cuando no ha transcurrido el término de la sanción impuesta como interdicción de derechos y funciones públicas, pues cuando tal pena se ha cumplido, la disposición que regula el asunto es el artículo 205 de la Ley 28 de 1979 —Código Electoral—

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 71.

Vistos:

Ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pitalito (Huila), el abogado Hernando Ordóñez Mazorra, en ejercicio del poder que le fuera conferido por el doctor *Alvaro Sánchez Muñoz,* elevó solicitud en el sentido de que se sirviera "decretar o certificar" que su representado, a partir del 4 de diciembre de 1987, quedaba rehabilitado para el ejercicio de sus derechos y funciones públicas, "por haberse vencido el plazo a que se refiere la sentencia". Fundamenta su petición así:

"1. Por sentencia de fecha 19 de noviembre de 1986, su Despacho condenó (por intervención en política) al doctor Alvaro Sánchez Muñoz a la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 12 meses.

"2. Dicha sentencia quedó ejecutoriada el 4 de diciembre del año referenciado, lo que significa que los doce meses se cumplen el 4 de diciembre de 1987.

"3. La interdicción de derechos y funciones públicas es una pena accesoria, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 42 del Código Penal.

"4. El artículo 92 del Código Penal, al referirse a la rehabilitación, establece: (se transcribe).

"5. De lo anterior se deduce que, en el caso que nos ocupa, la pena impuesta a mi defendido no concurrió con una privativa de la libertad, ni con otra accesoria a que se refiere el artículo 42 del Código Penal, luego el 4 de diciembre de 1987, por haberse cumplido

la sanción, el restablecimiento a la vida ciudadana de mi defendido opera por imperio de la ley, de acuerdo con el fallo que fue dictado en su contra..."

En el numeral 6º de su escrito, el memorialista menciona a dos tratadistas, con los que busca, igualmente, fundamentar su solicitud, para finalizar, afirmando que "de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 636 del nuevo Código de Procedimiento Penal, que es la norma más favorable, usted es el competente para resolver la petición...", la cual tiene fecha de recibo de noviembre 24 de 1987.

El Juez Tercero del Circuito, luego de señalar que, según voces de los artículos 707 del anterior Código de Procedimiento Penal y 635 del actual, la competencia radica en el Tribunal Superior, envía lo actuado al de Neiva, por haber sido en ese Distrito donde se dictó la sentencia de primera instancia.

Fundamentos de la providencia impugnada:

"...se observa que en virtud de lo establecido en el artículo 92 del Código Penal que transcribe el solicitante, la rehabilitación en estos casos no podrá pedirse antes de que hayan transcurrido dos años después de ejecutoriada la sentencia en la que fue impuesta la pena y siendo así, deberá negarse tal pedimento por prohibición expresa de la ley.

"...Considera la Sala que si bien es cierto la rehabilitación puede ser de dos clases, judicial y legal, como lo afirma el tratadista Antonio Vicente Aranas, o de tres, judicial, administrativa y legal, como lo sostiene el profesor Luis Carlos Pérez, en el sistema colombiano es solamente judicial y corresponde conocer de ella a los Tribunales de Distrito, según el artículo 635 del actual Código de Procedimiento Penal que reprodujo casi textualmente el artículo 707 del anterior. Esto es más cierto cuando a pesar de afirmarse por parte del peticionario que la rehabilitación opera automáticamente, lo que equivaldría a no tener necesidad de la judicial, siempre la pretende, ya que, a pesar de la cita que se hace en una de las obras consultadas del artículo 205 de la Ley 28 de 1979, la Registraduría Nacional del Estado Civil *parece* (realce de la Corte) que exige el pronunciamiento judicial para dar de alta la cédula de ciudadanía de quien con anterioridad había sido suspendido en sus derechos y funciones públicas, siendo esta la razón para que a pesar de afirmarse que el restablecimiento a la vida ciudadana opera *ipso jure*, haya tenido la necesidad de recurrir a la vía judicial..."

Como sobre esta determinación se interpuso recurso de reposición y, de manera subsidiaria, de apelación, al resolver el primero, el Tribunal sostuvo:

"...Como la solicitud de rehabilitación carece de los anexos a que se refiere el artículo 637 del Código de Procedimiento Penal y aún no han transcurrido los dos años desde cuando quedó ejecutoriada la correspondiente sentencia, según la propia afirmación del interesado, en esta nueva oportunidad también se deberá negar dicha concesión al condenado Alvaro Sánchez Muñoz, ya que la interpretación que

hace de la norma contenida en el artículo 92 del Código Penal, último inciso, no es la correcta, distorsionando así su verdadero sentido y alcance, pues el número plural que se emplea en su redacción no está exigiendo la concurrencia de varias accesorias con una privativa de la libertad, sino que se refiere en forma genérica a todas y cada una de ellas, por lo cual basta la condena a una sola para que la rehabilitación correspondiente sólo pueda pedirse dos años después de ejecutoriada la sentencia en que la fue impuesta..."

Concepto de la Delegada:

Resulta conveniente por la singularidad de los planteamientos, transcribir la opinión del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, funcionario para el cual la rehabilitación impide la reinserción social de quien la padece, traduce en el fondo una verdadera pena, es "un castigo por el solo mandato legal" y hasta con ella se rompe el orden constitucional, afirmaciones todas, y las afines, que no puede compartir la Sala por lo exageradas, caprichosas y distorsionadas.

No puede perderse de vista que el ejercicio de los derechos ciudadanos tiene condicionamientos que suelen preverse para asegurar su correcto ejercicio y que, en ocasiones, sobre todo cuando la conducta contraria a los mismos tiene una caracterización delictuosa, su suspensión, pérdida o readquisición, no puede mirarse como injusta posición del legislador, sino todo lo contrario, vale decir, su significada estimación y celo porque se preserven en su órbita debida. Que el sistema legal pueda ser más exigente en determinada época o en determinado país, no quiere ello decir que quienes tienen una concepción diferente al respecto, pero sobre el mismo laudable propósito de proteger la recuperación de derechos perdidos (ejercicio de profesión, de técnica, de oficio, de potestades familiares, o prerrogativas cívicas, etc.), representen el oscurantismo, la arbitrariedad o el desconocimiento de lo propio al ser humano. Son simplemente matices de política criminal que bien legisladas, mejor entendidas y aplicadas con acierto, pueden producir sus deseados fines. El Código Penal, con la interpretación que más adelante señalará la Sala, puede decirse que se muestra sensatamente equilibrado, pues para unos casos exige la demostración de una personalidad apta para restituirse al terreno propicio de esos derechos suspendidos o perdidos, y, en otros, facilita la recuperación automática y fatal, para no mantener un estado censurable de desigualdad o discriminación. Pero distinguir posiciones no es señal de falta de visión sino más bien de aguzamiento de este sentido y de todo lo que él pueda comportar en el campo de las teorías y abstracciones y, también, en el de las realidades.

Escribió así la Delegada:

"Nuestro Código Penal, en su artículo 92, concibe una pena accesoria de carácter legal, no judicial, en el sentido de que la rehabilitación se concede un tiempo después de agotado el cumplimiento de las penas.

"Como se puede observar, el sistema penal colombiano, se aparta del sentido de fomento de la reinserción social, en que se inscriben

otras tendencias mundiales, para convertirse en un incremento de la carga represiva.

"Nuestro ordenamiento obliga al condenado a cumplir su pena y además, independientemente del cumplimiento de ella, impone desde el ángulo puramente legal una nueva condena que es la imposibilidad de ejercer derechos por un lapso que se mide en términos superiores a los de la sentencia.

"Nuestra Constitución Nacional (art. 23) consagra el principio de que la reducción a prisión o las molestias que se causen a la persona, sólo pueden provenir de un mandamiento escrito de autoridad competente y por motivos previamente definidos en la legislación. Así las cosas, la pena resulta de un proceso mixto que incluye al legislador, complementado por la determinación del juzgador.

"Pues bien, en el caso de la rehabilitación, la pena cumple con el mandato del artículo 23 de la Constitución Nacional. No obstante, cumplido el monto de la *condena el sujeto queda sometido a la imposibilidad del ejercicio de ciertos derechos* (lo cual es un castigo), por el solo mandato de la ley. Lo anterior rompe el esquema planteado por el constituyente. La razón radica en que la persona *no puede ser sometida a un castigo por el solo mandato legal.*

"La ley por definición es abstracta, regula generalidades que se precisan mediante las determinaciones judiciales.

"La legislación plantea el marco genérico para que la ley procesal concreta, constituida por la sentencia, indique la aplicación particular.

"En este sentido el orden constitucional queda abiertamente roto *cuando una pena (es el caso del art. 92 del C. P.) se extiende por encima de los designios del juez.*

"Fuera de estas razones de tipo legal encontramos un doble castigo, el primero por cuenta de una determinación judicial y el segundo por un designio legislativo. Es decir, una verdadera conspiración contra la política criminal, lo que equivale a menoscabar la integridad estatal, las bases mismas del derecho punitivo y por consiguiente un atentado contra la estabilidad de la armonía social.

"La rehabilitación en nuestro país hace cesar las penas accesorias previstas en el artículo 42 del Código Penal; por las razones expuestas ellas no pueden ir más allá de lo determinado por el juzgador. Si a lo anterior se agrega que la condena no concurría con otras penas, el caso resulta obvio.

"Como corolario de las razones expuestas, comedidamente solicitamos *revocar* la determinación tomada por el *a quo*. En su lugar adoptar la excepción consagrada en el artículo 215 de la Constitución Nacional, declarar la contrariedad entre la Constitución y el artículo 92 del Código Penal, decretando la plenitud de derechos, a partir del momento en que se cumplió la pena" (realces de la Sala).

Consideraciones de la Sala:

El evento *sub exámine*, encuentra cabal solución en jurisprudencia de esta Sala de junio 8 de 1988, donde fuera Magistrado ponente el doctor Lisandro Martínez Zúñiga. De ahí que, en lo pertinente se transcriba, así:

"...La legislación colombiana es bastante compleja en torno a la rehabilitación de las penas accesorias determinadas en el artículo 42 del Código Penal. Distingue varias hipótesis:

"a) La pena de expulsión de extranjero del territorio nacional no puede cesar por rehabilitación (art. 92 del C. P.);

"b) La rehabilitación de las demás penas podrá pedirse aun cuando no haya transcurrido el término que fue determinado para la misma. En tales circunstancias deberán reunirse satisfactoriamente los requisitos del artículo 637 del Código de Procedimiento Penal.

"Sin embargo, esta posibilidad está condicionada a las exigencias del artículo 92 del Código Penal, en el sentido de que si tales penas fueren concurrentes con una privativa de la libertad, no podrá pedirse la rehabilitación sino cuando el condenado hubiere observado buena conducta y después de dos años, a partir del día en que se hubiere cumplido la pena.

"Si no concurriere con pena privativa de la libertad, la rehabilitación no podrá pedirse sino dos años después de ejecutoriada la sentencia que la impuso. Esta hipótesis se aplica a la rehabilitación de derechos y funciones públicas sólo cuando no haya transcurrido el término de la sanción.

"En este caso por mandato del artículo 635 del Código de Procedimiento Penal, será decretada por la correspondiente Sala de Decisión del Tribunal del Distrito Judicial donde se hubiese dictado la sentencia de primera instancia, previa solicitud del condenado.

"Como la norma se refiere a sentencia de primera instancia, tal competencia no toca con las providencias dictadas en única instancia por la Corte Suprema de Justicia y el Senado. Ello a pesar de lo resuelto en torno a una sentencia dictada por el Senado de la República el primero de abril de 1959, respecto a la cual el Tribunal Superior de Bogotá le concedió rehabilitación de derechos y funciones públicas al General Gustavo Rojas Pinilla.

"La competencia de la Corte para estos efectos surge de la ausencia de norma especial y la aplicación del principio de juez natural.

"Para los casos en los cuales se solicite la rehabilitación de penas distintas a la interdicción de derechos y funciones públicas, es competente el juez de primera instancia (art. 636 del C. de P. P.), háyase o no cumplido el término de su duración;

"c) Pero en el caso concreto de que el término de la interdicción de derechos y funciones públicas *haya transcurrido, esto es, que la pena se haya cumplido*, existe una norma específica ya no de carácter penal, sino electoral: Es el artículo 205 de la Ley 28 de 1979, Código Electoral, que claramente determina:

'La rehabilitación en la interdicción de derechos y funciones públicas operará *ipso jure al cumplirse el término por el cual se impuso su pérdida como pena.* Para ello bastará que el interesado formule la solicitud pertinente, acompañada de los respectivos documentos ante el Registrador Municipal de su domicilio, el cual le dará *inmediatamente* tramitación'.

"Esto es, que en este caso concreto, *donde ya ha transcurrido el término de la interdicción de derechos y funciones públicas*, el legislador no estima menester la intervención de la autoridad jurisdiccional, sino que por tratarse de un aspecto cronológico fácilmente detectable lo pasa a las autoridades administrativas y más concretamente, a las electorales por su obvia correlación.

"En este caso no es dable exigir requisitos adicionales, tales como buena conducta, ocupación lícita, etc., pues la medida opera *ipso jure*".

3. *Así las cosas, resulta patente que no es dado sostener cuanto asevera la Delegada, esto es que, con el artículo 92 del Código Penal, la rehabilitación se concede un tiempo después de agotado el cumplimiento de las penas; que, tal norma, se aparta del sentido de fomento de reinserción social que otras legislaciones propugnan; que nuestro ordenamiento obliga al condenado a cumplir su pena y además, independientemente del cumplimiento de ella, impone desde el ángulo puramente legal una nueva condena que es la imposibilidad de ejercer derechos por un lapso que se mide en términos superiores a los de la sentencia; que, cumplido el monto de la condena, el sujeto queda sometido a la imposibilidad del ejercicio de ciertos derechos; en fin.*

Quedó suficientemente esclarecido que, lo dispuesto por el artículo 92 del Código Penal, sólo se aplica cuando no ha transcurrido el término de la sanción impuesta como interdicción de derechos y funciones públicas, pues cuando tal pena se ha cumplido, la disposición que regula el asunto es el artículo 205 de la Ley 28 de 1979, Código Electoral, que comporta una rehabilitación ipso jure, *que procedimentalmente sólo exige la respectiva solicitud, acompañada de copia auténtica de la sentencia, según voces del artículo 21 de su Decreto reglamentario 2450 de 1979.*

Recuérdese que el artículo 92 del Código Penal señala que, excepto la expulsión del territorio nacional para el extranjero, las demás penas a que alude el artículo 42 ibidem, *en la que desde luego está la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas*, podrán cesar por rehabilitación. *Refulge como verdad de Perogrullo que, si puede* "cesar", *es porque aún no se ha cumplido. Es, entonces, una norma que lejos de hacer más gravosa la situación del condenado, infligiéndole otra sanción, permite que la impuesta por el juzgador en cada caso concreto, pueda terminar por rehabilitación. Y los términos que tal artículo señala para que esa acción pueda incoarse, en manera alguna puede sostenerse que escapan a la órbita del legislador, constituyendo una clara violación de nuestra Carta Magna, como que esa actividad la realiza normalmente cuando elabora Códigos o emite leyes, siendo ese un radio de acción que le es por naturaleza propio.*

Así, pues, si en el concreto caso, la pena impuesta de interdicción de derechos y funciones públicas, ya fue cumplida por el condenado Alvaro Sánchez Muñoz, deviene en incuestionable que el Tribunal no era el competente para conocer de la respectiva rehabilitación, como quiera que esa es atribución del Registrador Municipal de su domicilio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se *inhibe* para conocer del presente asunto. Regresen las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

REO AUSENTE. NOTIFICACION

Cuando se desconoce el paradero del procesado que ha sido vinculado mediante declaratoria de reo ausente y desde este momento procesal ningún dato cierto aparece sobre su residencia o sitio de trabajo, la notificación que se haga a su defensor oficioso resulta completamente válida.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 071.

Vistos:

El Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná (Caldas) mediante providencia de 20 de noviembre de 1987 condenó a *Alberto López Vargas* (a. Aniceto), *Escipión Becerra Delgado* y *Marco Aurelio Villegas Villada* (reo ausente) a la pena privativa de la libertad de cuatro (4) años de prisión y multa por valor de $ 205.090.oo para cada uno y accesorias de ley, como autores responsables de violación al Estatuto de Estupefacientes (Ley 30 de 1986) y les negó el beneficio de la condena de ejecución condicional. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales por fallo de 20 de febrero último, confirmó en todas sus partes la decisión de primera instancia.

Hechos y actuación procesal:

Se hallan sintetizados de la siguiente manera:

"Tuvieron su origen el día 11 de abril del presente calendario (1987), cuando se recibió una llamada telefónica en el Comando de la Policía Nacional de esta ciudad, donde se informaba anónimamente, que en la residencia del individuo apodado 'Aniceto', cuyo nombre es Roberto López Vargas procesado en esta causa, había considerable cantidad de *'marihuana'*. Con base en lo anterior el Dragoneante del F-2 Eudoro López, quien conocía al individuo apodado Aniceto, lo buscó hasta encontrarlo y le hizo un seguimiento a prudente distancia; tras ellos iban el Capitán Fabio de Jesús Sánchez Múnera y el Sargento Héctor Julio Campos Carrillo. Unos cinco minutos después de haber entrado Alberto López (Aniceto) a su casa ubicada en el barrio Betania de esta ciudad, la Policía golpeó a su puerta; el sindicado abrió y en el

comedor, sin mayor dificultad, los servidores públicos, encontraron una caja de cartón que contenía veinticinco (25) kilos, veintiséis (26) onzas de marihuana, razón por la cual Alberto López Vargas fue retenido y llevado conjuntamente con la yerba incautada al cuartel".

"Posteriormente, con base a petición que el Capitán de la Policía había hecho al celador del barrio Betania, el citado vigilante, avisó al Cuartel que un desconocido había entrado a la residencia del aprehendido Alberto López Vargas, utilizando para el efecto unas llaves que portaba. Sin pérdida de tiempo la Policía volvió a intervenir y capturó entonces al procesado Escipión Becerra Delgado".

El Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Chinchiná con fecha 14 de abril de 1987 inició la correspondiente investigación penal y luego de escuchar en declaración indagatoria a los detenidos Alberto López Vargas y Escipión Becerra Delgado, al día siguiente les dictó auto de detención, sin beneficio de excarcelación. Con fecha 15 de junio siguiente declaró reo ausente a Marco Aurelio Villegas Villada y le designó apoderado de oficio.

Con fecha 9 de julio de 1987 se clausuró la etapa investigativa y se dictó resolución de acusación el 28 del mismo mes y año contra los tres procesados como autores de almacenamiento y suministro de estupefacientes (Ley 30 de 1986).

Como quiera que el apoderado judicial de López Vargas recurriera en reposición y en subsidio en apelación, le fue negado el primero y concedido el segundo para ante el Tribunal Superior de Manizales según auto de 8 de agosto siguiente. Por auto de 10 del mismo mes y año, se concedió el recurso de apelación interpuesto por el procesado Escipión Becerra Delgado, pero el apoderado del primero desistió de la impugnación. Por auto de 11 de agosto de 1988 se aceptó el desistimiento presentado por el apoderado de López Vargas y se dispuso el envío de las diligencias al Superior para conocer del recurso interpuesto por Becerra Delgado.

El Tribunal Superior de Manizales mediante providencia de 10 de septiembre siguiente confirmó la resolución de acusación proferida contra el recurrente Becerra Delgado y el Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná en providencia de 16 de septiembre avocó el conocimiento del proceso y declaró ajustada a derecho la actuación cumplida por el instructor. El apoderado de López Vargas recurrió en reposición al considerar que el instructor incurrió en irregularidades sustanciales que hacían nulo el proceso, pero con fecha 28 del mismo mes y año, el Juzgado de primera instancia negó la impugnación pretendida.

Abierto el juicio a pruebas el 10 de octubre siguiente, las partes guardaron silencio, razón por la cual se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública el 11 de noviembre de 1987 y se dictó sentencia condenatoria el 20 del mismo mes y año, en los términos consignados al inicio de esta providencia.

Surtidos los trámites propios de la instancia, una nueva Sala de Decisión del Tribunal Superior de Manizales, por impedimento de

la que conoció del recurso de apelación contra la resolución de acusación, confirmó el fallo del Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná el 20 de febrero último. Interpuesto el recurso extraordinario de casación por el defensor de López Vargas, le fue concedido por auto de 14 de marzo siguiente y admitido por esta Corporación el 12 de abril último.

La demanda:

Con invocación de la causal 3ª de casación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el apoderado judicial de Alberto López Vargas presenta un solo cargo contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Manizales por considerar que se dictó en juicio viciado de nulidad.

El actor presenta la acusación en los siguientes términos:

"a) Entre las notificaciones que se deben hacer personalmente al procesado, su defensor, y el Agente del Ministerio Público, se encuentran las providencias relacionadas con la cesación de procedimiento, el auto de cierre de investigación, la resolución de acusación y la sentencia";

"b) El artículo 472 del Código de Procedimiento Penal ordena que se debe notificar personalmente la resolución de acusación al procesado que estuviere detenido, al cual en caso de hallarse en libertad se le debe citar a su última dirección conocida en el proceso por el medio más eficaz. Si transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación no comparece, la notificación se hará personalmente al defensor y con él continuará el proceso";

"c) El señor Marco Aurelio Villegas Villada fue declarado reo ausente en el presente proceso y en tal virtud fue emplazado el día 2 de junio de 1987 mediante edicto desfijado el 13 de junio del mismo año. Surtida esta actuación, se le designó como defensor de oficio al doctor Wesner Molina Usma quien en tal virtud tomó posesión del cargo";

"d) Posteriormente el 28 de julio de 1987 el Juzgado Instructor profirió resolución de acusación contra todos los procesados, la cual fue notificada personalmente a los que se encontraban detenidos (Alberto López Vargas y Escipión Becerra Delgado), lo mismo que al Agente del Ministerio Público y al apoderado de López Vargas, mas no se dio cumplimiento al trámite previsto en el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal ya que tal decisión se notificó por estado al apoderado de oficio de Marco Aurelio Villegas Villada".

Aduce el casacionista que al no haberse notificado en forma personal al defensor de Villegas Villada se incurrió en nulidad por violación del derecho de defensa. Agrega que, al interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, invocó la nulidad que ahora reitera, no obstante lo cual el Tribunal Superior de Manizales consideró que la irregularidad presentada quedó sanada al recibir el defensor notificación personal de la providencia de control

de legalidad, actuación procesal que en su sentir no convalida la grave irregularidad ya que esta decisión, la de control de legalidad, es de naturaleza distinta a la resolución de acusación y, finalmente, dicho profesional, no impugnó ni intervino en la actuación posterior a la providencia deficientemente notificada.

Consideraciones de la Corte:

Por cuanto el censor aduce violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por violación de las formas propias del juicio y del derecho de defensa, entra la Sala a dar respuesta al único cargo propuesto con base en la causal 3ª de casación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Sea lo primero destacar que el recurrente en su demanda se presenta como defensor oficioso del procesado no recurrente y reo ausente Marco Aurelio Villegas Villada, ya que nada alega respecto del trámite y juzgamiento de su representado Alberto López Vargas, lo cual, implica la ausencia de interés jurídico para recurrir en casación.

No obstante lo anterior, la acusación presentada como violatoria del debido proceso, y consecuencialmente, del derecho de defensa exclusivamente con relación a Villegas Villada, resulta improcedente como lo consideró el Tribunal de instancia en la sentencia acusada y por las razones consignadas por el señor Procurador Delegado en lo Penal en su concepto que antecede.

En efecto, ha dicho reiteradamente esta Sala que no toda irregularidad comporta la invalidación de la actuación, pues ella debe estar prevista por la ley como ritualidad imprescindible, es decir, su omisión o actuación distinta a la expresamente consagrada en la ley como regla sustancial, solamente genera nulidad cuando su quebranto afecte las bases mismas del proceso, haya incidido en el juzgamiento o se desconozcan los derechos fundamentales de las partes. Si esto sucede, aún de oficio debe declararse nula la actuación afectada para que con arreglo a la ley inobservada se reponga el procedimiento.

En el caso que nos ocupa, *resulta incontrovertible que el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal establece la forma como debe realizarse la notificación de la resolución de acusación al imputado.*

"La resolución de acusación debe notificarse personalmente al procesado que estuviere detenido. Si estuviere en libertad, se citará a su última dirección conocida en el proceso por el medio más eficaz. Si transcurridos ocho (8) días desde la fecha de la comunicación no compareciere, la notificación se hará personalmente al defensor y con él continuará el proceso. En caso de excusa válida, se nombrará un defensor de oficio".

Esta norma comprende varios procedimientos: Unos de riguroso cumplimiento y otros alternativos como pasa a detallarse:

a) *Cuando el procesado se halla privado de su libertad, la norma obliga a que se le notifique en forma personal y directa cuando su detención ocurre en el mismo lugar donde se adelanta el proceso, o*

mediante despacho comisorio cuando su detención se cumple en establecimiento carcelario ubicado en localidad diferente, en tratándose de providencias recurribles, o mediante aviso a través de la Dirección del establecimiento carcelario cuando contra ellas no procede recurso alguno, es decir, por ministerio de la ley son inimpugnables. Este aviso, bien puede ser mediante oficio o comunicación telegráfica (art. 176 del C. de P. P.).

Cabe agregar, que si el procesado se halla privado de su libertad por cuenta y a disposición de otro funcionario judicial y se tiene noticia de esa situación concreta, debe en todo caso surtirse la notificación en la forma antes indicada. Pero, si el funcionario que dicta resolución de acusación, desconoce que el procesado se encuentra privado de su libertad, la notificación de la resolución de acusación a su apoderado en la forma establecida en la norma transcrita, de modo alguno genera nulidad de la actuación por cuanto ella se surte como si el procesado no se encontrara detenido;

b) *Si el procesado se hallare en libertad, bien sea provisional o incondicional, se le citará a su última dirección, es decir, a la que haya registrado en la diligencia de indagatoria o en la que suscribió para gozar del beneficio de excarcelación, pues en la mayoría de los casos, resulta en extremo difícil realizar esta especial diligencia (la de citación), a quien no ha comparecido al proceso y se le ha declarado reo ausente, desconociéndose su residencia y en muchas ocasiones hasta su concreta identidad biográfica. Cuando esto último ocurre y solamente se tiene datos sobre sus nombres y apellidos y otros datos que lleven al juez a determinar su identidad, la no citación para la notificación de la resolución de acusación en forma personal, si bien puede constituir una irregularidad, no puede generar nulidad y mucho menos predicar por este hecho la violación del derecho de defensa.*

Quiere decir lo anterior que, cuando se conoce la residencia o sitio de trabajo de un procesado convocado a juicio, ya pasados ocho (8) días, desde la citación por medio eficaz, y si éste no concurriere para recibir notificación personal, se le notificará a su defensor la resolución de acusación y con él se surtirá el juicio hasta sus últimas consecuencias.

Pero cuando se desconoce el paradero del procesado que ha sido vinculado mediante declaratoria de reo ausente y desde este momento procesal, ningún dato cierto aparece sobre su residencia o sitio de trabajo, la notificación que se haga a su defensor oficioso, resulta completamente válida la actuación así surtida, ante la imposibilidad de notificar personalmente al enjuiciado no detenido, y de modo alguno genera nulidad por violación del derecho de defensa y del debido proceso.

c) Finalmente, quien venga figurando como defensor del procesado, ya sea por mandato de éste o por designación oficiosa, debe continuar cumpliendo con esta función, salvo que presente excusa válida que a juicio del juez amerite la designación de otro profesional del derecho, en cuyo caso se nombrará, y con él se surtirá la notificación.

Revisado el proceso se tiene que el Juzgado 6º de Instrucción Criminal de Chinchiná con base en los datos suministrados por los otros dos procesados detenidos, por auto de 20 de abril de 1987 dispuso la captura de Villegas Villada y ofició a las autoridades de Policía para su cumplimiento. El 16 de mayo siguiente se obtuvo respuesta negativa a la localización del procesado, razón por la cual, el 30 del mismo mes y año se ordenó su emplazamiento.

Con fecha 15 de junio y luego del trámite correspondiente y de un segundo informe negativo sobre la captura de Villegas Villada, se le declaró reo ausente y se le designó como apoderado de oficio al doctor Wesner Molina Usma quien tomó posesión el mismo día.

El 28 de julio de 1987 se dictó resolución de acusación contra los tres procesados legalmente vinculados a la investigación y en la misma fecha, dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal se notificó personalmente a los detenidos López Vargas y Becerra Delgado, así como al Ministerio Público.

Tramitados y decididos los recursos interpuestos contra la resolución de acusación, el Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná a quien le correspondió avocar el conocimiento del proceso para la etapa de juzgamiento dada la naturaleza del ilícito investigado, con fecha 16 de septiembre siguiente, dictó auto de legalidad del proceso y en la misma fecha se notificó personalmente a los procesados detenidos y al Ministerio Público y al día siguiente se verificó igual diligencia con el defensor del procesado ausente doctor Molina Usma.

Razón le asiste al señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal cuando expresa:

"...no siempre el desconocimiento del citado precepto viola el derecho de defensa del procesado y engendra nulidad, si como en el caso en estudio se cumplieron dentro del proceso otros actos y diligencias que ponen de manifiesto el claro y perfecto conocimiento de la existencia de la providencia que decretó la resolución de acusación, y de lo resuelto en ella, por parte del apoderado de quien se dice afectado en su derecho de defensa, ya que intervino en acto y trámite posterior a ella, que tienen directa relación con ésta; situación que expresamente consagra el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal cuando expresa: 'Cuando se hubiere omitido notificación, o se hubiere hecho en forma irregular a *quien debe hacerse personalmente*, se entenderá cumplida para todos los efectos si la persona hubiere actuado en diligencia o trámite a que se refiere la decisión, o interpuesto recurso de ella' ".

"En el presente caso si bien puede observarse la presencia en el proceso de la irregularidad a que se refiere el censor, el no haberse efectuado la notificación personal al defensor designado oficiosamente a Marco Aurelio Villegas Villada, de la resolución de acusación... a pesar de no haber sido posible efectuar notificación de la misma índole al citado procesado, tal irregularidad no tiene relevancia tal como para verse afectada la validez del proceso, por cuanto no se violó en forma alguna el derecho de defensa, pues la notificación personal se suplió con la prevista en el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal".

"Lo anterior por cuanto el auto de control de legalidad fue notificado al apoderado de Villegas Villada, y de éste auto es presupuesto básico la resolución de acusación, pues sólo ejecutoriada ésta, puede el juez del conocimiento entrar a revisar la actuación procesal, en orden a declararla ajustada a la ley; luego el apoderado de Villegas necesariamente tuvo conocimiento de la existencia de la resolución de acusación y de lo dispuesto en ella por tener íntima relación con aquella que le fue objeto de notificación personal. Igualmente el mismo apoderado intervino en posterior diligencia relacionada directamente con la decisión notificada irregularmente, a saber, la audiencia pública, en donde abogó respaldando el criterio del agente del Ministerio Público por una absolución de su representado por existir duda a cerca de la responsabilidad de éste", según los intervinientes en el citado debate.

Debe agregar la Corte, por último, que el mismo profesional del derecho que ahora recurre en casación a nombre de López Vargas, recurrió en reposición y en subsidio en apelación de la providencia de control de legalidad con argumentos totalmente distintos a los expuestos como sustento del recurso que reclama, pero apuntando a la invalidación procesal. Resuelto adversamente el de reposición, lo fue concedido el de apelación para ante el Tribunal Superior de Manizales y una vez se inició el trámite de la instancia, desistió expresamente, dando con ello aceptación a las razones expuestas por el Juzgado de primera instancia y, consecuencialmente a la iniciación del juicio.

En la diligencia de audiencia pública (intervención oral) y en su escrito sustentatorio, el defensor limita su actuación a demandar la absolución de su representado sin que haya presentado motivos de nulidad de lo actuado, es decir, hasta ese momento halló el procedimiento ajustado a la ley como bien lo consignó el Juez Penal del Circuito de Chinchiná en el auto de legalidad del proceso.

Queda claro entonces que ninguna actuación vulneró el derecho de defensa del procesado López Vargas y que su juzgamiento se ajustó en todo a las normas que regulan el proceso penal. Y que si bien es cierto existió una irregularidad en la notificación de la providencia de resolución de acusación, exclusivamente respecto del reo ausente Villegas Villada, ésta se subsanó con la actuación posterior de su defensor. La censura no está llamada a prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* el fallo recurrido de fecha, origen y naturaleza ya referidos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

CONFESION. FLAGRANCIA

Siendo la confesión el reconocimiento libre y espontáneo de hechos perjudiciales, calificada o no, y estando consagrada como factor determinante de rebaja de pena en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal actual sin condicionamientos modales de ninguna índole distintos del descubrimiento en flagrancia del delincuente, como claramente lo prevén esa norma y sus concordantes, no puede ser desconocida en detrimento del principio de favorabilidad

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

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 67 del 1º de noviembre de 1988.

Vistos:

Cumplidas las formalidades legales previas, procede la Sala a resolver el recurso de casación impetrado por el Fiscal 6º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, contra la sentencia proferida por esa Corporación el 5 de octubre de 1987, mediante la cual, por modificación de la de primera instancia, se impuso al procesado, *Miguel Angel González Bejarano*, en dos causas acumuladas la pena principal de cinco años de prisión como responsable de los delitos de falsedad en documento público, falsedad en documento privado y doble estafa, en cuantía inferior a cien mil pesos.

Hechos y actuación procesal:

Empleando idénticas modalidades delictivas, que explicó detalladamente en las indagatorias rendidas en los procesos a los cuales se refiere la sentencia acusada, Miguel Angel González Bejarano, se dio a la tarea de atentar contra la fe pública y el patrimonio económico ajeno, así:

1º El 16 de agosto de 1986, el mencionado se presentó en una fuente de soda situada en la calle 73 número 7T Bis-18 de Cali, de propiedad de Abelardo Cano, y le solicitó a éste cambiarle un cheque que portaba, girado a su nombre por el establecimiento de comercio llamado "Depósito Sur" por valor de $ 12.656.oo, el cual endosó a favor de Cano con su propia firma, pero que al ser presentado para cobro, resultó de cuenta cancelada y con girador inexistente.

Conforme a la denuncia, el cambio lo obtuvo parte en dinero efectivo y parte en consumo de bebidas alcohólicas en compañía de tres o cuatro individuos, al parecer amigos suyos. El conocimiento de la investigación correspondió al Juzgado 3º Superior de Cali. Despacho éste que profirió auto vocatorio contra González Bejarano por los delitos de falsedad en documento privado y estafa, el cual quedó ejecutoriado en mayo de 1987.

2º Al mismo juzgado correspondió conocer de otro proceso contra el mismo sujeto, por hechos consistentes en que el 7 de octubre de 1986, se presentó, junto con otro individuo, al supermercado de propiedad de Robinson Guevara igualmente de la ciudad de Cali, con un cheque también girado a su favor por $ 8.687.oo, y luego de hacerle creer en la genuinidad de tal título valor, logró que se lo cambiara por víveres y dinero efectivo hasta copar su valor. Este instrumento aparecía girado por tres entidades oficiales del municipio de Cali —una de las cuales no tenía existencia—, con sus respectivas rúbricas y sellos, todos los cuales resultaron ser falsos, y correspondía de acuerdo al código de cada oficina, a una sucursal del Banco del Comercio clausurada desde 1985. También en esta ocasión, el endoso fue hecho con la firma autógrafa del aparente beneficiario del título.

De acuerdo a la versión del endosante, él adquirió por compra a una persona desconocida, los dos cheques, por un precio irrisorio, y los llenó a su antojo, colocándoles los sellos correspondientes como de sus respectivos giradores.

En el segundo asunto González Bejarano fue llamado a juicio por falsedad en documento público y estafa, habiendo cobrado ejecutoria el vocatorio en junio de 1987. Con esta calificación el Tribunal modificó la del juez de primera instancia, que había considerado en cuanto al atentado contra la fe pública, que se trataba de falsedad en documento privado, y desatendió la solicitud del Fiscal colaborador, que propendía por la confirmación, pero adicionándole un delito más: el de falsificación de sello oficial.

Las causas fueron acumuladas el 7 de julio subsiguiente, y así, celebrada la audiencia pública conjunta, se emitió el fallo de primer grado, en el que se le impuso como pena principal la de tres años y seis meses de prisión. El juzgado le denegó expresamente la rebaja punitiva sugerida por el Ministerio Público al tenor del artículo 301 del nuevo Código de Procedimiento Penal, al estimar que la narración circunstanciada de los delitos por el acusado, se hizo, según el texto respectivo, en "...una forma más cínica que espontánea y sincera", y no de la manera y en las condiciones legalmente exigidas para la operancia del beneficio diminuente.

La sentencia aludida fue confirmada por el Tribunal con un salvamento de voto en el sentido de que sólo se cometieron los delitos de estafa, pero con modificación en cuanto agravó la pena aumentándola a cinco años de prisión, en el pronunciamiento que es objeto de esta impugnación extraordinaria.

La demanda:

El Fiscal recurrente, en su demanda que se abstuvo de ampliar el Procurador Delegado, sostiene dos cargos contra el fallo del Tribunal, los cuales fundamenta en las causales 4ª y 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal de 1971, así:

Primero: Se dictó en juicio viciado de nulidad legal, por error en la calificación jurídica de la infracción, en el proceso referido al cheque en que se hizo aparecer como girador a entidades oficiales, porque, no fue el cometido el delito de falsedad en documento público, sino el de falsedad en documento privado, el que además concurrió con el de falsificación de sello oficial, por lo que el enjuiciamiento debió formularse por estos dos ilícitos sumados al de estafa, los cuales estima suficientemente demostrados con correspondiente investigación.

Segundo: Es violatorio en forma directa de la ley penal sustantiva (artículo 301 del nuevo C. de P. P.) porque, habiendo existido confesión de parte del incriminado sobre los delitos cometidos, en las primeras intervenciones (indagatorias) de cada uno de los procesos acumulados, el sentenciador omitió aplicar la referida disposición legal, que le era más favorable por cuanto representa una notable rebaja de pena y así le infirió deterioro a su situación procesal.

Consideraciones de la Corte:

El cargo primero: No responde a los cánones de lógica jurídica y de técnica propios de este recurso extraordinario, por lo cual habrá de desecharse.

Efectivamente, olvida el censor que cuando el error de adecuación de la conducta investigada hace referencia, no al género, sino a la especie delictiva dentro de cuya ordenación normativa caben tanto el delito imputado que se estima equivocado, como el que se alega por marco correcto para la calificación de la conducta, no puede alegarse la nulidad legal de la primera hipótesis del numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal anterior. En este evento, y en cuanto el error provenga de la apreciación probatoria —como podría ser el caso en examen— es lo procedente acudir a la causal 1ª de casación, cuerpo segundo, cuyas consecuencias jurídicas, diferentes a las de la causal 4ª, del artículo 580 del precitado ordenamiento, impiden al juez de casación su oficioso estudio (art. 583 *ibídem*).

Ahora bien: respecto del delito de falsificación de sello oficial, por cuya imputación aboga el demandante al concurrir, en su opinión, con los de falsedad en documento privado y estafa en el mismo proceso acumulado aludido en el párrafo anterior, tampoco puede alegarse errada calificación jurídica. Si bien, según el planteamiento de la censura, el acto que configuraría este ilícito es totalmente independiente de la falsedad que pregona, el cargo en el aspecto de que se trata deviene en absoluto subordinado a la demostración de la dicha falsedad, y bajo esta premisa el camino a seguir, no habría sido la anulación parcial del proceso, y no la expedición de copias para la investigación a que hubiere lugar. Ello porque vicio de tal naturaleza e implicaciones, no puede afectar la actuación en lo legalmente surtida.

Conviene recordar que el Tribunal en su auto de calificación correspondiente, y en respuesta a la misma inquietud, que desde entonces le planteara el mismo funcionario demandante, consideró que se trataba de un concurso aparente de tipos de falsificación o uso fraudulento de sello oficial con falsedad en documento público, porque el delito cometido por el incriminado, en su criterio, fue éste, en cuya estructuración entró la aposición de los sellos falsos como factor indispensable, subsumiéndose por tanto en el tipo legal escogido.

El segundo cargo: Contenido en la demanda, si es acertado y con base en él se casará parcialmente el fallo del Tribunal de origen.

El acusado, que como lo demuestran los procesos acumulados a los cuales se refiere la sentencia en estudio, es persona proclive al delito, en particular a atentados como los que son materia de estas investigaciones acumuladas (fl. 40, cuaderno 2), y a quien no conmueven las múltiples sindicaciones, ciertamente ofreció en sus respectivas indagatorias, sin variar su posición dentro de los procesos, versiones circunstanciadas y prolijas de sus delitos y de su *modus operandi*, reconociéndose autor de los comportamientos ilícitos aunque, como lo destaca el sentenciador, se abstuvo de señalar e identificar a sus compañeros de fechorías, y también a pesar de que en una de las injuradas hubiera aseverado en principio no conocer con exactitud la razón de su comparecencia al juzgado para la diligencia. A este respecto recuérdese: Es tal el cúmulo de actividades ilícitas del personaje, que no resulta extraño que en un momento dado en verdad no precise el motivo de su vinculación. Sin embargo, una vez ubicado en las primeras preguntas, narra con mucho desparpajo sus andanzas, y ello fue lo que hizo en las causas acumuladas definidas en la sentencia que se acusa (fls. 23 y ss., cuaderno 1 y fls. 10 y ss. cuaderno 2).

Siendo la confesión el reconocimiento libre y espontáneo de hechos perjudiciales, calificado o no, y estando consagrada como factor determinante de rebaja de pena en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal actual sin condicionamientos modales de ninguna índole distintos del descubrimiento en flagrancia del delincuente, como claramente lo prevén esa norma y sus concordantes, no puede ser desconocida en detrimento del principio de favorabilidad, cuando, como efectivamente aconteció en el caso sub examine, ella fue hecha en la primera intervención del sindicado, y fue además pilar de esa condena junto con los otros elementos de juicio —en particular testificales— que la corroboraron de sobra.

Las consideraciones del Tribunal con miras a desecharla bajo el entendido de carecer de espontaneidad y de sinceridad, miran más el aspecto subjetivo del individuo delincuente que la objetividad de la norma inaplicada (fls. 210 y 214, cuaderno 2).

En torno al concepto de flagrancia, considera la Sala oportuno hacer algunas precisiones complementarias a las de la providencia del 1º de diciembre de 1987 (Magistrado ponente doctor Mantilla Jácome), así:

La flagrancia desde el punto de vista constitucional, tiene un efecto expreso: El permitir a cualquier persona el apresamiento del delincuente y a la autoridad el perseguirlo y penetrar, sin que sea

necesario requerimiento alguno, a su propio domicilio, o a uno ajeno, caso éste último en el cual sólo es necesario requerimiento al dueño o morador, quien no puede oponerse ni obstaculizar la acción de la autoridad.

Por eso el criterio de más expedita y común aplicación, para distinguir un delito de flagrancia, suele ser el de la persecución o aprehensión coetáneas con la comisión del hecho delictuoso. Y esto porque permitir la captura del delincuente, aún por particulares y sin orden de autoridad competente o no respetar el domicilio propio o ajeno en donde se refugie, tienen que tener una base de excepcional mérito no sólo en cuanto a la identidad de la persona que debe tomarse como procesado, sino en cuanto a la conciencia de la ilicitud de la conducta realizada, observándose, entonces, que en estos casos el hecho cometido, por sí mismo, pregona su punibilidad, además de poderse contar con el fácil diligenciamiento de las pruebas que deben aportarse.

Pero así como es dable decir que la captura que sigue a la comisión del hecho, cuando ésta y aquella guardan una íntima relación cronológica de inmediatez, denota por sí la flagrancia del delito y el sorprendimiento, por tanto, del incriminado en su comisión, no es menos cierto afirmar que así no se persiga de manera física al delincuente una vez ejecutada la conducta criminosa, o no se logre su captura tan prestamente, es procedente deducir esta característica mediante la visión de los hechos por terceras personas y de la víctima, con identificación precisa o aceptable del procesado, y la claridad conceptual de que se está en presencia de un hecho delictuoso. El artículo 24 de la Constitución Nacional, con el empleo de la expresión "cogido in flagranti" está significando no un fenómeno de apresamiento, captura o atrapamiento, porque si así fuera a continuación no expresaría esta idea con la locución de que el delincuente, en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Lo que se significa es el sorprendimiento (ser visto, percibido, descubierto) al momento de cometer el delito o tiempo inmediatamente después del mismo, o como dijo la Corte "que se esté cometiendo un delito o que éste acabe de consumarse momentos antes" (Fallo agosto 13 de 1987, Magistrado ponente doctor Jesús Vallejo Mejía, exequibilidad del artículo 393 del C. de P. P.).

Ejemplificando tenemos: Hay flagrancia cuando se captura al incriminado cuando está cometiendo el hecho, o en momentos posteriores al mismo, sea que la acción se realice por el ofendido o perjudicado, por terceros o por la autoridad, así que haya uno o varios testigos o únicamente se cuente con la presencia de la víctima; en las mismas circunstancias anotadas, hay lugar a deducir la flagrancia, cuando se persigue al delincuente, quien ha cometido el delito momentos antes, y se logra su captura; hay igualmente flagrancia, cuando su captura o persecución se hace con base al sorprendimiento "con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él", artículo 393 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, cuando sorprendida una persona en la comisión de un hecho delictuoso, y se la identifica en forma plena y segura, pero

no se logra su captura, es factible hablar de flagrancia, por lo que en el caso de surgimiento posterior de una confesión es dable desestimarla como aminorante de la pena —artículo 301 del C. de P. P.—, porque la flagrancia sí se dio, aunque sin su correlato de la captura, aspecto este último que no exige el citado artículo 301 para establecer la desfavorable consecuencia que prevé.

No hay, se reitera, la flagrancia cuando la víctima o terceros no descubren, al momento de ejecutarse el punible, su carácter delictivo. Es necesario, pues, que el ofendido o terceras personas sientan, con la comisión del hecho, que se perpetra o intenta perpetrar un delito, que sacude su sentimiento y desencadena la reacción denunciatoria (voces de auxilio) y persecutoria de quien así se comporta, cuando ello es física y psíquicamente posible. De ahí que no se pueda hablar de flagrancia en el caso del estafador que gira un cheque de chequera robada para pagar una compra sin que el vendedor se percate del engaño que es objeto, o el terrorista que entrega en la portería de un edificio una carta bomba que estalla varias horas o días después, así se le capture posteriormente como resultado de la investigación realizada.

En el caso en estudio está establecido en el expediente que el procesado obtuvo el 15 de agosto de 1986 y el 7 de octubre del mismo año que le cambiaran por dinero y elementos de consumo dos cheques, sin que las víctimas se percataran del engaño en el momento de la consumación de los hechos, pues sólo descubrieron que correspondían a cuenta cancelada cuando fueron a hacerlos efectivos en el respectivo banco. No puede, por tanto, hablarse de flagrancia en este caso, por no ser evidente en el momento de su realización el carácter delictuoso de la conducta, o como dice la ley, por no haber sido sorprendida la persona en el momento de cometer el hecho punible.

Se impone así, como consecuencia de las anotaciones precedentes, rebajar la pena al procesado en una tercera parte como lo preceptúa el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, equivalente a 20 meses de prisión sobre los 60 que se le tasaron en el fallo de segundo grado.

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

Resuelve:

Casar parcialmente la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali recurrida. Por consiguiente, como pena de prisión a pagar por el procesado Miguel Angel González Bejarano, se señala la de cuarenta (40) meses.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

1º PENA. PERJUICIO
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

Cuando la restitución del objeto materia del delito o su valor no es procedente, no puede exigírsele al responsable, por imposible, la restitución "natural", ni por injusta la restitución "por equivalencia". En estos casos, el responsable se hace acreedor a la diminuente punitiva, con el solo hecho de indemnizar los perjuicios de orden material y moral causados con su ilícita conducta, pero es necesario que la imposibilidad de restitución no haya sido creada por el responsable

2º PENA. PERJUICIO
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO .

Aún partiendo de la simple interpretación literal del artículo 374 del Código Penal, se llega a la conclusión de que para que el beneficio se pueda dar, se requieren dos elementos: La restitución del bien y el pago de perjuicios, y que ello se haga por el responsable de la infracción en forma voluntaria

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 67 de noviembre 1º de 1988.

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de diciembre de 1987, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a los procesados *Fabio Antonio Tuberquia Carvajal* y *Dario Alberto García Gómez,* al primero a la pena de 50 meses de prisión por los delitos de hurto y porte ilegal de armas, y al segundo a la pena de 40 meses de prisión por el delito de hurto, imponiéndoles la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y negándoles la condena de ejecución condicional.

Antecedentes:

Los hechos materia del proceso los resume asi la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal:

"El día 18 de agosto de 1987, cuando el señor Angel María Arbeláez Montoya procedía a sacar del parqueadero ubicado en la carrera 49, en cercanías de la Iglesia Asunción en Medellín, la camioneta Dodge de placas número CZZ-5911, fue interceptado por varios individuos, quienes bajo amenazas con armas de fuego lo despojaron del vehículo.

Minutos más tarde fueron capturados Darío Alberto García Gómez y Fabio Antonio Tuberquía Carvajal cuando trataban de huir luego de ser sorprendidos dentro del vehículo objeto material del ilícito, en lugar cercano a aquel en que tuvieron ocurrencia los hechos, no sin antes, el segundo de los nombrados, tratar de oponer resistencia a su aprehensión, accionando un revólver que meses antes había sido hurtado en asalto perpetrado al Ley de Envigado, el 1º de julio de 1985".

El Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal radicado en Medellín adelantó la investigación por el procedimiento abreviado teniendo en cuenta el estado de flagrancia y la confesión de los procesados, y mediante auto de 28 de agosto de 1987, dispuso la detención preventiva de Tuberquía Carvajal y de García Gómez por hurto calificado y porte ilegal de armas, solicitando a la vez al juez Penal del Circuito la citación a audiencia pública (fls. 32 y ss.). El sumario correspondió al Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín, que avocó su conocimiento, y mediante auto de 18 de septiembre de dicho año citó a audiencia pública (fl. 65), la cual se celebró el 5 de octubre, dictándose sentencia el 13 subsiguiente, por medio de la cual se condenó a Tuberquía Carvajal a la pena principal de 24 meses y 10 días de prisión, por los delitos de hurto calificado y agravado (arts. 349, 350 y 351 C. P.) en concurso con el delito de porte ilegal de armas, previsto en el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986, y condenó a García Gómez a la pena principal de 20 meses y 18 días por el citado delito de hurto. Para la dosificación de la pena el juzgado tuvo en cuenta la rebaja por "indemnización" contemplada en el artículo 374 del Código Penal. Este fallo fue apelado por los defensores de los procesados, y el Tribunal, en la sentencia que se ataca en casación, la modificó para imponer a Tuberquía Carvajal una pena de 50 meses de prisión, y a García Gómez, una de 40 meses de prisión. Este incremento lo fundamentó en que el Juzgado Doce Penal del Circuito aplicó erróneamente el citado artículo 374, pues no existió "restitución" sino "decomiso" del vehículo objeto del hurto. A cambio, reconoció la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el numeral 7º del artículo 64 *ibidem*.

La demanda:

De conformidad con el numeral primero, cuerpo primero, del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia de violar directamente la ley, por aplicación indebida del numeral 7º del artículo 64 del Código Penal, que llevó a no aplicar el artículo 374 *ibidem*.

Afirma el actor que como la autoridad misma fue la que aprehendió el vehículo objeto del hurto y lo "restituyó", los procesados estaban en imposibilidad de restituirlo, motivo por el cual se limitaron a indemnizar los daños de acuerdo al avalúo de los mismos que hizo el perito. "Por ende —señala— la única forma de demostrar la ve-

luntad de menguar el perjuicio causado al bien jurídico, consistía en indemnizar todos los daños y perjuicios, como efectivamente lo hicieron. No es que no haya existido ánimo restitutivo sino que se encontraban en imposibilidad de restituir.

Solicita, pues, que se case parcialmente el fallo y se dicte el que debe sustituirlo, haciendo la rebaja correspondiente, y otorgando, en consecuencia, la condena de ejecución condicional.

El Ministerio Público:

"Lo cierto para la Procuraduría, es que si se indemniza no habiendo restituido, sea lo primero por la oportuna acción de la autoridad, por la actividad de un tercero ajeno al delito, por la misma circunstancia de no haberse consumado la infracción, desde que la indemnización sea tal, procede la atenuante". Empero, acota el señor Procurador Tercero, en este caso la indemnización que se pretende no puede considerarse como "plena o completa", ya que "no basta con la consignación de sumas irritas y absurdas como las que, a propósito del impacto emocional, del daño moral subjetivo, resolvió proponer el perito en este proceso, sin motivación sería ni atendible, y con absoluta falta de control en las instancias respecto de una fijación de perjuicios en que el primer convocado a realizarla es el propio juez, pero siguiendo al pie de la letra los criterios expresamente consagrados en el artículo 107 del Código Penal".

Al no haber "indemnización efectiva", la Sala no debe casar la sentencia.

Consideraciones de la Corte:

Ya se dijo que el fallador de la primera instancia había reconocido en favor de los dos procesados la diminuente de pena prevista en el artículo 374 del Código Penal, pero el Tribunal Superior, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el aludido fallo, consideró que la citada atenuante no podía otorgarse, con base en la siguiente argumentación:

"...resulta inaplicable en este caso el artículo 374 del Código Penal, por cuanto si bien aparece un recibo de consignación (fl. 73) concordante con la tasación hecha a folios 72, la verdad es que ello apenas alcanza a constituir una de las causales previstas en el artículo 64 *ibídem*, específicamente la del numeral 7º. Porque no se cumplieron los requisitos básicos del artículo 374 ya citado. En efecto, la restitución de la cosa o su valor, y la indemnización de los perjuicios son dos actos aislados, individuales, fundamentalmente precedidos de la voluntariedad para devolver y resarcir, y generalmente como consecuencia del arrepentimiento, mas no del impulso de mejorar una situación personal donde ni siquiera entra en consideración la lesión material o moral inferida.

"No se puede argumentar que al haber existido el decomiso del bien, se produce una restitución. No era ese el pensamiento del legislador ni es el espíritu de la norma..."

El censor, por su parte, no sostiene que los procesados hubieran restituido el objeto material del delito. Lo que afirma es, que ante la imposibilidad de hacerlo, bastábales con indemnizar los perjuicios causados al ofendido para hacerse acreedores a la rebaja de pena privativa en el artículo 374 del Código Penal: "El presupuesto de toda norma jurídica —afirma el recurrente— es que sus destinatarios se encuentren en capacidad de hecho y de derecho para cumplirla. Pugnaría contra la equidad y la lógica la exigencia de conductas de imposible cumplimiento por el agente. Si el presupuesto de la norma es restitución más indemnización, cuando el cumplimiento del primero es imposible, ha de bastar el segundo para la aplicación de la atenuante . ."

Este, pues, el punto que debe resolver la Sala: *si la restitución del objeto material del delito no puede efectuarse, porque éste ya fue recuperado y entregado a su dueño no mucho tiempo después de consumarse el hecho, o porque el ilícito se quedó en el grado de tentativa, ¿será suficiente la indemnización de los perjuicios causados a la víctima, para que el responsable del reato se haga merecedor a la diminuente de pena consagrada en el artículo 374 del Código Penal? Indudablemente que sí.*

La indemnización de los daños materiales y morales que se causen con el hecho punible es una obligación solidaria de todos los responsables del mismo (instigadores, autores y cómplices), y aunque el ofendido puede solicitarla por fuera del proceso penal o dentro de éste, constituyéndose parte civil, el legislador la ha impuesto al juez el deber oficioso de averiguar el monto de tales perjuicios, garantizar su pago y condenar a los penalmente responsables a su cancelación.

No obstante lo anterior, la ley, a manera de estímulo, recompensa al responsable de cualquier delito que voluntariamente resarce el daño causado, aunque la indemnización no sea total, consagrando este hecho como circunstancia de atenuación punitiva (art. 64-7 del Código Penal).

Pero en relación a los delitos contra el patrimonio económico, dada la naturaleza de los bienes que con ellos se vulneran la cual permite una casi completa reparación del daño particular causado, el legislador tradicionalmente ha sido mucho más generoso con quien de manera voluntaria indemniza tal daño.

El artículo 429 del Código Penal de 1936 autorizaba rebajar la pena de una sexta parte a la mitad, si antes de pronunciarse la sentencia de primera instancia el responsable restituía el objeto que fue materia de la infracción o indemnizaba a la persona ofendida de los perjuicios causados. Si restituía el bien no tenía la obligación de indemnizar los perjuicios para ser merecedor de la rebaja de pena, y esto podría resultar injusto porque implicaba una reparación parcial del daño, pudiendo además ser éste de mayor entidad en virtud del lucro cesante que del daño emergente, y esto sin tener en cuenta el rubro de los perjuicios morales.

Tal vez con base en la anterior consideración, el Código Penal de 1980 para otorgar una muy generosa rebaja de pena en los delitos contra el patrimonio económico, exigió que la reparación fuera total:

que no solamente se restituyera el objeto materia del delito o su valor, sino que también se indemnizara al ofendido o perjudicado de todos los daños causados:

> *"Reparación. El juez podrá disminuir las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera instancia, el responsable restituye el objeto materia del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.*
>
> *"Para los efectos del inciso anterior, se tendrán en cuenta los criterios fijados en el libro primero, título IV, capítulo segundo de este Código".*

Significa lo anterior, que cuando la llamada restitución "natural" es posible, es ésta la que debe hacerse, devolviéndole a la víctima el mismo bien objeto material del delito. Mas cuando ella no resulta posible, por haber desaparecido o haberse destruido el objeto material, o no estar el responsable en condiciones de recuperarlo, entonces debe acudirse a la denominada restitución por "equivalencia", que se concreta en el pago de una suma de dinero para obtener la compensación del valor del objeto.

Pero a más de esta restitución natural o por equivalencia, que era suficiente, como ya se anotó dentro de las previsiones del Código Penal de 1936, para obtener la rebaja de pena el actual estatuto exige que también se indemnicen todos los perjuicios causados a la víctima. No basta, pues, la restitución (natural o por equivalencia): hay que pagar, además, todos los perjuicios causados con el delito a pesar de ésta.

Mas cuando la devolución no es procedente, bien porque como en las tentativas, el ladrón no logró apoderarse de la cosa, o cuando aún habiéndolo logrado, ésta es recuperada poco después por la propia víctima, o por las autoridades o terceros que se la regresan, no puede exigírsele al responsable, por imposible, la restitución "natural", ni por injusta (implicaría un enriquecimiento sin causa por parte del perjudicado) la restitución "por equivalencia". En estos casos, el responsable se hace acreedor a la diminuente punitiva, con el sólo hecho de indemnizar los perjuicios de orden material y moral causados con su ilícita conducta.

Pero es necesario aclarar que la imposibilidad de que trata no puede haber sido creada por el responsable, porque entonces ya no puede afirmarse que es el legislador quien impone condiciones imposibles, sino que es él mismo quien así las convierte, al pretextar cumplirlas cuando ya no está en posibilidad de hacerlo.

Cuando la recuperación del objeto material del delito ha ocurrido después de pasado un tiempo razonable durante el cual pudo ser restituido (en forma natural o por equivalencia), y no se hizo, tal actitud del responsable demuestra por sí sola que éste nunca tuvo voluntad de hacerlo, y por tanto no sería justo premiar su oportunismo, cuando sólo después de recuperado el bien ofrece indemnizar y aduce la imposibilidad de restitución, imposibilidad creada por el mismo, porque

habiendo tenido la oportunidad de restituirlo y de indemnizar a la víctima, sólo decide hacerlo cuando ya la restitución se ha cumplido contra su voluntad. Esto no es más que un oportunismo que la ley ni fomenta ni premia.

Este, desde luego, no es el caso sub judice. *Los procesados acá nunca tuvieron la posibilidad de restituir el bien, por la rápida acción de las autoridades que los interceptaron y recuperaron el vehículo a pocas cuadras del lugar del apoderamiento, y cuando todavía huían en él tratando de llevarlo a un lugar seguro.*

Una interpretación distinta de la anterior, como es la del Tribunal Superior, conduce a admitir que el legislador pueda imponer obligaciones no sólo injustas sino de imposible cumplimiento, y que la norma excluye de sus beneficios, grados menos perfectos del delito y por tanto de menor gravedad, como lo son las tentativas.

Débese examinar, por último, para decidir si el cargo prospera, si los procesados, ante la imposibilidad de restituir, cancelaron al menos la totalidad de los perjuicios causados con su delincuencia, como lo sostiene el recurrente.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 364 del Código de Procedimiento Penal, "en los hechos punibles contra el patrimonio económico, la cuantía y el monto de la indemnización, será la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento, *siempre y cuando no sea impugnada durante la etapa de la investigación por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual el juez decretará la prueba pericial para establecerla" (subrayas de la Sala). Pero este procedimiento, que es el señalado por la ley para determinar la cuantía y el monto de la indemnización, no se cumplió en el caso* sub exámine. *Al ofendido no se le llamó para que bajo juramento apreciara el monto de los perjuicios por él sufridos a consecuencia del delito de que fue víctima. El juez de primera instancia se limitó a designar un perito, que sólo es procedente cuando se impugna la tasación que bajo juramento hace el ofendido, y este experto rindió un dictamen que desconoció la verdad procesal, toda vez que sostuvo que* "no se causaron perjuicios materiales" *(fl. 72), cuando en realidad sí existieron.*

El señor Angel María Arbeláez Montoya es conductor de oficio y su principal y único medio de trabajo es la camioneta hurtada (fls. 1; 13 vto.; 14 y 14 vto.), la cual estuvo retenida como consecuencia directa del atentado patrimonial, desde las primeras horas de la mañana del 18 de agosto de 1987 (fls. 2) hasta el 24 subsiguiente (fl. 23), cuando se produjo su entrega. Obvio es que durante todo ese tiempo el ofendido no pudo desempeñar sus actividades laborales habituales, porque para ello requería su automotor.

Como los procesados no cancelaron el valor de este lucro cesante, cuyo monto, al igual que el proveniente por otros conceptos, tampoco se tasó de la manera prevista por la ley, es obvio que en relación con ellos no se reúnen a cabalidad las exigencias previstas en el artículo 374 del Código Penal, cuya aplicación invoca el censor.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

ACLARACION DE VOTO DE LOS DOCTORES JAIME GIRALDO ANGEL Y GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ

Con todo respeto nos permitimos disentir de la decisión mayoritaria no sólo por cuanto consideramos que ella no consulta la función política de la norma, sino también porque en nuestra opinión va a tener consecuencias negativas para la justicia, pues implicará que la acción eficaz del Estado y de la comunidad frustrando la consumación de los delitos o logrando la recuperación rápida de los objetos materia de los mismos, redundará paradójicamente en beneficios significativos para los delincuentes.

Por otra parte, ella no se ajusta al texto mismo de la norma. En efecto, el artículo 374 del Código Penal concede una rebaja de pena de la mitad a las tres cuartas parte si "el responsable restituyere el objeto materia del delito o su valor e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado". Aún partiendo de la simple interpretación literal de este artículo, se llega a la conclusión de que para que el beneficio se pueda dar, se requieren dos elementos: La restitución del bien y el pago de perjuicios, y que ello se haga por el responsable de la infracción en forma voluntaria.

En cuanto al primer elemento, no hay ninguna duda que la legislación actual modificó el régimen jurídico anterior, en el que sólo se exigía la restitución del bien o la indemnización de perjuicios, utilizando en la redacción de la norma la conjunción disyuntiva "o", que ahora sustituyó el nuevo Código por la copulativa "e".

No compartimos la tesis de la providencia de que la restitución del bien no es indispensable para conceder el beneficio cuando ella no es posible, como ocurre en los casos de las tentativas o cuando se logra la rápida recuperación de aquél, arguyendo para el efecto que la ley no puede hacer exigencias imposibles de cumplir. Este planteamiento sólo tiene validez cuando la ley impone obligaciones, pero no cuando confiere beneficios, a los cuales sólo se tendrá derecho cuando se cumplan todos los supuestos señalados para su concesión. No se afirmaría, por ejemplo, que el recluso que no ha trabajado o estudiado porque el establecimiento carcelario no tiene posibilidades de permitirle la realización de estas labores, tiene de todas maneras derecho a que se le rebaje la pena en la proporción señalada por la ley; o que en el peculado por destinación indebida se debe conceder la rebaja de la pena cuando ya se ha hecho la inversión de los dineros, pues sería imposible aplicarlos a su destinación inicial. Por eso es la misma ley la que señala las condiciones especiales en que se exonera del cumplimiento de los requisitos para disfrutar de un beneficio por ella establecido, como ocurre en el pago de los perjuicios para

tener derecho a la condena de ejecución condicional. Aún más, en el caso concreto de la tentativa lo que parece colegirse de la ley es que excluye la diminuente prevista por la norma comentada, pues en ella ya se prevé una reducción de la pena por no haberse consumado el ilícito, es decir, por no haberse producido el apoderamiento del bien.

En segundo lugar, la restitución debe ser hecha voluntariamente por el responsable del ilícito, como lo dice la norma al disponer que el beneficio se concede si "el responsable restituyere". No puede beneficiar a un delincuente, por ejemplo, la recuperacion que se obtenga por acción de las autoridades, la víctima o terceros ajenos al delito.

Esta interpretación es la que corresponde más adecuadamente a la función política del beneficio, pues lo que pretende con él no es sólo propiciar el resarcimiento de la víctima, sino sobre todo estimular el arrepentimiento del infractor y la búsqueda personal de su reintegro a la vida social, finalidad que implícitamente también reconoce la providencia de la cual nos separamos, al quitarle toda eficacia a la restitución que se hace en forma tardía, pues no refleja esa voluntad de arrepentimiento.

Por otra parte queremos destacar el peligro que para la vida institucional del país puede implicar esta interpretación, que va a determinar que siempre que los delitos contra el patrimonio económico se queden en el plano de la tentativa, o que se produzca una recuperación rápida de los objetos materia de los mismos por acción eficaz de las autoridades o de la comunidad, deberá casi automáticamente aplicarse esta norma, pues los perjuicios que se causan en estas condiciones suelen ser insignificantes.

Fecha ut supra.

Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez.

PARTICIPACION. VEREDICTO

La responsabilidad penal es individual y de esa manera se rinde el veredicto, sin que se desconozca la intervención de otros partícipes en la comisión del delito

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 73.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de diciembre de 1987, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó a *Reinaldo Rueda Almonacid* o *Carlos Enrique Mahecha* a la pena principal de 15 años de prisión, por el delito de homicidio.

Hechos:

El 30 de septiembre de 1985, en el Centro Comercial Contemporáneo de la ciudad de Medellín, dos individuos dispararon con armas de fuego contra Jaime Horta Machi y Antonio Torres C., causándoles la muerte.

Uno de los atacantes logró escapar, desconociéndose su identidad, mientras que el otro fue conducido a la Policlínica Municipal por resultar herido; este individuo manifestó responder al nombre de Carlos Enrique Mahecha, estableciéndose que su verdadero nombre es Reinaldo Rueda Almonacid.

Actuación procesal:

Adelantada la investigación por el Juzgado 18 de Instrucción Criminal de Medellín, el Juzgado Quinto Superior, calificó el mérito del sumario el 20 de enero de 1986 con auto de proceder contra Carlos Enrique Mahecha, por los delitos de homicidio "cometidos en las circunstancias temporespaciales y modales referenciadas en la parte expositiva de esta providencia".

En la motivación del llamamiento a juicio, el Juzgado de conocimiento analizó la existencia de un concurso material de delitos y afirmó la evidente coautoría en que fueron cometidos.

El 21 de enero de 1986 se notificó esta decisión al procesado, quien nombró como defensor al abogado que lo había asistido en la etapa sumarial (fls. 205 y 205 vto.).

El 3 de febrero de 1986, se abrió el juicio a pruebas (fl. 208), notificándose este auto en forma personal al encausado y por estado a las demás partes (fl. 208).

En escrito que carece de fecha de presentación (fl. 210) el defensor designado por el procesado manifestó no aceptar el nombramiento; el 12 de febrero de 1986 se aceptó la renuncia por el Juzgado y el mismo día fue comunicada la determinación al detenido, el cual guardó silencio (fl. 208 vto.).

El 18 de febrero de 1986 se designó y posesionó el defensor de oficio, notificándose personalmente de la providencia que el mismo día decretó la práctica de pruebas (fl. 220).

Tramitada la causa, se celebró audiencia pública con veredicto unánime de responsabilidad contra Reinaldo Rueda Almonacid, como autor del doble homicidio por el cual se profirió el llamamiento a juicio (fls. 320 a 338); acogida la veredicción por el juez de derecho se dictó la precitada sentencia condenatoria que fue confirmada por el Tribunal.

La demanda:

Invoca el demandante la causal cuarta de casación por haberse proferido el fallo en un proceso viciado de nulidad constitucional, vulnerándose el derecho de defensa del procesado. Tres son los cargos que formula:

Primer cargo:

La falta de notificación personal del auto de proceder al defensor privó al enjuiciado de la posibilidad de impugnar técnicamente esta decisión.

Segundo cargo:

Haberse tramitado la etapa probatoria del juicio sin defensor, impidiéndole al procesado la oportunidad de solicitar la práctica de pruebas en su favor.

El 3 de febrero de 1986 se abrió el juicio a pruebas y el 6 se notificó por estado, en este lapso el doctor Zapata anunció que no seguía representando los intereses del procesado y el 18 de febrero, simultáneamente, se posesionó al nuevo defensor de oficio y se decretó la práctica de pruebas.

Por tanto, la defensa no tuvo oportunidad de impetrar la práctica de pruebas porque el término para hacerlo ya había precluido cuando el defensor de oficio empezó a actuar.

Tercer cargo:

Entre el auto de proceder y el cuestionario, debe existir una relación de causa a efecto, cuando en la etapa probatoria del juicio no se presenta modificación alguna.

Al haberse afirmado en el pliego de cargos que el hecho investigado se cometió en "una evidente coautoría" imperaba concretar esta expresión en los cuestionarios.

El fenómeno de la coautoría era indispensable incluirlo en los dos cuestionarios, como quiera que se hablaba de dos personas intervinientes en el proceso ejecutivo y consumativo de los homicidios.

La ausencia del elemento coautoría en los dos cuestionarios le quitaba fundamento probatorio a la acusación elaborada técnicamente en el enjuiciamiento.

Se profirió una sentencia condenatoria como coautor, cuando el cuestionario ni la veredicción, contemplan esta situación. La incorrecta formulación del cuestionario llevó al sentenciador a inferir la coautoría en la veredicción. De ahí la indebida dosificación de la pena que prohija la sentencia.

El agravio inferido al procesado, la alta dosimetría penal, dimana del error de estructura anotado.

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita de la Sala, no se case la sentencia impugnada.

Primer cargo:

La falta de notificación del auto de proceder al defensor constituía una nulidad legal en el anterior Código de Procedimiento Penal al tenor del numeral 3º del artículo 210 y en el actual al quedar incorporado este vicio como irregularidad que afecta el debido proceso y la violación del derecho de defensa, debe concluirse, que su alegación debía presentarse bajo ese ámbito y no como nulidad constitucional.

Sin embargo, el cargo no constituye violación procesal ni del derecho de defensa ya que la notificación se hizo conforme a lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto 1853 de 1985, disposición vigente para la fecha en que se profirió el llamamiento a juicio.

Segundo cargo:

En la etapa probatoria de la causa el procesado estuvo representado por el defensor que lo venía asistiendo en el sumario, pues la sola manifestación de renuncia no pone fin al mandato sino cinco días después de que se le haga saber al poderdante mediante notificación personal del auto que la admita, conforme lo dispone el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil.

En este caso, el 12 de febrero de 1986, se aceptó la renuncia y se comunicó al procesado, quien no realizó manifestación alguna al respecto y el 18 de febrero se posesionó el defensor de oficio, quien el mismo día se notificó del auto que abrió a pruebas la causa.

El defensor estuvo en posibilidad "tanto de solicitar pruebas como de impugnar el auto que decretó las pruebas en la causa; incluso, de haberlo estimado necesario, podía haber pedido prórroga judicial del término legal".

Tercer cargo:

La diferencia entre autoría y coautoría, tan relevantes en el campo doctrinario, pierde significación en el aspecto práctico, como que el Código Penal desde el punto de vista de la consecuencia punitiva prevé un tratamiento idéntico para una y otra situación.

El tratamiento de autor que se le señala al procesado en el cuestionario no podía tener la virtualidad de afectar ni la estructura del proceso ni el derecho de defensa del acusado.

Al jurado no se le ocultó la intervención de los dos sujetos en la comisión de los homicidios; en el auto de proceder se hizo amplia disertación de los hechos y en el debate público se insistió sobre la coautoría.

Consideraciones de la Corte:

Causal cuarta:

Primer cargo: La notificación del auto de proceder se hizo de conformidad con la norma vigente para ese momento, o sea, el Decreto 1853 de 1985, que en el artículo 19 disponía:

"El auto de proceder se notificará personalmente al procesado si estuviera 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".

Modificado por estimarlo dilatorio e innecesario el régimen ordinario que exigía la obligatoria notificación del auto de proceder al procesado que estuviera detenido y al defensor, la nueva normatividad exigía sólo la notificación personal a una de las partes para que el procesado no fuese sorprendido con una sentencia sin conocimiento de la formulación de los cargos.

En este caso, el auto de proceder se notificó personalmente al encausado-detenido, o sea, que se cumplió con la ritualidad exigida en ese momento para la notificación de ese acto procesal.

Esta nueva regulación procesal en ningún momento incidió en la permanencia de la defensa técnica; la modificación se concretó en la notificación del auto de proceder para agilizar el trámite del proceso y en inicio de la causa para evitar dificultades prácticas, pero la continuidad de la defensa permaneció incólume.

De no designarse defensor por el procesado se continuaba con el apoderado que lo venía asistiendo durante el sumario, que es lo sucedido en este caso; cuando se posesionó el defensor de oficio ya había precluido el término para solicitar pruebas de la causa, pero hasta ese momento continuaba actuando el apoderado que atendía la etapa sumarial.

El oficioso defensor inició su actuación vencido el término para impetrar la práctica de pruebas y su posesión en nada incidía para

retrotraer la actuación procesal, pero aún así, como lo expresa el Procurador Delegado, le quedaba la alternativa de solicitar la ampliación judicial del término, pero guardó silencio.

Por tanto, carece de fundamento el cargo que hace el censor al afirmar que se imposibilitó la impugnación del auto vocatorio a juicio por falta de defensor; la aceptación de la renuncia del apoderado de confianza, fue el 12 de febrero de 1986 (fl. 210 vto.), fecha para la cual el auto de proceder se encontraba ejecutoriado, es decir, que este profesional tenía la posibilidad de impugnar el auto de proceder y si no lo hizo debe entenderse que no lo consideró pertinente para la defensa.

Imposible resulta ubicar el derecho de defensa dentro de determinados parámetros; los fines que se persiguen para lograr favorecer la situación del procesado corresponden a una personal forma de actuar; no impugnar una resolución judicial puede ser una modalidad defensiva y el hecho de que un nuevo defensor no comparta la actuación de su antecesor no puede entenderse como ausencia de defensa; es simplemente un criterio diverso tan respetable como el anterior. No prospera el cargo.

Segundo cargo:

Por disposición del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, la sola manifestación de renuncia del poder no pone fin al mandato sino cinco días después de que se le haga saber al poderdante mediante notificación personal del auto que la admita.

La renuncia se aceptó el 12 de febrero de 1986, día en que se notificó esta decisión al procesado, quien guardó silencio al respecto y el 18 de febrero se le designó defensor de oficio, fecha en la cual tomó posesión del cargo y se notificó del auto que decretó la práctica de pruebas en la causa, o sea, que el derecho de defensa se mantuvo incólume en esta etapa y no existió un solo día en que el procesado hubiera carecido de defensa técnica.

El anterior apoderado del encausado ejerció la defensa hasta el 17 de febrero de 1986 y el 18 se posesionó el defensor de oficio; abierto el juicio a pruebas el 3 de febrero, resulta incuestionable que para esta fecha estaba garantizada la defensa técnica y si no se solicitó la práctica de pruebas es porque no se consideraron necesarias dentro de la táctica defensiva.

El hecho de que el defensor de oficio se posesionara el mismo día en que se decretaron las pruebas, no significa que el procesado no haya tenido oportunidad de ejercer este derecho por intermedio de su defensor anterior, más aún, cuando el nuevo defensor podía haber pedido la prórroga judicial del término legal y no lo hizo, debiendo entenderse que no lo consideró necesario. No prospera el cargo.

Tercer cargo:

El haberse expresado en el auto de proceder que "la comisión de los hechos delictivos se efectuó por dos personas", resultando "evidente la coautoría en la consumación de los homicidios" y no

incluirse estos términos en los cuestionarios propuestos al jurado, no constituyen nulidad constitucional.

La coautoría en el ámbito de la participación criminal no puede entenderse como fenómeno jurídico que integre hasta confundir en uno solo los actos ejecutados por los diversos autores; por el contrario, parte de la individualización de los comportamientos típicos para diferenciar el grado de intervención en la comisión del delito con la simple colaboración.

Esta figura penal engloba la pluralidad de autores luego de haber establecido tal calidad, pero no colectiviza la responsabilidad.

El coautor sigue siendo autor, aun cuando hipotéticamente se suprima otra participación, porque para que sea posible darle tal calificativo es imprescindible que objetivamente haya realizado actos ejecutivos típicos y subjetivamente su voluntad haya estado dirigida al logro de ese resultado, motivo por el cual es sujeto de reproche culpable.

Cuando el Tribunal afirmó la "evidente coautoría" que concurre en este caso, se refirió a la coautoría impropia entendida como el "cooperar querido, consciente y con división de trabajo, de varios autores para la consecución del resultado típico" conforme a la conocida definición de Reinhart Maurach, pero no a la dependencia del juicio de responsabilidad entre los dos sujetos intervinientes en los homicidios investigados.

La responsabilidad penal es individual, por ello el pliego de cargos, el cuestionario al jurado y la sentencia deben hacerse independizando los actos ejecutados por cada procesado y la pena a imponer, la cual en nuestro estatuto punitivo es la misma para cada uno de los coautores, o lo que es igual, para cada uno de los autores.

La individualidad del veredicto no significa que se desconozca la intervención de otros partícipes en la comisión de delito, sino que la responsabilidad no es colectiva.

En consecuencia, carece de importancia la inclusión en los cuestionarios del vocablo "coautoría" y si su necesidad se fundamenta en la dificultad defensiva para cuestionar la prueba en la audiencia porque el análisis de la de cargo contra uno de los procesados incide en la situación del otro, en este caso tampoco es convincente este argumento.

En el auto de proceder y en el debate público se hizo amplio análisis sobre la participación de los dos sujetos en la ejecución de los hechos; el jurado fue debidamente informado al respecto, encontrando responsable al que se juzgaba no pronunciándose sobre el fugitivo, que no fue identificado en la investigación.

La defensa se ejerció y el jurado encontró responsable al encausado por su intervención en los homicidios independientemente de la responsabilidad de su compañero. El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

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

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

PREVARICATO

En los casos de falta de claridad sobre la norma aplicable y por la naturaleza interpretativa del asunto, no puede hablarse de violación manifiesta de la ley, tal como lo exige el artículo 149 del Código Penal, para que se tipifique el delito de prevaricato

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

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 73.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el defensor del procesado contra la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá contra el doctor *Gustavo Trujillo Cortés* por el delito de prevaricato por acción.

Hechos:

Los resume el señor Procurador Delegado en los siguientes términos:

"Contra el prenombrado funcionario elevó denuncia penal el Secretario del Juzgado a cargo de aquél, señor Aníbal Sánchez Ospina, por cuanto mediante proveído de enero 25 de 1985, que en fotocopia obra a folio 4 vuelto del cuaderno principal, proferido a petición del doctor Fabio Moreno como apoderado de uno de los demandados dentro del ejecutivo de Hipólito Latorre, le impuso la obligación de pagar a favor de la parte demandada la suma de $ 78.075.oo equivalente a los intereses causados durante el lapso cercano a los cinco meses de mora en que incurrió el Secretario en la reliquidación o actualización del crédito".

La sentencia del Tribunal y las alegaciones de las partes:

Por los hechos anteriores el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó sentencia condenatoria contra el doctor Gustavo Trujillo Cortés, por considerar que ellos eran constitutivos del delito de prevaricato por acción. Dice así en la providencia recurrida:

"Como lo ha expuesto la Sala en el curso del proceso, el señor juez fundó su decisión en el numeral 5º del artículo 389 del Código de Procedimiento Civil, según el cual 'cuando por culpa del juez no se pueda practicar una diligencia, los gastos que se hubieran causado serán de su cargo y se liquidarán al mismo tiempo que las costas'. El señor juez, al alegar analogía como vía que le llevó a imponer aquella obligación al Secretario, hizo una equiparación entre los gastos causados en razón de una diligencia dejada de practicar por culpa del juez, a cuyo cargo correrán, y los intereses correspondientes a un crédito, que por provenir de negligencia en el Secretario, imputa al mismo como el obligado a cubrirlos". Luego expresa como en la indagatoria se puso de presente que para el juez son claramente distintos los gastos de las diligencias judiciales y los intereses correspondientes a un crédito.

Descarta el Tribunal el error alegado por el procesado, pues considera que a sabiendas de que el numeral 1º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, y los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978 consagran los procedimientos disciplinarios encaminados a corregir las faltas de los subalternos, hizo uso de un mecanismo legal claramente inadecuado.

El apoderado del procesado funda su defensa en los siguientes puntos:

a) La conducta realizada por el doctor Trujillo no es antijurídica, por cuanto no causó agravio a "intereses plenamente específicos". Considera que la antijuridicidad se funda en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 16 de la Carta, según el cual las autoridades de la República están instituidas para defender la vida, honra y bienes de los ciudadanos, lo que implica en nuestro orden jurídico el predominio del individuo sobre la sociedad. "Siendo así —concluye el recurrente—, el individuo primero y por encima de todo, no se ve cómo el principio de antijuridicidad pueda ser interpretado 'formalmente' para entender que protege 'bienes' etéreos como la fe pública (por ello, hoy, y desde hace años, se viene hablando más bien de tráfico jurídico), la Administración Pública, la Administración de Justicia. Y no es que se afirme —aclara— que deban ser desprotegidos tales bienes: Sólo que deben serlo materialmente, es decir con afectación real y no supuesta de intereses";

b) Dice que aunque el Secretario no fue requerido por el señor juez para que le informara lo ocurrido, ni le notificó la decisión, sí tuvo conocimiento de ella, pues hasta se negó a firmarla e incluso le hizo reproches por esta causa. Agrega que esta vulneración de las formas propias del juicio, y aún del derecho de defensa, no conducen necesariamente al prevaricato, y más lógicamente se debió recurrir a su corrección mediante la declaratoria de nulidad;

c) Considera que la conducta del doctor Trujillo obedeció a un error exculpante de su responsabilidad, y "está condenado —dice— sencillamente porque una Sala del Tribunal cree, con absoluta buena fe, que en vez de aplicar el artículo 389-5 del Código de Procedimiento Civil, ha debido aplicar el artículo 39 *ibídem*; como estaría absuelto, o

quizás sin proceso, si otra Sala hubiera creído en la aplicabilidad de la primera norma en cita y no en la utilización de la segunda.";

d) Opina que colegir el dolo a partir del reconocimiento que hace el procesado en la audiencia de que su conducta "puede apartarse eventualmente de la ley mas no de la justicia" es erróneo, pues esta duda no la tenía en el momento de expedir el acto motivo de investigación, sino tres años después, cuando se le advirtió que se había equivocado en la decisión tomada, y cuando ya se le había llamado a juicio por ella;

e) Rechaza el intento de la parte civil de querer establecer que el acto administrativo había sido expedido por animadversión del juez contra el secretario, y critica la credibilidad de los testigos por razón de sus relaciones negativas con relación a aquél.

3. El señor Procurador Primero Delegado por su parte solicita que se revoque la sentencia por cuanto considera que en el proceso aparece claramente establecido que el doctor Trujillo incurrió en un comprensible error al aplicar la medida disciplinaria que dio origen al proceso, pues en primer lugar ella no fue dictada oficiosamente sino a petición de parte, y en segundo lugar, la analogía hecha por el procesado "tampoco es del todo descabellada".

Consideraciones de la Sala:

1. Dentro del proceso aparecen probados los siguientes hechos:

a) Que el doctor Gustavo Trujillo Cortés tenía la calidad de Juez Civil del Circuito de Fusagasugá para la época de los hechos materia de este proceso (fl. 28);

b) Que el doctor Trujillo como juez era un funcionario diligente que solía resolver los asuntos que entraban a su despacho casi de inmediato, según la diligencia de inspección judicial practicada al libro Diario de su Juzgado, y que obra a folios 163 y siguientes del expediente;

c) Que el Secretario Aníbal Sánchez Ospina había sido sancionado varias veces por faltas disciplinarias, y que a pesar de ser empleado en un Juzgado de Fusagasugá adelantaba estudios de derecho en Bogotá, lo que hacía que en ocasiones faltara a su trabajo, como se desprende de las declaraciones aportadas paradójicamente por la parte civil, la que igualmente solicitó que se pidiera a la Administración de Impuestos una certificación sobre los descuentos que se le habían hecho por razón de las multas a él impuestas (fls. 122, 153 y ss. y 230 y ss.);

d) Que *en el proceso ejecutivo adelantado en el juzgado por el señor Hipólito Latorre y otros contra Manuel Arcadio Barreto y Elvira Perilla de Barreto el secretario demoró casi cinco (5) meses en practicar la liquidación del crédito correspondiente causando con ello perjuicio al demandante, quien por intermedio de su apoderado pidió que se le sancionara obligándolo a pagar los intereses dejados de percibir por dicha mora, aplicando para ello el numeral 5º del artículo 389*

del Código de Procedimiento Civil, petición a la cual accedió el juez Trujillo expidiendo la resolución que dio origen a este proceso.

2. El Tribunal considera que esta conducta constituye delito de prevaricato por acción, por cuanto para sancionar la falta disciplinaria cometida por el secretario, el juez debió recurrir al numeral 1º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil y los procedimientos señalados en los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978. Más adelante en la providencia se señala como procedimiento a seguir en la aplicación de la sanción el establecido en el numeral 1º del artículo 39 atrás mencionado.

Para definir si hubo por parte del juez Trujillo una violación manifiesta de las normas legales, conviene hacer una transcripción de las mismas.

Código de Procedimiento Civil. Artículo 389. Pago de expensas y honorarios. El pago de expensas y honorarios se sujetará a las reglas siguientes: 5. Cuando por culpa del juez no se pueda practicar una diligencia, los gastos que se hubieran causado serán de su cargo y se liquidarán al mismo tiempo que las costas.

Código de Procedimiento Civil. Artículo 39. Poderes disciplinarios del juez. El juez tendrá los siguientes poderes disciplinarios: 1. Sancionará con multas de cien a mil pesos a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución.

Las multas se impondrán por resolución motivada, previa solicitud de informe al empleado o particular...

Decreto extraordinario 250 de 1970. Artículo 103. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el régimen de disciplina interna de cada oficina judicial o del Ministerio Público estará a cargo del respectivo superior quien para mantenerla podrá imponer de plano a los empleados multa hasta por cinco días de salario mensual y suspensión sin remuneración hasta por seis días.

¿Cuál de estas tres normas es la aplicable para sancionar la falta disciplinaria en que incurrió el Secretario del Juzgado?

El Tribunal da preferencia al numeral 1º del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil; el juez al numeral 5º del artículo 389 del mismo Estatuto y para la Sala parece más adecuado el artículo 103 del Decreto 250 de 1970 por ser norma de carácter especial.

En estas condiciones de falta de claridad sobre la norma aplicable, no puede hablarse de que haya habido por parte del juez Trujillo una violación "manifiesta" de la ley, tal como lo exige el artículo 149 del Código Penal para que se tipifique el delito de prevaricato. Ella no se colige ni del texto de las normas transcritas, ni de las condiciones concretas que motivaron la expedición de la resolución que dio origen a la investigación, dictada sólo con la intención de garantizar la eficacia de la justicia, actitud ésta reconocida por el Tribunal en su sentencia cuando dice: "No se atribuye al señor juez doctor Trujillo Cortés intenciones diferentes a la corrección del empleado, que en su entender

era necesario. Pero el excesivo celo en el trabajo puede llevar a actuaciones arbitrarias, tanto como el desapego del cargo, sin que sea de recibo afirmar inexistencia de culpabilidad en el primer caso".

La Sala coincide con el Tribunal en que la solución adoptada por el juez no era la más adecuada, pues los supuestos fácticos de la norma son distintos a los reales, y en que dicha norma no podía aplicarse analógicamente por existir ley expresa que regula el fenómeno, pero la misma naturaleza interpretativa del asunto excluye el prevaricato.

Conviene aclarar igualmente que la decisión del juez en la que impuso la sanción constituye un acto administrativo dictado equivocadamente dentro de un proceso civil, el cual puede ser revocado por el mismo funcionario que lo expide con asentimiento del interesado, cuando es contrario a la ley, como así lo hizo el doctor Trujillo.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de común acuerdo con el señor Procurador Delegado,

Resuelve:

Revocar la providencia impugnada y en su lugar absolver de todo cargo al doctor Gustavo Trujillo Cortés.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

RECONSTRUCCION DE EXPEDIENTES

No se ha dicho por el legislador que la reproducción debe ser integral y absoluta y que si ésta no se obtiene no es factible continuar o concluir el proceso

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 73.

Vistos:

Se define el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 26 de marzo de 1986, mediante la cual se impuso a *Efraín Perdomo Reyes*, por conducta contemplada en el Decreto 1188 de 1974 (Estatuto Nacional de Estupefacientes, hoy Ley 30 de 1986), treinta y ocho (38) meses de prisión, así como las accesorias pertinentes.

La impugnación se admitió en auto de veintidós de junio del presente año, y, la demanda, en proveído de septiembre dos del mismo.

Hechos y actuación procesal:

Los reseña del siguiente modo la Procuraduría 1ª. Delegada en lo Penal:

"...El día 23 de junio de 1983, la Policía Judicial incautó en casa del procesado Perdomo Reyes, en esta ciudad, dos kilos y 51 gramos de cocaína, conforme a los análisis químicos realizados por expertos oficiales.

"Adelantada la investigación, se trajeron a los autos los acostumbrados medios demostrativos de la materialidad de la infracción, oyéndose en indagatoria a todos los sindicados, incluido Perdomo Reyes, como también escuchándose en declaración jurada a los policiales que intervinieron en la incautación.

"Veníase tramitando normalmente el proceso, cuando en junio de 1985 desapareció para siempre el expediente, puesto que a pesar de las averiguaciones realizadas jamás supose de su paradero.

"El *a quo* profirió nuevo auto cabeza de proceso con la orden de reconstruir el expediente, llamándose nuevamente a declarar a los

agentes aprehensores y allegándose fotocopias de las actas de incautación, a más de traerse copias de los proveídos de fondo que se habían dictado, encontrándose la copia oficial del auto de proceder de diciembre 19 de 1983, contra Perdomo Reyes, con el cual se había calificado el mérito sumarial y sintetizado toda la actuación procesal, como quiera que allí se relacionan todas y cada una de las pruebas que integraban al acervo probatorio.

"Como en el proceso reconstruido se llegó inicialmente hasta el proferimiento del auto de cierre de investigación, el *ad quem* al desatar recurso de apelación ordenó al *a quo* abstenerse de calificar nuevamente el mérito sumarial y proceder a dar cumplimiento a todo lo dispuesto en el auto de enjuiciamiento, que en copia se había encontrado. Así fue como se notificó legalmente éste y luego de haber adquirido firmeza se tramitó en legal forma la causa para concluir el juzgamiento con los fallos condenatorios en referencia..."

La demanda:

Se propone un único cargo, según la causal 3ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, y al efecto se indica:

"...a) No obra en el informativo, ni siquiera mediante copia del acta que la autoridad hubiese levantado, dato alguno sobre incautación, identificación y pesaje del estupefaciente recogido y, de consiguiente, resulta comprometida la prueba del cuerpo del delito. Esta ausencia del documento en cuestión no queda salvada por el hecho de la pérdida del expediente, puesto que en la Policía Judicial debe encontrarse copia del acta aludida, la que no se aportó al expediente.

"Lo anterior excluye la legalidad del trámite dado, puesto que lo que no está comprobado es equivalente a no existir judicialmente, y solamente el acta que deje testimonio de aquellas diligencias es el medio de prueba señalado en la ley para la comprobación del decomiso de estupefacientes, de su cantidad y su identificación. En consecuencia, no se tiene el debido proceso y, de consiguiente, el trámite es nulo desde su iniciación;

"b) No se hizo la reconstrucción del expediente en la forma que señala el artículo 164 del Código de Procedimiento Penal y, por tanto, no se tiene el debido proceso que permitiera proferir la sentencia impugnada, en forma legal. Esto contraría la garantía constitucional que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional, cuando manda que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio', y por consiguiente es nulo el trámite seguido desde la providencia de 12 de junio de 1985 que dispuso la reconstrucción del informativo perdido.

"Comprobación del cargo:

"Como se dejó anotado en la relación del trámite de este proceso, el juzgado *a quo*, al tener conocimiento de la pérdida del expediente adelantado en razón del delito que se averigua en estas diligencias, dispuso 'tener las copias allegadas como *base* para la apertura de la

correspondiente investigación, y para su perfeccionamiento...' y mandó 'oír a quienes intervinieron en el operativo ya referido, así como en indagatoria a los sindicados'. Esto es, dispuso que se repusiera el expediente desde el principio, como lo manda el artículo 164 del Código de Procedimiento Penal, vigente en esa época.

"Es manifiesto que lo ordenado no fue cumplido, como que tomándose como base la copia de un auto de proceder, no ya para reconstruir el expediente 'desde un principio', sino para seguir el juicio, como si tal, llevándose el trámite hasta el fallo recurrido en casación.

"No es lo realizado el debido proceso que se requiere para que alguien pueda ser juzgado, pues claramente se encuentra que el expediente no fue reconstruido en la forma que dispone el referido artículo 164 del Código de Procedimiento Penal, debido proceso que incluye el derecho de defensa, como es sabido y el que, también, resultó denegado.

"En alegato que hizo el suscrito apoderado para ante la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, dijo lo siguiente, que es de pertinencia para la comprobación del cargo aquí propuesto:

" 'Y en este asunto, si bien se ordenó reabrir la investigación, vale decir, reproducir las pruebas desaparecidas no solamente de orden documental, sino testimonial, naturalmente para entrar a cumplir las etapas del proceso (sumario y juicio), se prescindió de la repetición de la nueva actuación, como pie de la misma, la copia del auto de proceder hallada en el archivo del juzgado que conoció en primera instancia, el que confirmado por el Tribunal, se estimó como suficiente para iniciar el juicio y llegar a la sentencia recurrida'.

"Vale decir, que se prescindió de toda la etapa del sumario, no obstante que el artículo 164, citado, manda que se reponga 'el expediente desde un principio, cualquiera que sea la instancia en que se encontrare en el momento de la pérdida'; y un principio, en todo expediente, es el que abre la averiguación y da, así, comienzo al sumario, etapa esta del proceso penal que no existe en el informativo en que se ha proferido la sentencia acusada. Y con ello, se impidió que la parte sindicada ejerciera el derecho de controvertir la prueba, particularmente la testimonial, en la que débilmente se apoya la decisión de responsabilidad de mi mandante.

"Se dejó cumplir una de las etapas del proceso, quebrantando su estructura y de paso se denegó la oportunidad de la parte acusada de controvertir la prueba de cargo, pues no se hizo calificación del mérito del sumario para dar a los sindicados la oportunidad de examinar la prueba deducida, hasta ese momento.

"¿No resulta extraño que un proceso penal termine con sentencia condenatoria, cuando apenas cuenta con la copia del auto de proceder, que abre el juicio, pero que jamás reemplaza la etapa del sumario?

"Si el legislador, en la eventualidad de pérdida de un proceso penal, manda que su reconstrucción se haga desde un principio, tomando sólo como base (y no como reemplazo de etapas del proceso) las copias que se encuentren en los archivos, es porque así debe hacerse

para resguardo de las formas propias del juzgamiento, que en materia penal comprende la etapa del sumario y la etapa del juicio, y menos que se tomen en cuenta pruebas que no aparecen en el informativo, sino a las que apenas alude el juzgador, pruebas en las que las partes no han podido ejercer el derecho de controversia.

"Estimo comprobado el cargo y, de consiguiente, debe declararse que el proceso debe ser repuesto desde 'un principio' para cumplir con la ley;

"c) No se dio cumplimiento al artículo 70 del Decreto 1188 de 1984, que requiere la presencia del agente del Ministerio Público, necesaria por haberse llevado la diligencia de que trata esa norma en zona urbana.

"No es posible que la ausencia del Ministerio Público quede suplida por la presencia de otras partes, así sea la sindicada. Y tanto menos, cuando, como en este caso, el decomiso de la droga se hizo en momento en que el recurrente no se encontraba en el lugar donde tal decomiso fue cumplido por la autoridad.

"Es obvio que la presencia del Ministerio Público es un medio de garantía de la realidad de lo ocurrido, esto es, una garantía de defensa de la parte acusada y en este caso no se llevó a cabo..."

Consideraciones de la Corte y de la Delegada:

La cuestión principalmente debatida se circunscribe a determinar si la reconstrucción del expediente se cumplió en forma legal y por tanto posibilitó un juzgamiento en debida manera. Para el demandante, siguiendo la pauta que establece el artículo 164 del derogado Código de Procedimiento Penal, debió reconstruirse el proceso integralmente, desde su auto cabeza de proceso y, seguramente, repetir todas las etapas propias de su tramitación. Sólo así se cumpliría cabalmente con lo ordenado por la preceptiva jurídica aplicable y se posibilitaría un efectivo ejercicio del derecho de defensa. La Delegada entiende el asunto de modo bien diferente, coincidiendo en un todo con la apreciación del Tribunal de instancia, puesto que, también siguiendo las voces del citado artículo 164 del Código de Procedimiento Penal, "...El vocablo *'reponer'*, fuera de su acepción jurídica como recurso, gramaticalmente significa volver a poner una cosa en el lugar o estado que antes tenía.

"El artículo 159 del nuevo Código de Procedimiento Penal prescribe: '*Presunción.* Las copias de las providencias judiciales hacen presumir la existencia de la actuación a que ellas se refieren y de las pruebas en que se fundan'.

"La allegada copia del antiguo auto de proceder dictado contra Perdomo Reyes que, como antes se dijo, relaciona toda la actuación cumplida en la etapa sumarial, por fuerza de tal presunción legal da fe de la existencia de ella y, por lo mismo, colocó las cosas (pruebas y demás) en el lugar que antes tenían. Luego la reconstrucción se hizo desde un principio, sin pretermitirse etapa procesal alguna, ni violarse el derecho de defensa, puesto que la defensa técnica contó con todas las oportunidades para controvertir la prueba.

"Debe recalcarse que la prueba de cargo siempre estuvo presente en los autos (testimonios de los agentes aprehensores y actas de incautación), sin que jamás la defensa se hubiese visto privada de la oportunidad de controvertirla..."

Si la inteligencia del citado artículo 164 —hoy 157, 161— fuera la que patrocina el libelista, ciertamente que no se encontraría estímulo más eficiente que el contenido de este precepto, para procurar constantemente la interesada destrucción, desaparición, extravío o pérdida de un expediente, y, por tanto, no sería factible imaginar un factor más preponderante de impunidad, por esta constante obstaculización de la oportuna y debida administración de justicia. Si, porque interpretado así dicho dispositivo, se llega no a la posible reposición de un proceso sino a su fiel reiniciación e integral repetición. Esto daría lugar a que de acuerdo con lo recogido durante la reconstrucción, que podría presentar deficiencias al compulsársele con la prueba obrante en un principio, resultara improcedente la emisión de decisiones ya tomadas, v. gr. un auto de detención, un reconocimiento de parte civil, una resolución acusatoria, una sentencia de condena o una cesación de procedimiento. Pero de haberse logrado un resultado positivo, en esta restauración procedimental, tal circunstancia animaría la mano del interesado en librarse del juzgamiento, procurando un nuevo atentado material a la verdad procesal establecida; y, de contera, podría llegarse abusiva e injustamente al fenómeno de la prescripción, desconociéndose así mismo el mérito de interrupción que al respecto produjo una resolución acusatoria o un fallo de condena. Y todo esto no lo puede querer ni auspiciar el legislador, por lo aberrante de la situación que se genera, contraria a todo intento de buena y eficaz administración de justicia.

Estuvo acertado el Tribunal cuando escribió, al conocer de la apelación del nuevo proferimiento de auto de detención, "...2 En el caso materia de estudio el juez de primera instancia confundió la investigación inicial que debe realizarse y el procedimiento a agotarse en la reconstrucción del expediente prevista en los artículos 164 y 165 del Código de Procedimiento Penal.

"En efecto, el Juez del Circuito una vez que comprobó la pérdida del expediente en los originales y copias, procedió a proferir auto cabeza de proceso y empezó a adelantar la investigación como si ésta no se hubiera realizado ya, y a pesar de contar con copia de autos tales como el de detención, el auto que no lo revocó y lo más importante, el auto calificatorio suscrito por el titular del Despacho Judicial correspondiente.

"El paso que ha debido seguir el juez de conocimiento era tratar de obtener nuevamente los elementos de juicio correspondientes pero conservando toda la validez aquellas providencias que están en original al carbón en el archivo de los respectivos Despachos Judiciales y que deben entrar a formar parte del nuevo proceso reconstruido. En este caso, el proceso ya está calificado, hay copia de dicha providencia y el trámite debe agotarse a partir de entonces obviamente salvo los actos de reconstrucción..."

Tesis contraria no puede sostenerse porque el derogado texto del artículo 164 diga que "...se ordenará reponer el expediente desde un principio, cualquiera que sea la instancia *en que se encontrare al momento de la pérdida", porque lo que aquí se está significando es que el esfuerzo por reponer el expediente, por allegar las pruebas de toda índole que inciden sobre los hechos y que han sido consideradas en las diferentes decisiones, se debe cumplir así el proceso no esté en etapa de instrucción o haya llegado a extremos procesales de mayor avanzada, como sería el que se hubiera dictado auto de proceder (resolución acusatoria), celebrado audiencia, o dictado sentencia de primera instancia. Este propósito y cometido por tratar de allegar lo más que se pueda de lo que constituyó la actuación cumplida y que formaba parte del expediente perdido, o extraviado o destruido, no puede entenderse como que todo lo actuado y las providencias tomadas carecen de valor y no constituyen realidades procesales y probatorias merecedoras de respeto y acatamiento. No se ha dicho por el legislador que la reproducción debe ser integral y absoluta y que si ésta no se obtiene no es factible continuar o concluir el proceso. Se recomienda la reposición de lo que sea dable reponer y esté comprendido entre el auto cabeza de proceso (principio del expediente —inciso 1º, art. 164 del C. de P. P.—) y la aparición de la sentencia definitiva (inciso 4º* ibidem*), para facilitar la conclusión de lo que resta por cumplirse del trámite. De ahí, entonces, que las diligencias realizadas y las cuales ha sido posible recuperar, no se repiten sino que se reincorporan y sirvan a las partes en los debates que fallen. Pero si este objetivo apenas se logra de manera parcial, precaria, insuficiente o carente de toda significación, ello no se constituye en óbice para que se continúe y termine el proceso y sobre las providencias existentes se profiera, según se trate, el auto de detención, el llamamiento a juicio o la sentencia. Esto, en la medida en que haya sido posible reponerlo servirá para cuestionar el auto de detención, la resolución acusatoria, la sentencia de primer o segundo grado. Pero el proceso sigue a partir del estado en que aparezca fehacientemente que estaba.* En el caso *sub exámine*, no había porqué dictar nuevo auto de detención, ni nueva resolución de cargos, sino que debía cumplirse la notificación del auto de proceder emitido.

El expediente fue repuesto en lo que fue factible rehacerlo, y en la forma por demás muy aceptable. De ello se desprende que la sentencia proferida sí tiene un respaldo no sólo en cuanto a la prueba de cargo, sino en cuanto al cumplimiento de los trámites de ley que debieron seguirse.

En cuanto a la observación relacionada con la no intervención del Ministerio Público en la diligencia de incautación, identificación y pesaje, aspecto que también fuera debatido ante el Tribunal y que éste, a folio 44 del correspondiente cuaderno, respondió acertadamente, debe decirse, según lo ha reiterado la doctrina, que esta no constituye omisión que vicie total o parcialmente el proceso, menos cuando como en el caso examinado, fue citado en oportunidad y no acudió a cumplir con su función por causas todavía ignoradas. La garantía comentada es factor importante pero no esencial y de su realización, que puede verse afectada por tantas y atendibles razones, no puede depender la validez de la investigación cumplida. No se ha comprobado

que la ausencia de este funcionario diera lugar a una adulteración de tal diligencia o a dudar siquiera de su naturaleza y consecuencias. En contra de su bondad y conocidos resultados no está sino una falta de presencia de un funcionario llamado a concurrir con otros a tal actuación, pero sin que no pueda éste dejar de asistir, so pena de impedir a los demás la realización de ella o dar al traste con su eficacia.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar como en efecto no casa, la sentencia recurrida, ya indicada en su fecha, origen y contenido.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

GRADO DE JURISDICCION. NULIDAD

La omisión del superior en dictar el fallo sustitutivo, implica una repetición innecesaria de providencias que no necesariamente viola el derecho de defensa

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

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 69 de 9 de noviembre de 1988.

Vistos:

Procede la Corte a decidir lo pertinente sobre la demanda de casación interpuesta por el apoderado del señor *Jesús Lloreda Bermúdez* contra la sentencia dictada en su contra por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en la cual le impuso pena de prisión de 16 años por el delito de homicidio cometido en la persona de Edmundo Lloreda Rentería.

Hechos y actuación procesal:

El día 10 de junio de 1983 estaban en la casa de Edmundo Lloreda Rentería, ubicada en el municipio de Quibdó, éste y varios parientes e inquilinos tomando algunos tragos, cuando a eso de la cuatro (4) de la tarde llegó intempestivamente Jesús Lloreda Bermúdez, concubino de la hija de Edmundo Lloreda, y después de un corto diálogo con éste le disparó dos tiros, que le causaron la muerte momentos más tarde.

Por los hechos anteriores el señor Juez 1º Superior de Quibdó dictó sentencia por el delito de homicidio simple, la cual fue revocada por el Tribunal cuando conoció de ella en consulta, por considerar que no se ajustaba al veredicto, habiendo ordenado en la providencia de segunda instancia devolver el proceso al juez de conocimiento para que la dictara nuevamente sobre la base de que se trataba de un homicidio agravado. Así procedió el juez de instancia en providencia que nuevamente remitió en consulta al Tribunal, la cual fue confirmada en todas sus partes mediante la sentencia que es materia de este recurso.

La demanda de casación:

Dos causales alega el recurrente: En la primera dice que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado (numeral 2º del art. 580 del C. de P. P.), y en la 2ª que ella fue dictada en un juicio viciado de nulidad a partir del auto de fecha octubre 2 de 1987, por medio del cual se revocó la sentencia de primera instancia y se ordenó al juez *a quo* dictar nueva sentencia acogiendo la calificación establecida para el delito en la parte motiva del mismo, hecho que según el recurrente viola el artículo 26 de la Carta, pues implica una violación de las formas propias de cada juicio.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal rechaza las pretensiones de la demanda, analizando primero la posible nulidad alegada por el censor, y luego la falta de correspondencia entre el veredicto y la sentencia.

Con relación a la nulidad la rechaza por cuanto considera que el Tribunal al dictar su sentencia no violó las formas propias del juicio sino que, al contrario, cumplió a cabalidad las mismas, pues como la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto, éste debía revocar la providencia, como en efecto lo hizo.

En cuanto al cargo referente a que la sentencia no se adecúa al veredicto, considera que esto no es así, pues al decir el jurado que el procesado sí era responsable, estaba aceptando la calificación de homicidio agravado expresada en el cuestionario sometido a su consideración.

Consideraciones de la Sala:

1. Es necesario estudiar primero la nulidad alegada, pues de prosperar ésta, hace imposible el estudio de las otras causales.

Es cierto, como lo dice el recurrente, que el Tribunal al revocar la sentencia del a quo debió dictar el fallo sustitutivo, y no remitir el proceso a éste para que profiriera la nueva providencia. Así se desprende de la definición que da el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil del recurso de apelación, extensivo al de consulta, norma aplicable por remisión al campo penal, según el cual "el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme". Este mismo principio se reitera en el artículo 197 bis del Código de Procedimiento Penal, en el que se dispone que "el recurso de apelación otorga competencia al Juez o Tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada".

Sin embargo, este error del Tribunal no lleva a declarar la nulidad de la correspondiente sentencia por violación de las formas propias del juicio como lo pretende el recurrente, pues como claramente lo ha reiterado la Corte, ello sólo se da cuando la irregularidad afecta la estructura fundamental del proceso, o el derecho de las partes invo-

lucradas en el mismo. En sentencia de mayo 4 de 1982, con ponencia del Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía, dijo la Sala:

"Las llamadas nulidades constitucionales o supralegales, de creación jurisprudencial, suponen no solamente que la irregularidad procesal en que se haya incurrido no esté sancionada de esa manera por la ley, sino que configuren ostensibles violaciones de los principios de legalidad del juicio y de la jurisdicción, del debido proceso, de la favorabilidad normativa y del derecho de defensa. No basta, pues, la existencia de cualquier anomalía en la ritualidad de la actuación procedimental no prevista legalmente como causal de nulidad, para que pueda reclamarse con éxito esta excepcional categoría de remedio jurídico o para que éste sea oficiosamente reconocido por la Corte, la vulneración de uno cualquiera de aquellos supremos principios que orientan el proceso penal y garantizan una recta y equitativa administración de justicia, ha de ser por tal modo evidente que se imponga como ineludible la extrema solución de la nulidad, es decir, el expreso reconocimiento del error y la remoción del obstáculo procesal que hasta el momento de su declaración impedía repararlo. Por eso no pueden tener éxito las demandas de nulidad supralegal en las que no se demuestre fehacientemente lesión verdadera a uno de aquellos principios, o en las que se aleguen simples informalidades que han dejado incólume el derecho de defensa, que no han desquiciado las reglas sustanciales del proceso o que no han vulnerado las garantías de que normativamente gozan las partes en el decurso de la actuación procesal".

En el caso en estudio la decisión equivocada del Tribunal sólo implicó una repetición innecesaria de providencias, que más que violar el derecho de defensa del procesado abundó en garantías para el mismo. No prospera el cargo.

2. La segunda impugnación carece de todas sindéresis lógica, pues precisamente la sentencia sustitutiva se dictó para acatar el veredicto de responsabilidad por homicidio agravado, según lo decidió el jurado de conciencia al responder afirmativamente, y sin excluir la agravante expresamente señalada en el cuestionario sometido a su consideración.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de común acuerdo con el Ministerio Público,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese. Devuélvase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

PREVARICATO. DERECHO DISCIPLINARIO

La declaratoria de insubsistencia prevista en el artículo 115 del Decreto 1660 de 1978 es una medida excepcional aplicable sólo por la falta de requisitos y calidades exigidos para el cargo. Si la insubsistencia se declara por otra razón, el funcionario que la ordene incurre en prevaricato por acción

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

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 69 de 9 de noviembre de 1988.

Vistos:

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de acusación dictada el 25 de mayo del presente año por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, contra la Juez Promiscuo Municipal de Betania doctora *Oleyda Martínez Ruiz*, por delitos de abuso de autoridad cometidos en concurso sucesivo y homogéneo.

Hechos:

La doctora Oleyda Martínez desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Betania (Antioquia) para el mes de julio de 1983, fecha para la cual nombró como Secretaria del Despacho a la señorita Luz Mariela Correa Montoya. Inicialmente la relación entre las dos empleadas era cordial, pero pronto surgió entre ellas una fuerte animadversión, suscitada según la doctora Martínez por el mal desempeño de sus labores por parte de la señorita Correa, razón por la cual la primera limitó las funciones de la segunda, y en el mes de noviembre de 1984 la declaró insubsistente mediante resolución que motivó en la ineficiencia e incapacidad de la Secretaria para desempeñar su cargo.

Estos hechos dieron base a una investigación disciplinaria por parte de la Procuraduría, contra la doctora Martínez, la que culminó en la imposición de sanción de multa equivalente a diez salarios mínimos para la juez, y a que se ordenara por el Tribunal compulsar copias para investigar los posibles delitos en que hubiese incurrido la funcionaria.

Resultandos:

1. La calidad de funcionaria judicial de la doctora Oleyda Martínez Ruiz se halla claramente establecida con las constancias sobre su nombramiento, posesión y ejercicio del cargo para la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación (fls. 141, 142, 201 y 202).

2. La vinculación de la señorita Luz Mariela Correa Montoya como Secretaria del Despacho se extendió desde el 27 de junio de 1983, fecha de su posesión (fl. 145), hasta el 21 de noviembre de 1984, fecha de notificación de la providencia que denegó el recurso de reposición contra la providencia que la declaró insubsistente (fl. 186 vto.).

3. Durante su vinculación la juez, doctora Martínez Ruiz, le quitó a la señorita Correa muchas de las funciones que le correspondían como Secretaria del Despacho, y en alguna ocasión le ordenó abandonar el Juzgado.

4. Por Resolución número 2 del 13 de noviembre de 1984, la Juez Martínez Ruiz declaró insubsistente a la Secretaria Correa por haber "demostrado una absoluta incapacidad y negligencia para desempeñar el cargo", fundándose en parte del texto del artículo 115 del Decreto 1660 de 1978, y en el artículo 77 del Decreto 250 de 1970.

5. Por Resolución número 5 de noviembre 20 de 1984 la Juez sancionó a su Secretaria con pena de suspensión de 6 días.

Considerandos:

1. Antes de decidir sobre el fondo del proceso es necesario analizar las posibles causales de nulidad que afirma la recurrente se presentaron durante la etapa sumarial, por las siguientes razones, según el memorial en que funda su recurso:

a) No haberse practicado las pruebas pedidas por ella en la indagatoria. Sobre este punto quiere poner de presente la Sala que el nuevo Código de Procedimiento Penal al acentuar el carácter acusatorio de la estructura del proceso, simplificó al máximo la etapa sumarial en la que sólo se recauda la prueba que permita hacer una adecuación típica provisional de la conducta, y una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o un indicio grave sobre la responsabilidad del sindicado, para formular con base en ellos resolución de acusación que dé origen al debate probatorio que se realizará principalmente durante la audiencia. Por esa razón la nueva legislación sólo concede el recurso de apelación para el auto que niegue la práctica de pruebas durante el juicio, y no durante el sumario, por lo que mal puede generar nulidad el haber dejado de practicarlas;

b) Según el recurrente, la forma como se hizo la notificación del auto de cierre de investigación y el que se le hubiera nombrado defensor de oficio perjudicó su defensa. En cuanto al primer punto, el Tribunal citó a la juez para que concurriera a notificarse personalmente, quien manifestó que no podía hacerlo por razones de trabajo, y en cuanto al nombramiento de defensor, la sindicada nom-

bró a una persona que no tenía título profesional para que la apoderara durante la diligencia de indagatoria, por lo que no pudiendo éste representarla durante toda la actuación procesal, el Tribunal procedió a nombrarle apoderado de oficio. En ambos casos se siguió el procedimiento establecido por la ley para estos eventos, no produciéndose nulidad por esta causa;

c) Considera igualmente la apelante que se incurrió en nulidad por no habérsele puesto en conocimiento la prueba trasladada del proceso disciplinario. Como ya la Sala lo tiene establecido, la legislación anterior no consideraba este requisito para la prueba trasladada, por lo que él no es necesario para que pueda ser válidamente apreciada, siempre que en el proceso aparezca claramente demostrado que las partes tuvieron oportunidad de controvertirla, como ocurre en el presente caso en que dice textualmente la sindicada: "Ponerme a relatar en este momento lo acontecido durante un lapso más o menos de año y medio sería dispendioso y extenso e innecesario, puesto que ya tuve que pasar por un prolongado y mal llevado proceso disciplinario, en cuyo voluminoso cuaderno que culminó con la sanción y que al parecer origina este nuevo proceso, consta, o sea que en ese voluminoso cuaderno consta todo lo relacionado con unos hechos que originaron la investigación disciplinaria; en él están todas las pruebas pedidas unas, practicadas otras y al fin de cuenta sólo tomadas en el momento de la decisión de la Procuraduría Regional de Medellín, las que me eran desfavorables en una forma dividida y mutilada. Para explicar los hechos en una forma genérica remito a ese cuaderno y solicito que en aras de la economía procesal se me haga preguntas concretas" (fl. 126 vto.).

2. Considera la apelante que las faltas por las cuales ahora se le juzga ya fueron objeto de una sación disciplinaria, por lo que sobre ellas no se puede adelantar un proceso penal sin romper el principio del "*non bis in idem*".

Dispone el artículo 97 del Decreto extraordinario 250 de 1970, norma vigente para la fecha de la comisión de las faltas, y el artículo 63 del Decreto extraordinario 52 de 1987, norma vigente en la actualidad, que las faltas de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional generan acción disciplinaria, sin perjuicio de que simultáneamente pueda generar acción civil o penal. Y esta coexistencia de consecuencias jurídicas distintas es posible sin que se viole el principio del "*non bis in idem*", porque obedece a razones políticas diferentes, tal como sucede con la concurrencia de la acción civil para la indemnización de los daños y perjuicios, y la penal para el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, nacidas ambas de la misma acción delictual.

3. El Tribunal en la providencia apelada formula cargos a la Juez Martínez Ruiz por el delito de abuso de autoridad en concurso sucesivo y homogéneo de hechos punibles, los cuales concreta así: Haber dictado la resolución de insubsistencia de la Secretaria Luz Mariela Correa, haber dictado la resolución de suspensión por seis días de la misma empleada, y haber realizado las siguientes conductas lesivas de la dignidad de la mencionada empleada: Privarla de las llaves del Despacho, del acceso a los procesos, inferirle ultrajes verba-

les, arrebatarle un proceso en el que la Secretaria practicaba un careo, desplazarla de su escritorio para cederlo a su escribiente, y desalojarla del Despacho en forma amenazante. La Sala considera necesario analizar estos cargos en forma separada así:

a) La Sala comparte el planteamiento hecho por el apoderado de la apelante, en el sentido de que las distintas conductas que se relacionan en la providencia como lesivas de la dignidad de la empleada algunas son faltas disciplinarias, y otras claramente atípicas, y en ningún caso pueden considerarse como constitutivas del delito de abuso de autoridad. Cuando la moderna política criminal tiende a desjudicializar una multiplicidad de conductas para dejarlas bajo el control de mecanismos administrativos, no se ve cómo se pretende erigir en delito conductas que miran más a la marcha de los Despachos judiciales que a la vida institucional de la comunidad, y que expresamente están señaladas como deberes de los funcionarios cuya violación da lugar a sanción disciplinaria. Inclusive varios de los comportamientos mencionados no son por sí faltas, pues bien pueden corresponder al ejercicio legítimo de la autoridad que tiene el juez como máxima autoridad administrativa del Despacho, consagrada expresamente en el literal "f" del artículo 55 del Decreto 52 de 1987, que dice: "Artículo 55. Son deberes de los funcionarios y empleados: (...) f) Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas y responder del uso de la autoridad que le ha sido otorgada o de la ejecución de las órdenes que puedan impartir, sin que en ningún caso queden exentos de la responsabilidad que les incumbe por la que corresponda a sus subordinados";

b) Comparte igualmente la Sala el reparo hecho por el apoderado de la recurrente cuando considera que ésta no incurrió en conducta punible al expedir la Resolución 4 de noviembre 20 de 1984, por medio de la cual suspendió a su Secretaria por el término de seis días, pues el artículo 198 del Decreto 1660 de 1978 dio al juez la facultad de aplicar este tipo de sanciones para mantener el régimen disciplinario del Despacho, y aunque para dicha fecha ya se había expedido la resolución por medio de la cual la declaraba insubsistente, aún estaba vinculada al servicio pues se estaban tramitando los recursos interpuestos contra dicha providencia. Conviene aclarar que esa sanción se impuso por razón de las múltiples faltas de asistencia de la empleada al Despacho;

c) *Si constituye conducta punible, por el contrario, el haber expedido la resolución por medio de la cual declaró insubsistente a su Secretaria, con la cual se tipificó el delito de prevaricato por acción, y no el de abuso de autoridad como equivocadamente lo califica el Tribunal.*

El artículo 149 del Código Penal dispone: "Artículo 149. Prevaricato por acción. El empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término".

En el caso en estudio es claro que se expidió un acto administrativo, el cual es manifiestamente contrario a la ley, pues aunque en

él se prevé la declaratoria de insubsistencia, es sólo para los funcionarios y empleados titulares que no reúnan los requisitos y calidades exigidos por la ley, hipótesis dentro de la cual no está comprendida la "incapacidad y negligencia para desempeñar el cargo", que fueron los fundamentos que sirvieron a la Juez Martínez Ruiz para expedir la resolución que dio origen a la presente investigación penal. Si la conducta se adecúa en su integridad a este tipo penal, no puede calificarse de abuso de autoridad, por cuanto esta modalidad delictiva sólo se aplica subsidiariamente "fuera de los casos especialmente previstos como delito", como reza textualmente la norma.

4. *Considera el apoderado de la sindicada que no existió delito por ausencia de dolo, y cita en apoyo de su tesis una jurisprudencia que trae el mismo Tribunal en su sentencia según la cual el dolo en el delito de abuso de autoridad implica la voluntad de inferir agravio a la persona con la conducta realizada.*

Sea lo primero aclarar que como se estableció en el numeral anterior, la conducta que se tipifica es el prevaricato por acción y no la del abuso de autoridad. Sin embargo, como el razonamiento con relación al elemento subjetivo pudiera ser igual, la Sala hace las siguientes precisiones:

Durante la vigencia del Código Penal de 1936 no había mucha claridad sobre la naturaleza jurídica del concepto "dolo", por falta de una definición normativa: Algunos autores lo consideraban como la simple intencionalidad que es inherente al comportamiento humano, otros exigían la existencia de una voluntad libre, y otros lo referían a un "animus nocendi".

Pero con la expedición del Código Penal de 1980 ya no son posibles estas distintas interpretaciones, pues el artículo 36 dice que "la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización". Estableció así como elementos del dolo el conocimiento de la conducta que se está realizando, que para el caso en estudio hace referencia a que se expide conscientemente un acto administrativo manifiestamente contrario a la ley, y la voluntad de realizarlo, es decir, que no existan factores que constriñan o alteren su capacidad volitiva.

Sobre este punto alega el recurrente el error sufrido por la juez con relación al conocimiento de que el acto era manifiestamente contrario a la ley, error que no puede ser admisible dada la claridad del texto legal, y a que la mencionada funcionaria en la providencia en la que consumó el delito reprodujo precisamente la parte en donde aparecían señaladas las causales en que se permitía la declaratoria de insubsistencia, dentro de las cuales no está incluida la que ella le imputa a la empleada mencionada. En dicha norma se dispone que podrá decretarse la insubsistencia de un funcionario o empleado que no reúne los requisitos y calidades exigidos para el cargo, y las razones que ella adujo para desvincularla del servicio fue su ineficiencia en el mismo, aspectos que no puede confundir ningún juez de la República que para cada posesión tiene que demostrar el cumplimiento de los primeros.

Bien sabe todo funcionario y empleado judicial que la desvinculación del servicio sólo se puede producir como resultado de un proceso disciplinario adelantado dentro de un sistema acusatorio en el que la investigación corresponde a la Procuraduría General de la Nación, y el juicio a las respectivas autoridades nominadoras, y que la declaratoria de insubsistencia prevista en el artículo 115 del Decreto 1660 de 1978 es una medida excepcional aplicable sólo por las razones taxativamente señaladas allí, que son la falta de requisitos y calidades exigidas para el cargo. En esta norma además se señala expresamente que dicha medida se aplicará sin perjuicio de los derechos de las personas que tienen estabilidad en sus cargos, parte ésta que omitió la juez al transcribirla, omisión de la cual infieren tanto el Tribunal como el señor Procurador Delegado que la doctora Martínez Ruiz tenía clara conciencia de que estaba dictando un acto administrativo contrario a la ley.

No hay tampoco hasta la fecha acreditado ningún hecho que justifique su comportamiento, por lo que puede en principio afirmarse que hay prueba suficiente de que ha realizado una conducta típica, antijurídica y culpable, lo que impone llamarle a juicio por el delito de prevaricato por acción previsto en el Título III, Capítulo Séptimo, artículo 149 del Código Penal, cargo que de acuerdo con los planteamientos precedentes, se formulará en calidad de único, descartándose el concurso sucesivo y homogéneo de que da cuenta la resolución acusatoria de primera instancia.

5. No siendo el caso atender la demanda de cesación de procedimiento de la acusada y su defensor, ni la de declaratoria de nulidad del proceso, ni la sugerencia del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal para que se confirme la calificación del Tribunal y en armonía con lo dicho, se impondrá a la procesada medida de aseguramiento que será la de caución prendaria en cuantía de dos salarios mínimos de conformidad con los artículos 8º y 12 del Decreto 1853 de 1985, ordenamiento al cual se dará aplicación en observancia del principio de favorabilidad —por ultractividad— en la aplicación de la ley penal, y tal como en casos como el que se examina se ha venido haciendo desde que se aclarara la cuestión en providencia del 11 de noviembre de 1986 (G. J. CLXXXV Nº 2424, págs. 505 y ss.), en la que al respecto se dijo:

> "...debe decirse que este Estatuto (el Decreto 1853 de 1985) sobre captura, detención preventiva, exoneración, etc., traduce, en estos aspectos, una legislación más benigna que su antecedente, la Ley 2ª de 1984 (y que el actual C. de P. P., se agrega en esta ocasión), de allí su inmediata vigencia, la cual debe perdurar en los casos que recibieron o debieron recibir su benigno influjo, por encima de reformas posteriores que vuelvan al mismo o más riguroso tratamiento del acordado por la citada Ley 2ª. Y la conclusión es la misma así se haya declarado inexequible el mencionado Decreto 1853. Esto porque la Constitución Nacional no distingue para imponer el dictado de la ley favorable, en cuanto a esta eventualidad, ni debe aceptarse incertidumbre sobre la libertad o el

favor deconcedido (sic), al subordinar tal riesgo a los resultados del doble control de constitucionalidad (excepción y acción)".

Así pues, la procesada podrá continuar su libertad, pero no por la razón que expone el Tribunal en su resolución acusatoria y que tenía validez frente a la clase de delito que le imputaba, que no tiene pena privativa de la libertad, sino por virtud de lo estatuido en el artículo 10 del citado Decreto 1853 por ser la pena mínima señalada para el delito de prevaricato inferior a dos años, para lo cual prestará la caución y asumirá los compromisos legales correspondientes.

Por lo demás se encuentra acertado el *no* decreto de medidas cautelares sobre bienes de la procesada, por cuanto no hubo individualización de los mismos (art. 47 del C. de P. P.).

En conclusión, se modificará el cargo imputado en la resolución impugnada, circunscribiéndolo a uno de prevaricato en la modalidad y circunstancias de que se ha dado cuenta, y se confirmará la concesión de la libertad en la forma y condiciones preanotadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del Ministerio Público,

Resuelve:

Confirmar parcialmente la resolución acusatoria apelada, con las siguientes reformas:

a) La acusación se formula por el delito único de prevaricato, según lo expresado en las motivaciones de esta providencia;

b) Imponer medida de aseguramiento a la procesada, consistente en caución prendaria de dos (2) salarios mínimos, valor que debe depositar dentro del término legal;

c) Imponer a la procesada las obligaciones de que trata el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, en diligencia que se surtirá ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese y cúmplase. Devuélvase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS
JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

El artículo 2º, inciso 2º del Decreto 474 de 1988 señala expresamente entre los delitos cuyo conocimiento corresponde a los Jueces de Orden Público, el de amenazas familiares o personales, para el que como ya se expresó no se contempla la finalidad terrorista

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada Acta número 73 noviembre 22 de 1988.

Vistos:

Se ha remitido a la Corte el proceso por amenazas a otras personas contra *Iván Alberto López Grajales*, para definir la colisión negativa de competencias suscitada entre los Juzgados Primero de Orden Público de Medellín y el Juzgado Ochenta y Cuatro de Instrucción Criminal con sede en Santa Bárbara (Antioquia), en torno al conocimiento de dicho asunto.

Procede esta Sala a resolver de plano, previa anotación de encontrarse debidamente propuesta la colisión y de que le corresponde la decisión conforme a norma expresa, por presentarse entre la jurisdicción ordinaria y la de Orden Público (art. 16 Decreto 474 de 1988), como se anotó por el Tribunal de esta última, al disponer el envío de las diligencias a la Corte.

Hechos y antecedentes:

El 29 de julio de 1988 Luz Marina Jiménez Bedoya presentó denuncia ante la Alcaldía de Santa Bárbara (Antioquia), expresando que el día anterior, alrededor de las nueve y media de la noche, cuando en compañía de su hermana Amparo cerraban su negocio de comercio en esa población, observaron al joven Iván López en compañía de otro muchacho desconocido. Al salir y dirigirse a su casa vieron cuando el mencionado López arrojó algo al corredor de la residencia y se alejó a la carrera. Al examinar su hermana Amparo, advirtió que se trataba de un anónimo, escrito con letras impresas recortadas de un periódico en el que en términos ofensivos les exigían "desocupar el pueblo", ante lo cual presentaron denuncia en la forma indicada. Atribuyó este

acto al antecedente de haber sido víctimas de un hurto en el negocio mencionado, ilícito por el cual sindicaron a su hermano William Jiménez y a Iván López, quienes fueron capturados. Posteriormente recibieron en su casa otro escrito semejante al anterior.

Abrió la investigación el Juzgado Ochenta y cuatro de Instrucción Criminal radicado en la población mencionada y después de recibir varias declaraciones e indagatoria a Iván López, dispuso su detención preventiva. Practicadas otras pruebas, se dispuso el envío de las diligencias al Juzgado de Orden Público y habiendo correspondido al primero de esta categoría las devolvió al Juzgado de Instrucción radicado por competencia y le propuso colisión (fl. 45); aceptada por este último, se remitió el asunto a la Corte para la decisión respectiva.

Razones alegadas por los funcionarios respecto a la competencia:

Expresa el Juzgado Primero de Orden Público que no se estructura un delito de su competencia, pues se requiere que la infracción se cometa con ánimo de terrorismo, es indispensable así tener en cuenta el elemento subjetivo y además las condiciones especiales del sujeto pasivo de la infracción que en este caso no queda comprendida dentro del artículo 1º del Decreto 474 de 1988. Alude a los hechos y concluye que el objetivo del sindicado era el de torturar a las denunciantes por la acusación que habían presentado en su contra y que ocasionó su detención, quiso amenazarlas y por tanto su acción se comprende en el artículo 279 del Código Penal, "torturas", que no encuadra dentro del artículo 1º del Decreto 474 de 1988 y la competencia es del Juzgado de Instrucción.

Por su parte, el Juzgado Ochenta y cuatro de Instrucción Criminal anota que la detención del sindicado se decretó por amenazas personales o familiares (art. 26 Decreto 180 de 1988). Observa que el artículo 279 del Código Penal se refiere a tortura física o moral, siempre que no exista otro delito con sanciones más graves, como ocurre en ese caso pues el artículo 26 del Decreto 180 citado, contempla para la conducta pena mayor, además de que la competencia en el primer caso es del juez del Circuito y en el segundo del de Orden Público. Advierte que distinto sería si la detención se decretara por torturas, pues el artículo 24 del Decreto 180 contempla este acto, pero en relación con actividades terroristas y esto no se afirma en autos.

Agrega que el Juzgado de Orden Público, sin examinar el planteamiento indicado, definió el hecho como tortura y que la competencia la contempla el artículo 2º del Decreto 474 referido, al atribuirle el conocimiento a aquel en primera instancia de determinados delitos entre estos el de amenazas sin requerir fines terroristas. Indica las finalidades del decreto citado y que el ilícito tiene cabida en la norma referida del mismo (art. 26 del Decreto 180 de 1988).

Se considera:

Los hechos que dieron lugar a la investigación consisten en que mediante escrito anónimo, elaborado en la forma ya expresada, se presionó o amenazó a la denunciante y a su hermana para que abandonaran el lugar de su residencia.

Esta conducta debe admitirse que tiene cabida o corresponde a la prevista en el artículo 26 del Decreto 180 de 1988 referente a quien "...por cualquier medio apto para difundir el pensamiento, atemorice o cause alarma, zozobra o terror en una persona o familia...", ya que no puede dudarse que a través de la intimidación que resulta establecida trató de obtener el fin perseguido.

La controversia entre los funcionarios mencionados, radica en estimar, el de instrucción que se presenta el ilícito referido y el de Orden Público que sólo se configura el de torturas al tenor de lo previsto en el artículo 279 del Código Penal. Sin embargo, aparte de lo ya expresado, de que no podría entenderse que sólo existe tortura, este último precepto prevé para su aplicación, el que no se trate de delito diferente sancionado con más pena, como ocurre en este caso, pues el artículo 26 del Decreto 180 contempla una mayor sanción en el máximo que la prevista en el artículo 279 del estatuto penal.

Determinado este aspecto, debe analizarse el argumento relacionado con el elemento subjetivo, en cuanto los actos denunciados estuvieron inspirados en fines terroristas. Examinada la norma referida (art. 26 Decreto 180 de 1988), no aparece que en esta se consigne dicho requisito, como si ocurre con otras disposiciones del estatuto indicado que contemplan las conductas como comprendidas en el mismo, siempre que tengan tal finalidad. Y concretamente en el caso de torturas (art. 24 Decreto 180 de 1988), se exige que se trate de actividades de tal naturaleza, como también se prevé para el homicidio y las lesiones en funcionarios públicos.

Lo anterior permite concluir que al no estar expresado en la norma el referido elemento, la conducta examinada se comprende en el precepto citado (art. 26), no obstante no demostrarse la finalidad terrorista, debiendo admitirse que se trató a través de la misma de reprimir actos con efecto suficiente de atemorización, a la alarma, perturbación o zozobra en una persona o familia, como expresa el texto, con grave quebranto de la convivencia social. Razón suficiente para concluir en la expresada competencia.

Por otra parte, se cita el Decreto 474 de 1988 y alega que la ofendida no se encuentra entre las personas que menciona el mismo, sin embargo, cabe advertir, que el artículo 2º inciso 2º del decreto referido señala expresamente entre los delitos cuyo conocimiento corresponde a los jueces de Orden Público, el de amenazas personales o familiares, para el que como ya se expresó no se contempla la finalidad terrorista. Se ratifican en consecuencia las consideraciones anteriores.

Se atribuirá la competencia por tanto al funcionario de orden público.

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

Resuelve:

Dirimir la colisión negativa de competencias en el sentido de asignar el conocimiento de este proceso al Juzgado Primero de Orden Público en Medellín.

Remítansele las diligencias.

Para su conocimiento, envíese copia de esta providencia al Juzgado Ochenta y cuatro de Instrucción Criminal con sede en Santa Bárbara (Antioquia).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA
JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

Si la colisión no involucra a la "jurisdicción ordinaria" sino que compromete a dos jueces que, por disposición legal, hacen las veces de Jueces de Orden Público, por conocer de hechos de su competencia, la Corte resulta ajena a enfrentamiento semejante, el cual, por virtud de las reglas generales sobre la materia, debe ser resuelto por el Tribunal de Orden Público

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 73 de noviembre 23 de 1988.

Se decide lo pertinente en torno a la colisión de competencia negativa surgida entre los Juzgados Cuarto de Instrucción Criminal de Ciénaga y Unico Especializado del Magdalena, en este sumario que se adelanta contra *Pedro Antonio Polo Eguis* y otros, por los delitos de homicidio y lesiones personales.

Se considera:

El 28 de marzo del año en curso, al parecer guerrilleros de las FARC, interceptaron a una patrulla de la Policía Nacional en jurisdicción de San Pedro de la Sierra, dando muerte a tres de sus miembros e hiriendo a otro.

Mediante auto de 6 de agosto, el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal radicado en Ciénaga (Magdalena) sostuvo:

"El estatuto antiterrorista conformado por el Decreto 180 de enero 27 de 1988, en sus artículos 29 y 31 establece los delitos de homicidio y lesiones personales con fines terroristas, y la instrucción y fallo de los mismos se atribuyó a los jueces de Orden Público.

"Como en el Departamento del Magdalena no existe juez de Orden Público, la Juez Unica Especializada, mediante auto de 12 de abril dispuso devolver las diligencias pertinentes a este juzgado, en donde se adelantaban diligencias previas con base en el artículo pertinente del Código de Procedimiento Penal, o, mejor dicho, se abrió investigación penal con ocasión de estos hechos, mediante auto de abril 5 del presente año. Si bien es cierto que el Decreto 0333 de febrero 24 del

presente año, estableció que 'continuarán conociendo de la investigación y fallo de los delitos a que se refieren los Decretos 180-181 y 181 de 1988, los jueces que hasta la fecha de expedición de los mencionados decretos tenían la respectiva competencia', esta competencia no radica en los Juzgados de Instrucción Criminal radicados, pues en este caso lo serían los jueces superiores. Tratándose de hechos contemplados en el Decreto 180 de 1980, Tribunales como el Distrito Judicial de Barranquilla, ante la ausencia de juez de Orden Público, le ha asignado por vía jurisprudencial la instrucción y fallo de los hechos cobijados por el estatuto mencionado, a los jueces especializados" (fl. 95).

Provocó, entonces, la correspondiente colisión negativa al Juzgado Unico Especializado del Magdalena, el cual, mediante auto de 6 de septiembre, dijo en lo sustancial lo siguiente:

"El juez instructor, pese a no desconocer la disposición legal que indica de manera clara y precisa, que en aquellos lugares donde no se halle asignado juez de Orden Público, seguirán conociendo de los procesos a que aluden los Decretos 180 y 181 de 1988 los jueces que hasta la fecha de expedición de tales decretos tenían asignada la competencia respectiva, ha invocado un novedoso factor de competencia, no reconocido legalmente y así, por vía jurisprudencial, ha resuelto asignarle a este despacho judicial la competencia de los hechos a que se contrae el proceso".

Agrega que en ese sentido es muy claro el artículo 25 del Decreto 474 de 1988, "hasta el extremo de entenderse sin mayor esfuerzo mental, que del hecho punible de homicidio y conexos, ha de seguir conociendo los jueces superiores en aquellos distritos donde no se han asignado jueces de orden público; este juzgado se abstiene de conocer del presente proceso por estimar que los hechos punibles que aquí se investigan no son de su competencia".

Estimó, por otra parte, que como no se discute que los hechos investigados se encuentran tipificados en el Decreto 180 de 1988, "siendo el punto de debate exclusivamente el de determinar qué funcionario jurisdiccional debe asumir competencia de juez de Orden Público para este caso concreto", es el Tribunal de Orden Público el que debe dirimir el conflicto, y allí remitió el proceso. Empero, dicha corporación, sin mirar el fondo del asunto, y únicamente teniendo en cuenta que los funcionarios trabados en colisión eran un juez de Instrucción Criminal y uno especializado, invocó el artículo 16 del Decreto 474 de 1978 y dispuso el envío del expediente a esta Sala.

Pues bien: *resulta claro que la juez Unica Especializada del Magdalena es quien tiene la razón en cuanto a cuál es el organismo que debe dirimir en este específico caso la colisión de competencias. En efecto, tanto aquélla como el Juez Cuarto de Instrucción Criminal coinciden en que los hechos materia del proceso (homicidio y lesiones con fines terroristas, cometidos en miembros de la Policía Nacional) están previstos en el Decreto 180 de 1988;* su disenso radica en quién de los dos debe asumir las funciones de juez de Orden Público, *ante la inexistencia de este último en ese Distrito Judicial, y de cara a lo previsto al respecto por los artículos 24 y 25 del Decreto 474 de 16 de marzo de 1988.*

Dice el primero de ellos:

"Los Jueces Especializados y Magistrados de las Salas Penales continuarán tramitando hasta su culminación, aquellos asuntos respecto de los cuales hubiesen asumido el conocimiento con arreglo a las normas de la Ley 2ª de 1984 y a los decretos anteriores al presente".

Y el artículo 25 establece:

"Mientras se designan y asumen funciones los Magistrados y Jueces de Orden Público, continuarán conociendo de la investigación y fallo de los delitos a que se refiere el artículo 2º del presente decreto, los jueces y magistrados que hasta la fecha de su expedición tenían la competencia respectiva".

Si, como se constata, la colisión no involucra a la "jurisdicción ordinaria", sino que compromete a dos jueces que, por disposición legal, hacen las veces de Jueces de Orden Público, por conocer de hechos de su competencia, la Corte resulta ajena a enfrentamiento semejante, el cual, por virtud de las reglas generales sobre la materia, debe ser resuelto por el Tribunal de Orden Público.

Sobre el punto, dijo esta Sala en auto de 18 de octubre último:

"Compete a la Corte resolver el incidente, atendiendo el conocimiento excepcional que tiene el Juzgado Especializado en asunto que corresponde a la jurisdicción de orden público. Si bien el Juzgado Especializado pertenece a la jurisdicción ordinaria y por tanto las controversias que se traben entre juzgados de tal categoría y los Juzgados de Instrucción Criminal (del mismo distrito) deberían ser resueltos por el Tribunal del Distrito Judicial a que pertenecen, también lo es que en casos como el presente el Juzgado Especializado por virtud del artículo 24 del Decreto 474 de 1988, actúa en procesos de conocimiento de Juzgado de Orden Público, lo que hace que el principio funcional y atendida una interpretación sistemática, se le dé el mismo tratamiento que les asiste al Juzgado de Orden Público".

Lo que se dijo en dicha oportunidad para los Juzgados Especializados, con base en el artículo 24 del Decreto 474, es enteramente aplicable para los Juzgados de Instrucción Criminal con fundamento en el también citado artículo 25 ibídem. *Esto para reiterar que aquí no hay duda que la colisión se ha trabado entre la Jurisdicción de Orden Público, así ninguno de los funcionarios en conflicto sea, en realidad, un Juez de Orden Público.*

No se hará, pues, pronunciamiento alguno sobre el tema debatido, debiéndose, por consiguiente, remitir el proceso al Tribunal de Orden Público.

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

Resuelve:

Abstenerse de decidir sobre la competencia para conocer de este asunto, el cual deberá ser remitido al Tribunal de Orden Público para que proceda de conformidad con lo dicho en el presente auto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

FLAGRANCIA. CULPABILIDAD

La aceptación de la tesis de que la situación de flagrancia releva de argumentaciones respecto de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, llevaría a la aprobación de la responsabilidad objetiva que está proscrita de la legislación colombiana

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 073 del 23 de noviembre de 1988.

Vistos:

Por providencia del veintiocho (28) de enero de 1988, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja, por medio de la cual se les impuso pena de cuatro (4) años de prisión a *Carlos Antonio García Chávez* y a *Maximino Rodríguez Reyes* como responsables del delito de conservación o tenencia de estupefacientes.

El defensor de Carlos Antonio García Chávez interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación que fue concedido por auto del veintitrés (23) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1988), declarado admisible por esta Corporación y posteriormente ajustada a las exigencias legales la demanda oportunamente interpuesta.

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación una vez se realice una síntesis de los siguientes

Hechos:

El ocho (8) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987) el Comandante del Puesto de Policía de Barrancabermeja recibió una llamada telefónica anónima mediante la cual se le informaba que en el Parque Infantil de esa ciudad se estaba realizando una transacción de estupefacientes, por parte de Carlos Antonio García Chávez, situación que lo llevó a organizar un operativo en el que intervinieron además del propio Comandante, los agentes Bertulfo Ramírez Perdomo, Edilberto Calderón Silva y Luis Antonio Lamus Pardo y que finalmente lograron la captura de Carlos Antonio García Chávez y de Maximino Rodríguez Reyes; a éste último se le encontraron un poco más de cien (100) gramos de basuco.

Actuación procesal:

Por auto del nueve (9) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987) se dictó auto cabeza de proceso por el Juzgado 14 de Instrucción Criminal.

Fueron indagados Maximino Rodríguez Reyes el catorce (14) de enero de ese año y en la misma fecha Carlos Antonio García Chávez.

Por auto del diecisiete (17) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987) se decretó la detención preventiva de los indagados.

Por auto del dos (2) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987) se residenció en juicio criminal a los sindicados por el hecho punible previsto en el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Se realizó la diligencia de audiencia pública el ocho (8) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

La sentencia condenatoria de primera instancia se produjo el veinte (20) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987) y la de segunda instancia por medio de la cual se confirmó la anterior, el veintiocho (28) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

La demanda de casación:

El recurrente ataca la sentencia al considerar que se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial de conformidad con lo previsto en el artículo 580, inciso segundo del Decreto 409 de 1971.

Como único cargo por violación indirecta de la ley plantea la existencia de un error de hecho manifiesto en los autos "al fijar equivocadamente el alcance y el sentido que dentro del proceso tienen las pruebas consagradas en los artículos 229, 231 y 236 del Código de Procedimiento Penal, pues si bien es cierto que se trata de medios probatorios sujetos al sistema de la persuación racional, es igualmente cierto que en la providencia impugnada se dedujeron hechos y circunstancias contrarios a los indicados por tales medios probatorios, siendo manifiesta la oposición entre lo que las pruebas indican por sí mismas y las conclusiones a las que llegaron los falladores de instancia".

Sostiene el demandante que en el informe policivo de captura se afirma infundadamente que "en momentos en que se dedicaban al expendio de estupefacientes y se les halló en su poder la cantidad de 106 gramos de basuco y la suma de $ 26.000.oo al parecer producto de las ventas de droga", porque considera que no existe un solo elemento probatorio que permita afirmar que los procesados se hallaban expendiendo basuco, porque nadie sostiene haberlos visto en tal negociación y que tanto el dinero como la sustancia ilícita le fueron encontrados a Rodríguez Reyes, mientras que a García Chávez no se le halló nada y todos los testigos en ningún momento observaron intercambio de objetos entre los procesados.

Hace un análisis de los diversos testimonios iniciando con el del agente Luis Antonio Lamus Pardo, quien fuera el que realizara la captura al afirmar que García Chávez inicialmente dialogó en el restau-

rante "El Fogonazo" con una señora y sólo después fue que se encontró con Rodríguez Reyes, habiéndose procedido a la captura en ese momento.

En relación con la declaración del agente Bertulfo Ramírez Perdomo, quien afirma que recibieron la llamada anónima informándoseles que en el Parque Infantil, García Chávez tenía una reunión de droga, y afirma este testigo que inicialmente lo vieron dialogando con una muchacha y después fue que se reunió con Rodríguez Reyes, agregando que a García no se le encontró nada y no observó ningún intercambio de objetos.

En relación con el testimonio del agente Edilberto Aldana Silva quien sostiene que al de la moto no le encontraron nada y que se lo habían llevado porque estaba al pie del otro, sin que haga mención al intercambio de objetos.

Del Subteniente Edgar Santana Calderón afirma que difiere sustancialmente de la de sus subalternos, pues inicialmente dice que la llamada fue recibida en las horas de la mañana para rectificar posteriormente que se recibió pocos momentos antes del operativo; sostiene igualmente que cuando llegaron ya se encontraban reunidos los capturados con una señora que se separó de ellos con antelación, anotando que no se observó cambio de objetos.

Afirma que en el carco con Rodríguez Reyes el agente Lamus, cambia su versión al sostener en esta ocasión de manera similar al teniente que cuando llegaron ya estaban reunidas las tres personas y que al retirarse la mujer los otros dos se dirigieron a la esquina del parque infantil donde se operó la captura; pero al ser precisado por el instructor nuevamente vuelve a su primitiva versión, es decir que cuando ellos aparecieron todavía no se habían reunido los procesados.

En esta diligencia igualmente afirmó haber participado en la captura de dos personas también por estupefacientes y que en ese sitio se encontraba Carlos García, viendo un partido de fútbol por televisión.

Destaca cómo el agente al interrogar al sindicado Rodríguez le dice que cómo es posible que le hubiera pasado una bolsa cuando él en ningún momento lo perdió de vista, para después contestar a otro interrogante del instructor respondiendo que él no sabía la razón por la cual se llevaron a García, de quien dice tenía informaciones de que era consumidor.

Dice que el testimonio de Tulio Ascanio Avila y Reynaldo Edgar Marín Botero es evidentemente favorable a Rodríguez Reyes a quien pretenden ubicar como un obrero del campo. Destaca que los están sindicando del delito de hurto.

En la indagatoria de Devia Rodríguez quien fue capturado cuando compraba diez gramos de basuco dice que en el sitio de su captura estaba un señor a quien le dicen Toto y que fue precisamente éste quien le presentó a la señora que vendía el basuco, pero que esta prueba no puede tenerse como demostrativa de que García es traficante, sino que indica la inclinación del procesado a consumir estupefacientes, situación corroborada por el propio Devia, quien sostiene que ambos son viciosos.

En relación con la prueba indiciaria destaca cómo el encuentro de los 106 gramos de basuco no ha sido atribuido por nadie a tenencia por parte de García, ni que hubiera entregado o recibido nada de Rodríguez Reyes.

En relación con la llamada anónima dice que ésta sólo se produjo momentos antes de la captura y que en tales condiciones es posible que el informante hubiera visto en las cercanías a García y por ello lo hubiera involucrado.

Que la conversación con quien tenía la droga puede ser explicada por su condición de vicioso que le ha sido atribuida y que explica el intercambio de palabras por quienes están unidos por este vicio, pero es evidente que nadie le imputa estar en posesión de sustancia prohibida.

Que la incriminación que le hace Rodríguez Reyes de ser vicioso y haberle ofrecido dinero y ayuda es inverosímil, porque el hecho de haberle entregado la bolsa a un desconocido no es aceptable y sobre todo que en el momento de la captura admitió que la droga era de él; y que la presencia de García en la casa donde se expendía basuco se explica por su situación de adicto.

Destaca los errores de hecho protuberantes existentes en autos en relación con la prueba testimonial al sostener que el *ad quem* creyó más al testimonio de una de las cuatro personas que participaron en el operativo, el testimonio del teniente, quien sostiene contra lo manifestado por los otros, que dentro del restaurante ya estaban reunidos los procesados, mientras que el encuentro según sus subalternos se produjo luego de salir del restaurante.

Sostiene que las diversas pruebas que señalan a García como presente en casa donde se expendía droga ha sido tergiversada, porque mientras todos dicen que estaba viendo un partido de televisión, el Tribunal acepta la afirmación del Fiscal en el sentido de que su presencia es indicativo de una persona que se inicia en el vicio.

Afirma igualmente cómo no fue tenido en cuenta lo sostenido en el careo por el agente Lamus Pardo cuando asegura que Rodríguez Reyes se responsabilizó de ser el dueño de la droga, y el no haber insistido en que le fue entregada por la otra persona. Que la adicción del procesado está demostrada por la aseveración de Devia y del agente Lamus, pero que en ninguna parte de la providencia se dice porqué se desecha esta prueba.

En relación con la prueba indiciaria afirma que el encuentro de la sustancia prohibida en poder de Rodríguez, el error del fallador consiste en hacer una generalización cuando no existen elementos probatorios que así lo permitan, además que considera igualmente como un error tomar como cierta la versión insular del teniente, cuando a ésta se oponen las de los agentes.

En relación con la llamada telefónica que advirtió a la policía sobre la transacción ilícita no tiene efecto probatorio para vincularlo como negociante, porque el hecho de que en ella se lo vinculase a dicha transacción no es suficiente para aceptar que efectuó la negociación denunciada.

En cuanto a la imputación que le hace el otro procesado dice que el error del Tribunal consiste en no haber tenido en cuenta las contradicciones en que incurre.

En relación con la presencia de García en la casa donde se expendía droga, sostiene que el error de la providencia es manifiesto puesto que hace la afirmación de iniciados en el vicio, pero que ese día el procesado se dedicaba sólo a ver televisión.

Sobre la incidencia del error en el fallo acusado y en relación con la prueba testimonial dice que si el Tribunal en lugar de haber atendido al testimonio insular del teniente Santana, hubiera aceptado las responsables afirmaciones de sus tres subalternos, habría concluido que García se encontró con Rodríguez en el parque y no en el restaurante y que en estas condiciones no ha podido ser la persona que le entregó a Rodríguez la droga decomisada.

Que si el Tribunal hubiera tenido en cuenta que la llamada delatoria se produjo sólo instantes antes de la captura, habría reconocido que el denunciante lo hizo cuando ya había visto a García y que por tanto esta afirmación es equívoca en cuanto al hecho futuro que se daría posteriormente.

Sostiene el recurrente que en ninguna parte existen pruebas de que García haya iniciado a alguien en el vicio y que sí hay pruebas de que es consumidor de la droga. Que si en lugar de atender a la mentirosa versión del otro procesado hubiera creído la del agente que lo capturó hubiera concluido que el procesado efectivamente nada tenía que ver con la sustancia decomisada.

En relación con la prueba indiciaria sostiene que el Tribunal de no haber extendido el hecho del decomiso de la sustancia a quien nada tenía que ver con ella, puesto que nadie observó intercambio de objetos, otra hubiera sido la conclusión a que hubiera llegado la segunda instancia.

Finalmente solicita casar la sentencia y dictar el correspondiente fallo absolutorio.

El concepto del Procurador Delegado:

Considera el Colaborador Fiscal que a pesar de que la enunciación del cargo ubica el ataque dentro del error de hecho, impula al "sentenciador falsos juicios de convicción, con lo cual plantea el problema dentro del marco del error de derecho".

Sostiene que los falladores sí tuvieron en cuenta la existencia de una llamada anónima, que lo que se informó por la misma fue un resultado exacto y que de tal hecho el Tribunal había deducido acertadamente que el encuentro entre las personas mencionadas en la llamada telefónica no era casual y que incluso el casacionista no desconoce la existencia del hecho indicador.

Que igualmente el hecho de haber sido retenido en un expendio de basuco, así ese día hubiera estado viendo televisión, lo cierto es

que por el testimonio de Héctor Julio López se supo que con antelación había sido llevado allí por García para la adquisición de droga.

Sostiene que el casacionista no ataca el hecho indicador de la presencia de García en esa casa, sino la inferencia lógica extraída por el Tribunal y con ello "indiscutiblemente está planteando un error de derecho del sentenciador".

Que es cierto por el testimonio del policía Lamus que Rodríguez no negó la tenencia de la sustancia, pero que el Tribunal no dedujo responsabilidad del mero hecho de haber sido capturado en compañía de quien sí tenía la droga, sino de toda una serie de elementos probatorios, tal información anónima recibida, el hecho de la entrevista con Rodríguez y el de haber sido sorprendido días antes en un expendio de basuco, constituyen en concepto del Procurador, cúmulo de hechos unívocos, relacionados entre sí y que por tanto el Tribunal no podía llegar a conclusión distinta a la que llegó en la realidad.

Que el censor no comparte la deducción del Tribunal, pero que no desconoce los hechos indicadores y en tales circunstancias ubica la censura dentro del ámbito del error de derecho por falsos juicios de convicción.

Que no es cierto que el Tribunal hubiese desconocido la adicción de García, que por el contrario ello le permitió deducir que su encuentro con Rodríguez Reyes no había sido casual o imprevisto.

Afirma que la deducción a que llega el casacionista no es de recibo cuando dice que el informante anónimo vio a García en el parque y le atribuyó anticipadamente designios criminosos y que ello no es así puesto que está demostrado por el testimonio del teniente Santana que cuando la policía llegó al restaurante ya estaban allí los procesados y una mujer, como se le había informado previamente por la llamada telefónica.

Termina el Fiscal asoverando que "si constituye grave dislate atacar en casación una sentencia, achacándole errores de hecho en el sentenciador y al desarrollar el cargo, trasladar el debate al campo del error de derecho; más protuberante resulta el yerro del casacionista cuando predica falsos juicios de convicción frente a la prueba testimonial e indiciaria, ya que por sabido se calla, que semejantes elementos de convicción no estaban sujetos a tarifa probatoria alguna".

Termina solicitando que no se case el fallo impugnado.

Consideraciones de la Sala:

Debe primeramente destacar la Sala que no comparte las apreciaciones planteadas por el Fiscal de la Corporación en cuanto afirma que pese a que el enunciado del cargo es por la existencia de un error sustancial de hecho, plantea el impugnador falsos juicios de convicción, con lo cual ubica el cargo dentro de un error de derecho, y no se comparte dicho criterio porque si se entiende la existencia del error de derecho cuando la apreciación jurídica que se hace de los medios probatorios es contraria a las normas reguladoras de esta actividad

y para el caso que importa que es objeto de estudio, cuando a la prueba se le niega, de modo absoluto el valor que la ley le asigna o cuando a la prueba se le da un valor, mayor o menor, del que la ley le otorga, presentándose en tales casos falso juicio de convicción cuando en la evaluación jurídica de la prueba se le atribuye al medio un valor que no le corresponde conforme a la norma o cuando se le niega ese valor.

El casacionista es consciente del ataque que formula porque en la iniciación de la demanda sostiene "...por violación indirecta de la ley sustancial, determinada por error de hecho manifiesto en los autos, al fijar equivocadamente el alcance y el sentido que dentro del proceso tienen las pruebas consagradas en los artículos 229, 231 y 236 del Código de Procedimiento Penal, *pues si bien es cierto que se trata de medios probatorios sujetos al sistema de la persuación racional, es igualmente que en la providencia impugnada se dedujeron hechos y circunstancias contrarios a los indicados por tales medios probatorios, siendo manifiesta la oposición entre lo que las pruebas indican por sí mismas y las conclusiones a las que llegan los falladores de instancia...*" (el subrayado es de la Sala).

Lo anterior indica que no ataca los testimonios y los indicios por el camino del error de derecho en cuanto a su valoración probatoria, que serían inatacables por esta vía excepto en cuanto a los problemas de legalidad de su formación o su aducción.

Y no puede el casacionista en este caso estar reflexionando sobre la base de la existencia de un error de derecho porque los medios probatorios que censura son de aquellos que, como el testimonio, no tienen señalado por el legislador un determinado valor probatorio y por tanto no pueden ser atacados dentro de los lineamientos del error de derecho.

Considera la Sala que el ataque está bien formulado desde el punto de vista de la técnica sin que por ello se esté anticipadamente reconociendo que la censura vaya a prosperar; porque si por error de hecho debe entenderse la discrepancia existente entre los hechos judicialmente reconocidos en el fallo y los que se establecieron probatoriamente en la investigación, se ha de concluir que éste se presenta cuando se ignora o desconoce la existencia de la prueba (inexistencia por omisión); o cuando se tergiversa su alcance o expresión fáctica (deformación real); o cuando se supone o imagina una prueba que no existe (existencia por ficción); dándose entonces dentro del error de hecho y para este caso concreto en las pretensiones del demandante, es la existencia de un falso juicio de identidad porque considera que se tergiversó el contenido del hecho señalado en la prueba, o lo encuentra conforme con el de una norma que no lo contempla.

Disiente la Sala del criterio de su fiscal porque al aceptar el impugnante el hecho indicador, para mostrar su desacuerdo con la inferencia lógica que pregona el Tribunal, no convierte el error de hecho en el de derecho.

Sostiene el casacionista que a pesar de que los medios probatorios por los cuales se constituye el error de hecho son de aquellos que

responden en su interpretación a la persuasión racional, concluye que equivocadamente en la sentencia se dedujeron hechos y circunstancias contrarios a los indicados por estos medios probatorios, apareciendo manifiesta la contradicción entre lo que las pruebas indican por sí mismas y las conclusiones a que llega la instancia y arrima a las anteriores conclusiones afirmando que por ejemplo en el informe policivo se sostiene que fueron capturados cuando se dedicaban al negocio del basuco y luego de haberles encontrado veintiséis mil pesos ($ 26.000.oo), producto del negocio de ciento seis (106) gramos de la sustancia prohibida y recrimina el casacionista que no existe ninguna prueba que demuestre la veracidad de tales asertos, puesto que a García Chávez no se le encontró nada y ninguno de los testigos sostiene haber observado intercambio de objetos.

Es cierto como lo sostiene el casacionista que tanto el dinero, como la sustancia prohibida le fue encontrada al otro procesado y también lo es que los testigos no mencionan haber presenciado el intercambio de objetos entre las personas que fueron capturadas y sometidas a proceso, pero es que las conclusiones a que llega la instancia no surgen sólo de la existencia de pruebas directas, sino que la decisión de responsabilidad deriva de pruebas indirectas que combinadas con las anteriores dan lugar para llegar a un conocimiento razonable de la verdad histórica de los hechos para deducir la responsabilidad penal de los procesados, porque si es cierto como ya se reconoció lo que afirma el recurrente, también lo es que por la información que recibió la policía se sabía que se iba a realizar una negociación de estupefacientes por parte de García Chávez y por ello fue que la patrulla policial se hizo presente en el lugar de los acontecimientos, y si a lo anterior se agrega, que al acompañante de García se le encontraron ciento seis (106) gramos de sustancia prohibida y que además García antes había visto el sitio donde se expende este tipo de sustancia y que el propio recurrente lo reconoce como consumidor; de la misma manera que su compañero de captura quien afirma que fue García quien lo llevó donde la señora que expendía el estupefaciente, reconociendo que ambos son viciosos. No son ilógicas las consecuencias a que llega la instancia para deducirle responsabilidad penal así no se le hubiere encontrado nada en su poder o así los testigos no hubiesen advertido la existencia de un intercambio de objetos entre los capturados.

De las pretensiones del demandante parecería que en el fallo impugnado se hicieran afirmaciones contrarias a las que dicen las propias pruebas y ello no es así, porque por ejemplo en la sentencia de primera instancia se sostiene:

> "De ninguna manera acepta el juzgado los razonamientos del señor defensor, si tenemos en cuenta que si bien es cierto que a Carlos Antonio García Chávez no le fue hallada en su poder ninguna cantidad de sustancia estupefaciente, las demás pruebas del proceso en forma elocuentísima resaltan con carácteres mayúsculos su vinculación con el individuo que portaba la droga. Entonces la llamada anónima que se puede atribuir a una venganza o lo que se quiera, donde lo señalaban en forma inequívoca como una de las partes que iba a realizar una transacción sobre estupefacientes

en el parque infantil y a la hora exacta por el llamado anónimo a la policía comporta tal grado de causalidad que no se necesita de especular para concluir la íntima relación, la total dependencia en el propósito de estas dos personas y predicar la responsabilidad que hoy se le imputa. Aludimos a los testimonios de los agentes de la policía como absolutamente imparciales y tal circunstancia en este momento reviste suma trascendencia puesto que catalogados como estrictamente veraces en lo que concierne a que son concordantes en puntualizar que a Carlos Antonio García Chávez no le fue encontrada ninguna droga en su poder, que en ningún momento entre los dos procesados hubo entrega de paquetes de uno a otro;..."

Y en el fallo de segunda instancia refiriéndose a la situación de García se afirmó que había varios indicios que lo vinculan al proceso.

"En primer lugar el que se hubiera dado su nombre como referencia acerca de la ilícita operación que iría a efectuarse a esa hora, indicación que coincidió con su estadía en el sitio. En segundo lugar aparecer en conversación con quien tenía el nocivo estimulante. En tercer lugar el testimonio del correo, quien sostuvo que había sido un intermediario inocente porque el dueño de la cocaína era su socio de conversación, anotando además las ofertas que afirma le hizo para que asumiera la responsabilidad del reato, adelantándole dinero y ofreciéndole una suma mayor, lo que encuentra algún asidero de los compañeros de celda citados por Maximino. En cuarto lugar, que según testimonios traídos del proceso que se siguiera a Carlos Devia Rodríguez por similar punible, aparezca García como persona que inicia en el vicio y que se hallaba en la casa en donde era expendido cuando se llevó a cabo la captura de aquel sumariado. Concluye de lo anterior el Fiscal Cuarto que García a pesar de contar con un empleo fijo, estaba aplicado a la comercialización del basuco y que la flagrancia que se predica de Rodríguez se extiende a él en cuanto si bien el hombre de la bicicleta apareció portando la droga, su verdadero propietario era el de la motocicleta.

" 'Se trata ciertamente de hechos indicios graves concurrentes y convergentes cuya realidad aparece demostrada por testimonios que merecen credibilidad y además por la acusación que le hace quien llevaba consigo el estimulante, de haber sido el *suministrador*. Para infirmar esta acusación se ha argüido que la contradicen el oficial y agentes que tomaron parte en la operación, quienes aparecen contestes en que no vieron que a sus ojos se hubiera efectuado la entrega. Pero no debe pasarse por alto que el oficial que dirigía la pesquisa sostuvo plurales veces que inicialmente cuando llegó al restaurante ya estaba en el lugar el grupo formado por García, Rodríguez y una mujer, y nada impide pensar que la entrega del basuco se produjera antes de que ellos hicieran su aparición. El teniente Santana Calderón explicó por lo demás la razón de las contradicciones anotadas entre su relato y el de sus hombres, como consecuencia de circunstancias de ubicación y actuación que no les permitieron captar los desarrollos de la minuciosidad con que él pudo hacerlo. Entonces la acusación

de Rodríguez no está confutada y unida a los indicios permite el residenciamiento del alzado a título de vendedor del estupefaciente' ".

Reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia han insistido que la prueba no puede interpretarse o apreciarse insularmente, sino que por el contrario, luego del análisis de cada prueba debe ser el conjunto de todas ellas el que lleve a una determinada conclusión. Sería perfectamente impertinente la pretensión del recurrente al considerar que como al señor García no se le encontró nada, ni los testigos hablan de intercambio de objetos, tuvieran que descartarse los hechos que surgen de las otras pruebas, analizadas con anterioridad y que de manera apenas lógica, llevan razonablemente a las conclusiones a que llega la instancia, sin que por ello se pueda afirmar la existencia de un error de hecho manifiesto en los autos.

Sostener el recurrente que esas pruebas lo único que demuestran es que el procesado es un vicioso, es desconocer una realidad criminológica y existencial, puesto que necesariamente todos los adictos deben proveerse de la sustancia ilícita y por ello deben negociarla y en la gran mayoría de los casos para poder mantener su vicio, que es sabido de todos es excesivamente costoso, se dedican al expendio del mismo, para con sus propias ganancias poder mantener su adicción. En las condiciones anteriores es para la Sala evidente que las pruebas indirectas, aunadas con las pruebas directas, nos indican lógica y jurídica la conclusión de responsabilidad a que llega la instancia.

Las consideraciones que hace el recurrente en cuanto al testimonio del coacusado Rodríguez Reyes, en el sentido de que la persona que fue capturada con él, fue la que pasó el paquete, y le propuso que se hiciera cargo del caso, que él velaría por su familia, son realmente consecuencia de la personal interpretación que le da el censor a la prueba y es evidente que en el recurso extraordinario de casación no podría oponerse la personal interpretación de la prueba, a la que ha hecho el juzgador, porque para que la causal alegada pueda ser reconocida debe existir un error manifiesto en los autos y la diversa apreciación de una prueba corresponde al criterio personal o al interés del intérprete y es evidente que en tales condiciones no puede pretenderse se case la sentencia porque la calificación de la prueba por parte del recurrente es diversa a la plasmada en la sentencia de instancia.

También es una personal interpretación del recurrente la que hace cuando sostiene que la presencia de su representado ha sido tergiversada al ser encontrado en una casa que era un expendio de estupefacientes, puesto que como lo afirma sólo estaba viendo un partido de fútbol por televisión; y es una personal interpretación, discrepante de la que hizo la instancia, porque es evidente que una persona que no tiene vínculos con el comercio y utilización de los estupefacientes difícilmente buscaría una de dichas casas para irse a ver televisión y lo lógico es que precisamente entre los de determinado gremio o grupos sociales, se intensifiquen las relaciones interpersonales y nadie ha desconocido que efectivamente haya estado viendo la televisión, pero igualmente nadie podría desconocer que estaba allí por los vínculos de amistad o de carácter comercial que lo unían con los habitantes de tal residencia. Es una simple posición interpretativa que bajo ninguna

perspectiva puede dar lugar a que se pretenda casar la sentencia por la existencia de errores de hecho manifiestos en los autos.

Considera que se incurrió igualmente en error de hecho al no tenerse en cuenta la afirmación que hizo el agente Lamus Pardo cuando sostiene que Rodríguez Reyes se responsabilizó de ser el dueño de la droga, pero que en la providencia no se dice porqué no se tiene en cuenta dicha prueba.

Es cierto como lo afirma el recurrente que en ese careo el testigo que participó en la captura dijo que Rodríguez Reyes se había responsabilizado de la tenencia de la droga sin comprometer a nadie más; pero debe recordarse en ese caso o frente a este medio probatorio, que mientras en los otros ataques se estaba frente a un falso juicio de identidad por deformación real de la prueba por considerar el recurrente que se había tergiversado su alcance o expresión fáctica, en el caso últimamente analizado se está en presencia de un falso juicio de existencia, por desconocerse el hecho, por ignorar la existencia procesal de la prueba, presentándose entonces una situación probatoria de omisión del juzgador en su apreciación; y evidentemente falta a la técnica cuando al presentar un único cargo considera que se trata de "error de hecho manifiesto en los autos, al fijar equivocadamente el alcance y el sentido que dentro del proceso tienen las pruebas consagradas en los artículos 229, 231 y 236 del..." porque en el caso concreto que se analiza no puede tratarse de un falso juicio de identidad como equivocadamente se plantea sino de un falso juicio de existencia y en este aspecto incurre en protuberante contradicción, porque si ignoró la existencia de la prueba no puede haber fijado equivocadamente su alcance, invocándose las dos afirmaciones dentro del mismo texto de la demanda, e incurriéndose en este aparte del cargo en alegaciones antinómicas, porque una cosa no puede ser y no ser simultáneamente y de esta manera se violenta el principio de no contradicción que gobierna la exigente técnica del recurso extraordinario.

Sostiene el impugnante que el error manifiesto en los autos aparece por haberse aceptado el testimonio del teniente Santana y no el de las responsivas afirmaciones de sus subalternos, pero olvida el recurrente que la sentencia impugnada no tiene como único sustento probatorio el testimonio del teniente antes referido, sino que conjuga los diversos testimonios que fueron aportados, además de las pruebas indiciarias surgidas contra los procesados; la realidad es que el impugnante finalmente termina por proponer su personal criterio de apreciación de las pruebas, oponiéndole al de la instancia y bien se sabe que la Corte de manera reiterada ha sostenido que la diversa forma de interpretación probatoria no puede constituir de por sí un error de hecho manifiesto en los autos y por tales circunstancias como no es advertible el error que pretende haber encontrado el recurrente se debe desechar la demanda, tal como lo solicitó el Procurador aunque por razones diversas.

No puede la Sala dejar pasar por alto la afirmación que se hace en la sentencia impugnada cuando se sostiene que "es una realidad que a Maximino Rodríguez Reyes se le halló la sustancia estupefaciente y que por lo mismo la situación de flagrancia en que incurrió releva de argumentaciones respecto de la tipicidad, antijuridicidad y

culpabilidad de su conducta", porque se trata de una afirmación de peligrosos alcances, y todavía más aun cuando es sostenida por un Tribunal de Distrito Judicial, porque su nefasto influjo podría ser de dañinas repercusiones en decisiones futuras, cuando los inferiores jerárquicos se vieron impulsados a seguir sin beneficio de inventario la jurisprudencia del Tribunal.

La exagerada frase transcrita, da la sensación a la Sala que para la instancia por la existencia de solo hecho de la flagrancia el capturado está condenado, puesto que se afirma que están relevados de hacer "argumentaciones respecto de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad", porque tal afirmación no se ha hecho jamás en la constitución y la ley, ni tampoco se ha sostenido tan singular tesis a ningún nivel jurisprudencial que se conozca, ni siquiera doctrinario. La aceptación de esta tesis llevaría a la aprobación de la responsabilidad objetiva que está proscrita de la legislación colombiana, incluida para los procesos administrativos donde se resuelven aspectos disciplinarios o en los contravencionales.

Constitucional y legalmente en relación con la flagrancia se crean excepciones vinculadas con los requisitos para poder capturar a un ciudadano o allanar un domicilio y en la nueva legislación procesal se consagra el procedimiento abreviado para este tipo de casos, pero sin que en ninguna de las normas antes mencionadas, se llegue a afirmar semejante impropiedad que colocaría a Colombia al margen de todas las convenciones continentales y universales en relación con el respeto de las garantías procesales destinadas a la preservación de los derechos humanos.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

La fundamentación del recurso de casación debe ser precisa y lógica, sin confusión ni equivocidad de ninguna especie, ya que justamente es el recurrente quien le marca y define a la Corte el camino a seguir, sin que sus yerros puedan ser corregidos ni sus deficiencias colmadas

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 74.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 11 de marzo del presente año, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, condenó al procesado *Josué Cubides Roa* a la pena principal de 16 años de prisión, y a las accesorias de rigor, por el delito de homicido.

Antecedentes:

Los hechos origen del proceso se encuentran relatados en la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

"Efectivamente, según las pruebas, el procesado (agente de la Policía Josué Cubides Roa) se encontraba en la cantina de José Eulises García, en esas llegó el occiso Edison Jaramillo acompañado de dos jóvenes y como se 'chanceaba' con José Eulises, le dijo 've marica dame dos cervezas', siendo este el motivo para que Cubides Roa se metiera con Edison Jaramillo, ya que en anteriores épocas había tenido un problema con él, entonces Josué Cubides saca su arma personal la cual no tenía amparada, le hace un primer tiro a Edison Jaramillo y luego le pega un segundo tiro en la sien izquierda, sin que el occiso tuviera la oportunidad de defenderse ya que se encontraba desarmado" (fl. 379).

Por esos hechos el procesado Josué Cubides Roa fue llamado a juicio en el Juzgado Octavo Superior de Cali mediante auto de 9 de diciembre de 1985, imputándosele el delito de homicidio con las agravantes previstas en los numerales 4º y 7º del artículo 324 del Código Penal, vale decir, por "motivo abyecto o fútil" y por el estado de indefensión de la víctima (fls. 239 y ss.).

Esa decisión no fue recurrida, la causa se adelantó normalmente, y al finalizar la audiencia pública los jueces de conciencia respondieron al veredicto, por unanimidad, "sí es responsable", y el Juez Octavo Superior, mediante sentencia de enero 18 del año en curso, acogió el fallo popular e impuso a Cubides Roa la pena principal de 16 años de prisión (fls. 370 y ss.); el defensor apeló y el Tribunal la confirmó, aclarando que no se configuraba la referida causal 7ª de agravación. Contra esta sentencia interpusieron recurso extraordinario de casación el procesado y su defensor.

La demanda, concepto de la Procuraduría y consideraciones de la Corte:

Tres cargos dirige el casacionista a la sentencia, todos con fundamento en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971).

Cargo primero:

1. Sostiene el actor que el sentenciador incurrió en nulidad constitucional, ya que al rechazar la rebaja de pena prevista en el artículo 301 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), desatendió el principio de favorabilidad contemplado en el artículo 26 de la Carta, y que el Tribunal carece de razón cuando afirma que en lugar de ayudar a la investigación, la confesión del procesado contribuyó a "entrabarla", pues al sostener su patrocinado que reaccionó porque le iban a hurtar su reloj, no hizo cosa distinta a "ejercitar su defensa".

2. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, afirma:

"Por manera que no puede sostenerse que el Tribunal haya violado el principio constitucional de favorabilidad, cuando en verdad, por fuera de esas consideraciones (tránsito de legislación) decidió no aplicar la norma en cuanto estimó que no se cumplía uno de sus presupuestos fundamentales, esto es, que la confesión sirva de fundamento a la sentencia condenatoria".

Y concluye entonces que "ninguna vinculación exhibe la negativa del Tribunal con el motivo de nulidad en que se apoya la demanda".

3. El cargo lo termina el actor del siguiente modo:

"Los razonamientos que tuvo en cuenta el honorable Tribunal para no encajar la conducta del procesado dentro de los lineamientos especiales del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal no significan verdades absolutas dentro de este proceso penal y le corresponde a la Corte hacer un nuevo análisis de la situación procesal para acomodarla a las exigencias del artículo 301".

Se refiere, pues, el demandante a aspectos de tipo probatorio y de ahí que le pida a la Corte que reanalice la situación procesal. Pero, además, al desenvolver el reproche afirma que por parte alguna el artículo 301 exige que la confesión sea simple (en lo cual está plena-

mente de acuerdo con la sentencia que impugna), y agrega que, de todos modos, esa confesión sí sirvió de fundamento del fallo.

Salta a la vista que ninguno de esos razonamientos puede, ni de lejos, sustentar una nulidad por desconocimiento de la favorabilidad, punto éste examinable si el Tribunal hubiera afirmado que el artículo 301 en cita no estaba vigente para la época de los hechos, o para cuando se dictó el auto de proceder, verbigracia, nada de lo cual ocurrió; y ello en verdad basta para rechazar el cargo. Empero no sobra señalar que los argumentos aducidos por el demandante incluso son contradictorios entre sí, pues los que atañen a aspectos de la prueba serían motivo de violación indirecta de la ley, en tanto que los que impugnan la interpretación del artículo 301, encajarían en la violación directa. Esta manera de razonar, de por sí excluyente cuando el ataque se lanza sobre un mismo objeto, refuerza el repudio de este cargo por falta ostensible de técnica.

Cargo segundo:

1. Afirma el censor que la sentencia violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, "que prescribe al fallador aplicar la ley más favorable a los intereses del procesado", ya que en este caso, en lugar de imponerle la pena del artículo 323 del Código Penal, se le condenó a la más grave del artículo 324 ibidem, *cuando no está demostrado que el justiciable Cubides Roa haya actuado por motivos "abyectos", que tampoco la sentencia precisa. Se refiere en seguida a que juzgado y Tribunal "desbordaron sus facultades de interpretación de la ley penal sustancial (ordinal 4º del artículo 324 del C. P.)", y agrega que "también podría atacarse la sentencia por error en la selección de la norma, es decir que el honorable Tribunal habría incurrido en manifiesto error al haber aplicado en la sentencia el ordinal 4º del artículo 324 del Código Penal, error que se refleja en la violación directa de la ley sustancial, censura que deberá formularse dentro de la órbita de la causal primera de casación".*

2. A ello replica la delegada que el actor controvierte "los soportes fácticos del fallo impugnado acudiendo a crítica esencialmente probatoria, posición que, tratándose de juicios rituados con intervención del jurado de conciencia, resulta inadmisible, como que una censura tal es típica de la violación indirecta de la ley", y añade:

"Pero lo que sí resulta extraño es que el libelista relacione los supuestos errores del sentenciador, al imputar las agravaciones señaladas, con el principio de favorabilidad. Pues bien tratándose de errores de aplicación de la ley o de apreciación de las pruebas, tales fenómenos tienen un enfoque distinto de la nulidad".

3. En este segundo cargo, la falta de técnica se ofrece más protuberante, porque, en lo que concierne a la misma protesta (aplicación del numeral 4º del artículo 324 C. P., el actor mezcla las causales de casación cuarta y primera; no obstante guardar cada una su marco propio e independiente), y dentro de esta última combina igualmente las violaciones directa e indirecta, pues expresamente habla de "desbordada interpretación" del artículo 324-4 y de "no plena demostración del mismo".

Olvida de nuevo el casacionista que el recurso de casación no es una instancia, que precisamente por ser él extraordinario, su fundamentación debe ser precisa y lógica, sin confusión ni equivocidad de ninguna especie, ya que justamente es el recurrente quien le marca y define a la Corte el camino a seguir, sin que sus yerros puedan ser corregidos ni sus deficiencias colmadas. De ahí que doctrina y jurisprudencia tengan dicho que la demanda de casación es un trabajo de lógica-jurídica: preciso, coherente, explícito, sin vacíos ni dudas, porque todo ello se traniste a la Corte, que se queda sin saber, qué fue lo que realmente pretendió el demandante, incertidumbre que, como se dijo, no puede entrar a despejar el juez de casación, porque, entre otras cosas, estaría procediendo oficiosamente, lo cual le está vedado, a no ser, ya se sabe, en eventos de nulidad manifiesta e insalvable, que en el caso sub exámine *no se presentan.*

El cargo no prospera.

Cargo tercero:

1. Dice el actor que se incurrió en la nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, porque en la sentencia se condenó a "José" Cubides Roa, no obstante que el nombre de su defendido es "Josué" Cubides Roa.

2. Responde la Procuraduría que el error que sanciona la ley es el que se comete "en el auto de proceder y no en la sentencia", y, además, que "lo que sí no ofrece duda es que la persona que fue llamada a juicio y finalmente condenada no era otra que Josué Cubides Roa, tanto que jamás se puso en entredicho su identificación e individualización".

3. Desde luego que tiene razón la delegada. Sólo conviene agregar que al consagrar dicho precepto como causal de nulidad, el error que se cometa sobre el nombre o el apellido del procesado, pretende sólo evitar o prevenir que se procese y llegue a condenar a una persona distinta de la que realmente cometió el hecho. "Esta norma, y así quedó demostrado, no se refiere al simple error en cuanto a nombres y apellidos del procesado, sino a una confusión de gran magnitud, que de allí derivada, lleva vacilación suficiente que coloque a la justicia ante la horrorosa posibilidad de condenar a un inocente", dijo al respecto la Sala en sentencias de septiembre 25 de 1979 y 26 de septiembre de 1983".

En este caso se llamó al procesado "José" únicamente en el primer numeral de la parte resolutiva del fallo de primer grado (en los restantes figura correcto) y en los "vistos" de la sentencia del Tribunal: todas las demás llamadas que a él se hacen aparecen con el nombre de "Josué". Finalmente, tanto no se dudaría de su identificación, de su verdadera identidad, que en los dos primeros cargos el casacionista admite su condena, sólo que pretende la disminución de la pena.

Tampoco prospera este cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA. PRUEBAS. Práctica

El derecho a la defensa no es una potestad absoluta de las partes que se vea lesionado ante cualquier actividad del director del proceso que tienda a limitar la actuación a los asuntos materia de investigación, sino que es una garantía de que se evacuarán las pruebas atinentes a los hechos investigados, pero sólo ellas

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 073 del 23 de noviembre de 1988.

Vistos:

Cumplido el trámite propio de la segunda instancia, resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que en derecho fuere pertinente en relación con el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la procesada *Constanza Borray Franco* contra el auto de fecha veinte (20) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988) por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá denegó la práctica de algunas pruebas solicitadas por el mismo.

Actuación procesal:

Hallándose la actuación en su fase sumarial, el defensor de la procesada solicitó al Tribunal Superior de Bogotá la realización de algunas pruebas tendientes —según su apreciación— al esclarecimiento de los hechos. La petición hace referencia a la ampliación de varios testimonios ya recogidos en la investigación, y a la realización de una diligencia de inspección judicial a un inmueble "para verificar si allí existen todavía los bienes muebles dejados en depósito o custodia, por mi defendida, en ejercicio de su función jurisdiccional, a cargo del señor Guillermo Pachón Peña y si éste tiene todavía tales bienes, en depósito o custodia, a nombre del juzgado".

Examinando la petición anterior, el Tribunal Superior de Bogotá consideró que los medios de prueba propuestos por el apoderado de la incriminada no tenían conducencia con los hechos materia del proceso, y así, se abstuvo de ordenar su práctica en auto del veinte (20) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988). Contra esta decisión, el defensor interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, siendo este último concedido en auto calendado el veintiocho (28) de junio del mismo año.

El sustento de la apelación:

En memorial presentado ante la Corporación de primera instancia, el defensor de la procesada insiste en la práctica de las pruebas solicitadas, argumentando en forma genérica su conducencia. Comienza su ataque a la decisión sosteniendo que el derecho a la defensa es de rango constitucional y por ello no puede ser conculcado "al negar las únicas pruebas que la injustamente sindicada ha pedido, por conducto de su apoderado", y critica el exagerado formalismo del Tribunal al exigir en la petición respectiva que se señale sucintamente el objeto de la prueba, de conformidad con lo previsto en el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil.

Señaló el recurrente que la procesada ha estado desprotegida frente al proceso penal, a la par que la parte civil ha tenido todas las garantías procesales para la defensa de sus intereses. Adicionalmente, sostiene que las ampliaciones de los testimonios solicitadas son pertinentes y conducentes "porque los testigos *pueden* tener hechos nuevos que agregar, situaciones que corregir, algo que aclarar, enmendar o modificar, pues quién controló su práctica de parte de la sindicada?" (subraya la Sala).

Continúa el memorialista con una extensa cita de una obra sobre *Teoría general de la prueba judicial*, para señalar que está prohibido al funcionario jurisdiccional aplicar su conocimiento privado sobre los hechos, para concluir insistiendo sobre la conducencia de la inspección judicial pedida en atención a que ésta es "esencial para demostrar que no hubo, no se realizó el alegado desalojo y que las escasas pertenencias del quejoso están allí, en depósito".

Concepto del Procurador Delegado:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal es del criterio que se debe confirmar la providencia apelada, puesto que los medios cuya práctica se solicitan son inconducentes para comprobar los hechos materia de la investigación, máxime si se tiene en cuenta que los testigos cuya deposición se solicita como ampliación fueron interrogados en forma detallada y precisa sobre el asunto materia de indagación en el proceso.

Consideraciones de la Sala:

No controvierte la Sala en modo alguno, que el derecho de defensa es una garantía de arraigo constitucional, y como previsión sustancial de la normatividad que es, debe tener aplicación en todo tipo de procesos y ante cualquier clase de persona sometida a juicio, como bien lo anota el recurrente.

No quiere decir lo anterior, sin embargo, que para permitir la concreción plena de ese sagrado derecho, el funcionario jurisdiccional deba acceder a ciegas a cualquier proposición de pruebas que le formulen las partes, so pena de menoscabar las garantías fundamentales del procesado, porque llegar a tal extremo, significaría entregar a los particulares una facultad omnímoda que haría interminable cualquier actuación procesal y supondría la renuncia, por parte del Es-

tado a controlar los procedimientos previamente establecidos por medio de normas de derecho público, en detrimento de los principios, no menos fundamentales, del debido proceso, de la economía procesal, y de la administración de justicia en forma oportuna y eficaz.

En efecto, el ejercicio del derecho a la defensa debe entenderse dentro de una precisa concepción en la que se dé a los sometidos a juicio todas las facultades inherentes a demostrar su inocencia o la existencia de causales justificativas, exculpantes o aminorantes de su responsabilidad, pero acorde con las previsiones de una administración de justicia oportuna y eficaz. Por ello, las regulaciones procesales establecen limitaciones a las facultades de los sujetos pasivos del procedimiento y en especial, referente a las pruebas en materia penal, el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal dispone: "Pruebas inconducentes. *Las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos que sean materia de investigación, no se admitirán", supeditando así la práctica de pruebas no al capricho de las partes o sus apoderados, o del mismo funcionario jurisdiccional, sino a la relación que tales medios puedan tener con los hechos concretos que son objeto del proceso penal.*

Así, pues, antes de ordenar la evacuación de las pruebas postuladas, es deber del juez examinar si éstas llevarán, por alguna vía, a la demostración de la verdad cuya reconstrucción se busca en el proceso, prohibiéndose la realización indiscriminada de pruebas que, así tengan alguna conexión con los hechos investigados, no servirán para comprobar las circunstancias de la acusación o de la inocencia o responsabilidad del incriminado.

Por otra vía, se llega a similar conclusión. El Código de Procedimiento Penal remite, en aquello que no está taxativamente regulado, a las disposiciones del ordenamiento procesal civil el cual en su artículo 178 contiene disposición semejante a la anteriormente transcrita, así: "Rechazo in limine. Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará *in limine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas" *(resalta la Sala). De esta forma, se reitera con carácter general, que solamente podrán ser tomadas como pruebas válidas, para efectos de su ordenación, aquellas que se refieran concretamente al asunto investigado, esto es, a los hechos que motivaron la actuación procesal, sin que sea posible la evacuación de medios de prueba que no apunten directamente a la verdad cuya investigación se busca a través del proceso.*

De igual forma, tanto en el procedimiento penal como en los demás ordenamientos rituales, se establecen principios rectores de las pruebas que regulan su postulación, su ordenación, su práctica y formalidades, imponiendo obvias restricciones a la indiscriminada facultad de los particulares, o sus apoderados, de postular medios de convicción que lejos de reflejar un derecho a la defensa, atentarían contra éste por la ilimitada duración del proceso y la introducción a él de asuntos que nada tienen que ver con los que motivaron la actuación procesal.

No es, entonces, como parece entenderlo el defensor, el derecho a la defensa una potestad absoluta de las partes que se vea lesionado ante cualquier actividad del director del proceso que tienda a limitar la actuación a los asuntos materia de investigación, sino que es una garantía de que se evacuarán las pruebas atinentes a los hechos investigados, pero sólo ellas. Ir más allá del asunto sometido a examen sería, por consiguiente, un desconocimiento del principio constitucional que impone una pronta y cumplida justicia.

Hechas estas consideraciones, preciso es entonces adentrarse en el punto concreto bajo estudio de la Sala. Sobre este aspecto, la negativa a ampliar las declaraciones de los testigos solicitados por el memorialistas, no constituye por sí sola una limitación a la garantía constitucional del derecho a la defensa que tiene la procesada. La Sala, por el contrario, comparte las consideraciones que sobre este punto realizó el Tribunal en la primera instancia, toda vez que las versiones solicitadas ya obran en autos, algunas de ellas ampliadas, como es el caso de los testimonios de Jorge Enrique Moreno Correal y Alirio León Guevara, y hasta el momento no se encuentra motivo alguno que imponga su aclaración o repetición.

En efecto, los testimonios fueron recogidos sobre la base de lo actuado, se interrogó a los testigos sobre los puntos a los cuales podría referirse su conocimiento de los hechos que se investigan, y no surgen de momento, contradicciones o nuevas pruebas que hagan aconsejable nuevamente el interrogatorio de los testigos. Es verdad que cuando a ellos se los interrogó no se encontraba presente la apoderada de la sindicada, es más ésta ni siquiera había designado defensor por no hallarse aún vinculada a la actuación procesal, mas esta sola circunstancia no es base suficiente para ordenar una nueva declaración de quienes ya cumplieron con su obligación dentro del proceso. Pretender, como parece que lo hace el defensor, que se deban repetir todas las pruebas en las cuales no participó el apoderado de una de las partes, sería atentar contra la estructura misma del proceso y lesionar los derechos de los interesados en las resultas de la actuación, a más de que se vulnerarían los intereses supremos del Estado manifestados a través de la regulación de los ritos de procedimiento que imponen determinadas condiciones a la evacuación de los medios probatorios.

De momento no existe, diverso del capricho del defensor, ninguna base suficiente para acceder a las pruebas testimoniales que éste solicita, porque si bien en sus escritos argumenta que los declarantes pueden aclarar, agregar o enmendar algunas cosas de sus versiones, esta sola probabilidad no puede tenerse como necesidad para ampliar el contenido de las probanzas. Cosa distinta sería si el peticionario tuviese temas nuevos que proponer al evacuar las diligencias, y que éstos fuesen conducentes al esclarecimiento de los hechos investigados, lo que supondría que a la petición se acompañase la descripción sucinta de los motivos que el propio apoderado tenga para elevar su solicitud, motivación ésta que permitiría al funcionario en primera instancia hacer un reexamen sobre la conducencia de la prueba y ordenar o no su práctica.

De momento, se repite, ninguna base acredita la necesidad de interrogar nuevamente a los testigos, y por ello las pruebas solicita-

das más que inconducentes se revelan superfluas, motivo éste que impone al funcionario su rechazo, de conformidad con las normas generales del Código de Procedimiento Civil, ya invocado en este auto y que ha de tener aplicación en este procedimiento en virtud del principio de remisión a las normas de aquella índole.

En consecuencia con lo anterior, por este aspecto, se confirmará la providencia apelada.

No es diferente tampoco la situación frente a la negativa de ordenar la práctica de una diligencia de inspección judicial al inmueble que antes fuera ocupado por el señor Jaime Cruz. En efecto, se está investigando en este sumario la conducta de la señora Juez Segundo Civil Municipal de Fusagasugá, consistente en el hecho de hacer entrega —en depósito provisional, según se afirma— de unas habitaciones que ocupaba el señor Cruz, al señor José Guillermo Pachón Peña, quien invocando su calidad de propietario del inmueble solicitó la práctica de una diligencia de inspección judicial y la entrega de las habitaciones cuya posesión tenía, con justo título, el aquí denunciante.

Dentro de este orden de ideas, se adelantaron algunas diligencias investigativas y a partir de ellas se ha podido acreditar que efectivamente la procesada realizó la inspección judicial y a continuación entregó el inmueble al peticionario de la prueba anticipada, despojando, por esta vía, al arrendador Cruz de la posesión que él tenía sobre las habitaciones. Así lo acredita fehacientemente la copia del acta correspondiente, la cual no ha sido hasta el momento atacada en ninguna forma en cuanto a su autenticidad, lo mismo que varias otras de las pruebas recogidas en el expediente.

De esta forma, ningún cargo ha surgido contra la incriminada que se relacione con el apoderamiento de bienes, o la inexistencia de la figura del depósito provisional que en forma tan *sui generis* se aplicó en el curso de la diligencia que se comenta, como que justamente la existencia de esta entrega es lo que da base a la incriminación del delito de abuso de autoridad, según la concepción mayoritaria de la Sala.

Relatados así los hechos materia de investigación, no se ve en modo alguno la conducencia de la prueba de inspección judicial solicitada por el defensor, porque al momento de su realización, ninguna otra comprobación podría hacerse —según lo insinuado por el memorialista— fuera de que el señor Pachón Peña conserva bajo su cuidado y a órdenes del despacho en que es titular la procesada, los bienes muebles que allí se encontraban cuando la funcionaria cometió el hecho imputado. Pero, esta circunstancia, ningún elemento nuevo presenta al proceso; el hecho ya consta en otras pruebas y es, además, inconducente para los efectos del sumario.

Por manera que también sobre este punto ha sido ajustada a derecho la decisión del Tribunal, y por ello la Sala le impartirá su aprobación.

Sin más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Confirmar la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS COMPETENCIA

Del mismo texto del Decreto 1667 de 1987 se desprende que en la concreción de las armas que deben tenerse como de uso privativo de las Fuerzas Armadas, opera en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 2003 de 1982

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 76.

Vistos:

El Juzgado Décimo de Instrución Criminal, el 12 de octubre del año en curso, remitió el presente proceso, por competencia, a los Juzgados de Orden Público —reparto—, por cuanto una de las armas decomisadas era un proveedor con 12 cartuchos, lo cual, según el Decreto 2003 de 1982 (modificatorio del 1663 de 1979), artículos 2., ordinal d) y 4º, ordinal a), la constituía de uso privativo de las Fuerzas Armadas. El proceso correspondió al Juzgado Séptimo, que el mismo día lo devolvió por cuanto "de conformidad con el artículo 2º del Decreto 1667 de 1987, el calibre de la pistola browning por ellos citado, no está incluido dentro de las armas de uso privativo de las Fuerzas Militares". El Juzgado 10 adelantó entonces algunas diligencias preliminares y el 19 de octubre del presente año, dicta auto cabeza de proceso y, en la misma fecha emite otro auto en el que amplía los argumento que en su sentir hacen que la competencia sea de la jurisdicción de orden público y ordena devolver las diligencias al Juzgado Séptimo, provocando colisión de competencia negativa. No se alude ahora a la fundamentación de su determinación como quiera que, lo importante de ella, aparecerá en la motivación de la Corte en orden a dirimir el conflicto.

El Juzgado Séptimo, cuando aceptó el conflicto, motivó su decisión así: "El Decreto 1667 de 1987 reguló lo concerniente a las armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, en el municipio de Medellín y en los que pertenecen a lo que se conoce como área metropolitana del Valle de Aburrá, "en forma especial, dada la difícil situación de orden público,... que incluso llevó a que se suspendieran los salvoconductos que para este tipo de armas se habían otorgado..." "...Consideramos que es ella la aplicable y no otra u otras, así estas

traten también sobre la materia regulada por aquella, basados en lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 153 de 1987 y 5º de la Ley 57 de 1987..."

"...el Decreto 1667 de 1987, en lo concerniente a Medellín y municipios circunvecinos del área metropolitana, sí contempló todas las situaciones a reprimir, sin que haya necesidad de remitirnos, como lo asegura el funcionario de instrucción criminal a los Decretos 1663 de 1979 y 2003 de 1982 y prueba de ello la encontramos haciendo un rápido cotejo entre el contenido de ambos y el primero, y que nos permite concluir que los textos coinciden, así se usen, como es obvio, diferentes redacciones..."

"...En nuestro concepto, mal pueden estarse aplicando en Medellín y el área metropolitana, dos normas que contienen similares disposiciones, muchas veces en detrimento de quienes son acusados de su violación, además de que se estima que la enumeración de las armas que según su calibre no pueden ser portadas sin permiso especial, es taxativa, y no tiene porqué tomarse o adicionarse con las contempladas en otros decretos anteriores y que se dictaron para todo el país, so pena de llevar a la ciudadanía al caos, al no saberse con precisión, qué armas precisan de algo más que el regular salvoconducto".

Breves consideraciones de la Sala:

Por Decreto 1663 de 1979 (julio 6), se expidió el Estatuto Nacional para el Control y Comercio de Armas, Municiones, Explosivos y sus Accesorios, el cual sigue vigente, así haya sufrido modificaciones de los Decretos 710 de 1980, 2760 de 1981 y 2003 de 1982.

Para el evento *sub examine* importan algunas de las modificaciones introducidas por el Decreto 2003, así:

Su artículo 2º, en lo pertinente, dispone: "El artículo 7º del Decreto número 1663 de 1979 quedará así: *Armas y municiones para defensa personal*. Se consideran armas de fuego de defensa personal las pistolas y revólveres que reúnan la *totalidad* de las siguientes características, así como las municiones que se empleen para las mismas:

"a) Calibre máximo: 9,652 milímetros (3.8 pulgadas);

"b) Longitud máxima del cañón: 16,24 centímetros (6 pulgadas);

"c) Funcionamiento: Por repetición o semiautomático;

"d) Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a *9 cartuchos*, a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplía a *10 cartuchos*;

"e) Energía en la boca de fuego (energía cinética), no mayor de 350 libras/pie..."

Y su artículo 4º ordena: "El artículo 9º del Decreto 1663 de 1979, quedará así: *Armas de uso privativo*. Se consideran armas de fuego y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, las siguientes:

"a) Las que *posean una o más características diferentes* a las enunciadas en los artículos 2º y 3º del presente Decreto.

"...e) *Los proyectiles blindados*, encaminados de punta hueca, encaminados de punta blanda, punta abierta expansiva, punta explosiva, incendiarios, envenenados y fabricados con aleaciones especiales para aumentar su poder destructor, o a los que se les modifique la composición química de la pólvora..."

Es del caso precisar que la razón de ser de la expedición del Decreto 2003 de 1982 fue la de que existían, en el Decreto 1663 de 1979, "vacíos técnicos en relación con la diferenciación que debe hacerse entre armas de defensa personal y armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, que es necesario llenar a fin de que se tenga uniformidad en los conceptos de quienes en una u otra forma deben dar aplicación a este Estatuto, especialmente para el evento de los juzgamientos por porte ilegal de armas de fuego", según se lee en su mismo texto.

El Decreto 1667 de 1987 (agosto 31), al que alude la Juez de Orden Público, dictó medidas conducentes al restablecimiento del orden público, en uso de las atribuciones consagradas en el artículo 121 de la Constitución Nacional, y, en lo pertinente, dispone:

"Artículo 1º Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, prohíbese a los particulares, el porte de armas de fuego de uso privativo de las Fuerza Militares, en la ciudad de Medellín y los municipios del área metropolitana del Valle de Aburrá y por lo tanto, se suspende la vigencia de salvoconductos expedidos para tal efecto, dentro del territorio de estos municipios".

"Artículo 2º Para los efectos del presente Decreto *y en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 2003 de 1982*, se consideran como armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, las siguientes:

"1. Armas cuyo calibre sea uno cualquiera de los que a continuación se relacionan: a) Calibre 5.56; b) Calibre 7.62 por 39; c) Calibre 7.62 por 51; d) Calibre 7.63 por 41; e) Calibre 30.06; f) Calibre 30 carabina; g) Calibre 9 milímetros; h) Calibre 45 de pulgada; i) Calibre 3.57".

"2. ...

"3. ...

"4. ...

"Artículo 5º El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y suspende las disposiciones que le sean *contrarias*".

Este Decreto fue declarado exequible, con ponencia del Magistrado Jesús María Vallejo, en octubre 22 de 1987.

2. *Es evidente, entonces, que, del mismo texto del Decreto 1667 de 1987 se desprende que, en la concreción de las armas que deben tenerse como de uso privativo de las Fuerzas Armadas, opera* "en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 2003 de 1982". *De ahí que sea manifiesto el ningún fundamento del criterio de la Juez de Orden Público, cuando*

sostiene que en el Municipio de Medellín y el Area Metropolitana del Valle de Aburrá, tal Decreto no tiene vigencia, como que es la misma ley la que, de manera expresa, está diciendo que sí rige. La remisión que hace, para solidificar su criterio, al artículo 5º de la Ley 57 de 1987 y 2º de la Ley 153 del mismo año, es inútil porque resulta patente que ellos no tienen aplicación al evento sub exámine.

El ejecutivo, en uso de las facultades consagradas en el artículo 121 de la Constitución Nacional, buscó, mediante la expedición del Decreto 1667, restablecer el orden público en la ciudad de Medellín y en los municipios que componen el Area Metropolitana del Valle de Aburrá, y fue así como prohibió, en tal zona, el porte de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares (art. 1), y suspendió la vigencia de salvoconductos expedidos para tal efecto, facultando al Comando del Ejército para extender nuevos salvoconductos especiales, previo el lleno de requisitos que allí se determinan (art. 3). El legislador de emergencia, en el artículo 2º, numeral 1º, luego de haber dicho, que para sus efectos, el Decreto obraba en concordancia con el 2003, precisó diferentes tipos de calibre, cualquiera de los cuales hace que el arma sea de uso privativo. Pero ello en manera alguna significa que esté reduciendo tales armas a las que tengan esos determinados calibres, dejando por fuera lo dispuesto en tal sentido por el Decreto 2003, que señala otras circunstancias que le imprime tal condición de privacidad de las Fuerzas Armadas a las armas de fuego. Esta es la interpretación que refulge de lo claramente dispuesto en ese artículo 2º. Otra interpretación, desde luego, que no tiene ningún sentido y va contra el diáfano texto legal. Es cierto, como lo señala la juez, que hay algunas disposiciones de uno y otro Decreto, que, en el fondo, están diciendo lo mismo, o sea que coinciden en su contenido; pero de ahí lo que puede colegirse es la falta de técnica legislativa del ejecutivo, pero jamás, como lo concluyó la funcionaria, la no vigencia en Medellín y en el Area Metropolitana del Valle de Aburrá del Decreto 2003.

En verdad que no se entiende el criterio de la juez, ya que reconoce que, dada esa difícil situación de orden público por la que atraviesa Medellín y su Area Metropolitana, *"sui géneris"*, como la denomina, fue por lo que se expidió el Decreto 1667, lo que comporta, en sana lógica, que se buscaba extremar las medidas que condujeran a su restablecimiento; empero, termina sosteniendo una tesis que conduce es a dejar por fuera del uso privativo de las Fuerzas Armadas, arma de indudable peligrosidad, para que, tenidas como de defensa personal, su porte fácilmente se difunda y, así, se haga mucho más difícil el cometido central del legislador de búsqueda de recuperación de la normalidad pública.

El asunto no podía ser más claro, sencillo: La pistola marca browning decomisada, ciertamente es de calibre 7.65, lo que hace que, por este aspecto, no pueda tenerse como de uso privativo de las Fuerzas Armadas, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 2 del Decreto 2003 y numeral 1º del artículo 2º del Decreto 1667. Pero como está demostrado que su proveedor es de *12 proyectiles y blindados*, estas dos circunstancias hacen que el arma deba considerarse como de uso privativo de tales fuerzas, como así se desprende

de lo ordenado por los artículos 2º y 4º del Decreto 2003, de innegable vigencia en el Municipio de Medellín y el Area Metropolitana del Valle de Aburrá. Para que un arma de fuego, dice la ley, sea considerada como de uso personal debe reunir la *totalidad* de determinadas características, entre las que está que la capacidad de su proveedor no sea superior a 9 cartuchos, a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplian a 10. Si el de autos es de *12*, es verdad de Perogrullo entonces que el arma cuyo proveedor tiene esa capacidad, mal puede ser para defensa personal. A su turno, si existe una disposición según la cual se considera arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, la que reúne una o más características diferentes a las que la hacen de uso personal, pues irremediablemente ha de arribarse a la conclusión que la de autos, que precisamente tiene ese detalles más, es de aquel otro carácter. Y, finalmente, si otra norma está diciendo que el arma que utiliza "*proyectiles blindados*, encaminados de punta hueca, encaminados de punta blanda,...", tiene aquella privacidad, y los decomisados tienen esta característica, es imposible afirmar que ella es para defensa personal.

Resulta cuando menos desconcertante que la Juez de Orden Público afirme que dos estatutos que, realmente, y por expresa disposición legal, se complementan, operan "en concordancia", no pueden tener aplicación en Medellín y el Area Metropolitana del Valle de Aburrá, porque ello conduciría al caos, y que para arribar a tal predicamento haya de afirmar que los decretos, al propio tiempo, contienen *similares* y *contrarios* disposiciones; esto último lo aseveró para poder colocar al artículo 2º de la Ley 153 de 1987, respaldando su tesis. En verdad que lo que sí es caótico es su modo de pensar, con desconocimiento tan profundo de elementales nociones de derecho, al menos por lo que se trasunta de los "fundamentos" de su determinación.

Otra cosa: Es cierto que el perito designado afirmó que el arma decomisada era para defensa personal; pero, nada impedía al juzgador para, motivando su criterio —como así efectivamente lo hizo—, apartarse de la experticia, más en un evento donde el problema es de simple confrontación de la ley (diáfana al respecto) con un hecho físico comprensible a simple vista, o sea que, en rigor, la prueba pericial sobraba, no ha debido siquiera disponerse.

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

Resuelve:

1. *Asignar* al Juzgado Séptimo de Orden Público de Medellín, la competencia para conocer del presente proceso.

2. *Envíese*, por la Secretaría de la Sala, copia de esta providencia, al Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de la misma ciudad, para lo de ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA

La legislación ordinaria fue modificada temporalmente, como se desprende del contenido de los Decretos 180, 121, 333 y 474 de 1988, que crearon unos tipos penales especiales denominados delitos de terrorismo y atribuyeron su conocimiento, investigación y fallo a los Jueces de Orden Público

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 070.

Vistos:

Debe dirimir la Corte, la colisión negativa de competencias, que se ha suscitado entre el Juzgado Segundo de Orden Público y el Noventa y Tres de Instrucción Criminal de Bogotá, dentro del sumario adelantado por los delitos de secuestro del Senador Alvaro Gómez Hurtado, homicidio en la persona de su escolta Juan de Dios Hidalgo y rebelión ocurridos en esta ciudad el 29 de mayo del presente año.

El Juez de Orden Público, inició la investigación, por hechos que pueden compendiarse así:

Cuando en las horas de la mañana del domingo 29 de mayo, el doctor Alvaro Gómez Hurtado conocido jefe político, senador y periodista, salía del templo luego de asistir a los oficios religiosos, fue secuestrado por un grupo de hombres armados, quienes para lograr su propósito dieron muerte al escolta del senador, agente del Departamento de Seguridad Juan de Dios Hidalgo.

Consumados estos delitos, que sembraron la zozobra y el terror en la población colombiana, los comandantes del movimiento rebelde M-19, reconocieron públicamente ser los autores de estos ilícitos comportamientos y en comunicado posterior exigieron por la liberación del político, la reunión de comisiones para iniciar diálogos por la paz.

Razones del conflicto:

El Juez de Orden Público, reconoce expresamente que "...los hechos investigados fueron violatorios del Estatuto para la Defensa de la Democracia (arts. 22 y 23 del Decreto 180 de 1988)". Sin embargo, pretende desprenderse de la competencia que dicho decreto le otorga,

alegando que los autores de estos hechos punibles son rebeldes y que de acuerdo al criterio del Tribunal de Orden Público, es el Juez Superior quien juzga el delito de rebelión y el llamado a conocer del proceso, por disponerlo así el Código de Procedimiento Penal.

El Juez 93 de Instrucción Criminal, considera totalmente equivocada la posición jurídica del Juez de Orden Público, al pretender subsumir dentro del delito de rebelión las demás conductas ilícitas y afirma la existencia de un concurso de hechos punibles cuya investigación y fallo corresponde a la Justicia de Orden Público, por tratarse de hechos que alteraron la paz y la tranquilidad pública y constituyen actos de terrorismo.

Consideraciones de la Corte:

Es indudable, que *en el caso de examen se encuentra el juzgador en presencia de un concurso material y heterogéneo de hechos punibles que lesionan diversos intereses jurídicos, unidos todos ellos por evidentes nexos de conexidad ideológica o teleológica y consecuencial.*

En primer lugar, los delincuentes, para poder realizar el secuestro de Alvaro Gómez Hurtado (relación de medio a fin), dieron muerte a su escolta, señor Juan de Dios Hidalgo, miembro de uno de los organismos de seguridad del Estado, del "DAS" y por tanto sujeto pasivo cualificado del delito de homicidio contemplado en el artículo 29 del Estatuto para la Defensa de la Democracia, modificado por el Decreto 261 de 1988.

Luego de producir la muerte del escolta los delincuentes se apoderaron del doctoro Alvaro Gómez Hurtado, Jefe político, Senador de la República y periodista, hecho que inobjetablemente tuvo profundas repercusiones en el ámbito de la paz, la tranquilidad y el orden público, quebrantándose así lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Estatuto Antiterrorista (Decreto 180 de 1988).

Los anteriores ilícitos son imputables a los integrantes del movimiento subversivo Diecinueve de Abril, que en diversos comunicados suscritos por su Comandante Adolfo León Gómez, aceptó la autoría de dichos comportamientos. Hace entonces aparición un delito inminentemente político pues los integrantes del M-19 son personas que mediante el empleo de las armas procuran el cambio de las instituciones y la desestabilización del sistema de gobierno imperante en la República para sustituirlo por otro más justo, de acuerdo a su modo de pensar y acorde con sus ideologías.

Las personas que integran estos grupos alzados en armas, quedan incursos por este solo hecho en el delito de rebelión que consagra el artículo 125 del Código Penal, que es un delito de peligro cuya consumación no se subordina al logro de su pretensión.

El delito político, por los móviles que lo inspiran, tiene ciertos privilegios en cuanto a la punibilidad, pues algunas conductas que independientemente consideradas son constitutivas de delito, pero íntimamente ligadas con el objeto del delito político quedan exentas de

pena, cuando son consumadas por rebeldes en el curso de un combate, siempre que no se aparten de las reglas que rigen la guerra entre naciones.

Por eso, textualmente el artículo 127 del Código Penal preceptúa:

"Artículo 127. Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a penas por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo..."

Tiénese entonces, de acuerdo al tenor literal del artículo transcrito y de su espíritu, que la rebelión y la sedición, subsumen y dejan exentos de pena aquellas conductas ilícitas que se realicen en combate franco y leal, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

Se desprende, contrario sensu, *que el sistema penal colombiano, sanciona todas aquellas conductas ilícitas realizadas por rebeldes por fuera de los parámetros señalados en la norma legal transcrita y que se juzgarán conjuntamente por el delito de rebelión. De ahí, que de acuerdo a nuestro ordenamiento legal, el rebelde, delincuente político, puede cometer además delitos comunes y delitos de terrorismo ligados incluso por un nexo causal con la rebelión o sedición, pero que no quedan subsumidos en el tipo político sino que constituyen una forma concursal de la conducta.*

En el caso sub exámine, *los rebeldes incursos por el solo hecho de serlo en el delito de rebelión, violaron además con su comportamiento normas que son constitutivas de delito en los Decretos 180 y 474 de 1988, y por ello de ese concurso heterogéneo de hechos punibles deben responder en un solo proceso.*

Juez competente:

Si bien es cierto que el Código de Procedimiento Penal enseña que el Juez Superior conocerá de los delitos de rebelión y de aquellos que les sean conexos, y dispone igualmente (art. 84) que si alguno de los delitos que se investiguen conjuntamente, debe investigarse con la intervención del jurado, es el juez competente el facultado para convocarlo, debe tenerse en cuenta, que esa legislación ordinaria fue modificada temporalmente, como se desprende del contenido de los Decretos 180, 181, 333 y 474 de 1988 que crearon con carácter transitorio unos tipos penales especiales comúnmente denominados delitos de terrorismo y atribuyeron su conocimiento, investigación y fallo a unos jueces instituidos para el efecto, conocidos como Jueces de Orden Público. A esos jueces, los decretos en mención les han atribuido el conocimiento de los delitos en ellos contemplados y de los que les sean conexos.

En providencia del dieciocho de octubre del presente año, la Corte señaló la competencia para conocer de los delitos contemplados en los Decretos 180 y 474 y los conexos con ellos a la denominada jurisdicción de Orden Público.

Dijo entonces la Corte, en conceptos que hoy se ratifican y prohíjan:

"En reciente ocasión tuvo la Sala oportunidad de precisar los alcances del denominado 'Estatuto para la Defensa de la Democracia', en lo relativo a la competencia del Tribunal de Orden Público y de los jueces pertenecientes a esa jurisdicción especial. En ese momento se sostuvo:

"1º La creación de la Jurisdicción Especial integrada por el Tribunal de Orden Público y los Jueces Especializados, obedece a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social.

"2º Por ello, el legislador extraordinario otorgó competencia a esta Jurisdicción Especial para conocer y fallar: a) De aquellos delitos específicamente terroristas, distinguibles por la finalidad o ingrediente subjetivo —realizado con fines terroristas—, lo cual *contrario sensu*, deja dentro de la competencia ordinaria los mismos hechos realizados con distinta finalidad (verbigracia, el homicidio con fines terroristas será competencia de la Jurisdicción Especial, al tiempo que el homicidio con fines pasionales será competencia del juez superior); b) De otros delitos sin consideración a la finalidad o motivo de la delincuencia, con lo cual tales hechos punibles quedan excluidos de la competencia de la justicia ordinaria.

"3º Con relación al primer grupo de hechos punibles, esto es, aquellos que sólo son de competencia de la Jurisdicción Especial en cuanto tengan finalidad terrorista, se precisa además que: 'En principio, su instrucción le corresponde a los Jueces de Orden Público y sólo, luego de que con la investigación se demostrare que las motivaciones del delito fueron diversas a las estrictamente terroristas, se podrá enviar el proceso para que sea conocido por los jueces de la competencia ordinaria'.

"4º Y que en caso del delito de homicidio con fines terroristas, cuando su conocimiento corresponde a la Jurisdicción Especial, se entiende, que el legislador extraordinario eliminó el mecanismo procesal del jurado de conciencia.

"5º Con relación al fenómeno de la conexidad, precisa la Corte su criterio de que la regla general de competencia para conocer de los delitos conexos, fue suspendida por el Estatuto para la Defensa de la Democracia, entendiéndose que prevalece la competencia de la Jurisdicción Especializada, sobre la ordinaria (art. 52 del Decreto 180 de 1988 y art. 2º, numeral 2º del Decreto 474 de 1988)".

En tratándose de un decreto legislativo, expedido por el Gobierno Nacional, con base en las facultades de excepción que le otorga el artículo 121 de la Constitución Nacional, es apenas lógico concluir, que el Decreto 180 tantas veces mencionado, suspendió de manera temporal la vigencia del último inciso del artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, en lo relacionado con los delitos de terrorismo y por cualquier otro delito que entre en conexidad con alguno de los que aparecen específicamente descritos en dicho decreto, estableciéndose que la competencia radica en los Juzgados de Orden Público.

Aplicando los anteriores conceptos, el juez competente para conocer de los delitos conexos de que aquí se trata, lo es el señor Juez Segundo de Orden Público quien seguirá conociendo del sumario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *dirime* el conflicto de competencias, atribuyendo el conocimiento del presente sumario por secuestro, homicidio y rebelión, al señor Juez Segundo de Orden Público a quien se le remitirá el expediante.

Copia de esta providencia, remítase al señor Juez 93 de Instrucción Criminal, para los fines a que haya lugar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

LEY PENAL EN EL TIEMPO. NARCOTRAFICO

Debe entenderse que no existió solución de continuidad entre los Decretos 468 y 1203 de 1988, y que este último recogió, para continuarlas, las disposiciones de aquél

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 76.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por los procesados *Silvio García Guarín* y *Jorge Antonio González Fuentes* contra la sentencia de 9 de marzo de 1988, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá) los condenó a la pena principal de 96 meses de prisión, y a las accesorias de rigor, por infracción a la Ley 30 de 1986.

Antecedentes:

Los hechos materia del proceso los resume así el Tribunal:

"Ocurrieron el día 3 de mayo de 1987, en el perímetro urbano de esta ciudad, en la carrera 12 entre calles 15 y 16, cuando agentes de la Policía solicitaron a los señores Silvio García Guarín y Jorge Antonio González Fuentes, una requisa a un costal que portaban, encontrando un dinamo que despertó sospecha, por lo cual fueron conducidos al cuartel de Policía de la ciudad. Al ser revisado el aparato, se encontró en su interior 8.352 gramos de cocaína base".

La investigación fue asumida por el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal Especializado radicado en Florencia, el cual dictó auto de detención contra los capturados, clausuró la investigación el 23 de julio de 1987, citó a audiencia pública, y con fecha 21 de octubre de 1987 profirió sentencia condenatoria, imponiéndole a cada uno de los mencionados justiciables, la pena de 96 meses de prisión, de conformidad con los artículos 33 y 38-3 de la Ley 30 de 1986 (fls. 60 y ss. -2), fallo que, apelado, fue confirmado mediante el que es objeto de recurso extraordinario, con la sola modificación de revocar la condena al pago de los perjuicios causados con la infracción (fls. 21 y ss. -4).

Las demandas:

1. La presentada a nombre de Jorge Antonio González Fuentes, contiene un solo cargo, apoyado en la causal tercera del artículo 226

del Código de Procedimiento Penal. Sostiene el actor que se configura la nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 305 *ibidem*, ya que el Juzgado Especializado no era el competente para conocer del proceso, sino el Penal del Circuito, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 30 de 1986, toda vez que el Decreto 468 de 11 de marzo de 1987, que le dio competencia a los Juzgados Especializados, fue derogado por el Código de Procedimiento Penal del mismo año (Decreto 050), que entró a regir el primero de julio, y porque el Decreto 1203 (que reprodujo el 468) únicamente es aplicable a los hechos cometidos a partir de su vigencia, es decir, del 1º de julio de 1987.

"Así las cosas —colige el censor— el 1203 no se puede aplicar a hechos ocurridos *antes* del 1º de julio de 1987 como los comprendidos en la sentencia acusada que ocurrieron en mayo de 1987".

Añade el demandante que por haberse aplicado un procedimiento equivocado, el previsto en el Capítulo 2º de la Ley 2ª de 1984, su acudido resultó desfavorecido, pues, "por mandato del Decreto 1203", se le negó la libertad provisional a la cual tenía derecho en el procedimiento ordinario.

Solicita, entonces, que se case la sentencia y se anule lo actuado a partir del cierre de la investigación.

2. La demanda de Silvio García Guarín se compone de tres cargos, todos con base en la causal de nulidad de artículo 226-3 ya mencionado.

a) Sostiene el casacionista que existe la nulidad legal por falta de competencia. Los argumentos que proporciona al efecto, son sustancialmente iguales a los expuestos por el otro demandante, insistiendo en que "hubo solución de continuidad" entre los Decretos 468 y 1203, lapso en el cual recobró vigencia la competencia dada en el artículo 43 de la Ley 30 de 1986;

b) Afirma que hubo violación al derecho de defensa (art. 26 de la C. N.), porque la diligencia de decomiso de la sustancia, se hizo sin presencia de los procesados ni del Ministerio Público, contrariando lo que al respecto dispone el artículo 78 de la Ley 30 de 1986. "Que el ciudadano no esté expuesto —alega— a que esa diligencia sea secreta ni a que se efectúe a sus espaldas, como también para que la actuación de la autoridad que interviene sea confiable, cristalina y eficiente. Que no se preste la diligencia a la posibilidad nefasta de cambiar una sustancia, buena por mala o viceversa, o que se altere su cantidad o peso o aún su calidad, etc.";

c) El tercer cargo lo plantea como "colorario" del primero y se encamina a sostener que la competencia equivocada, condujo al "desconocimiento del debido proceso", ya que se aplicaron disposiciones que restringieron las garantías del procesado, y concretamente la libertad provisional, a la cual habría tenido derecho por no haberse calificado el sumario dentro del término previsto en el numeral 3º del artículo 21 de la Ley 2ª de 1984, y señala que "los juzgadores de instancia al seleccionar las normas sobre procedimiento y actividad en forma equivocada, no sólo viciaron el proceso de nulidad, sino que, de contera, negaron un derecho de libertad".

Deprecа, en tales condiciones, la nulidad a partir del auto que dispuso la terminación del ciclo investigativo.

El Ministerio Público y consideraciones de la Corte:

1. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal acierta al examinar en conjunto el cargo único de la primera demanda y el primero de la segunda, "por guardar íntima relación en presentación", y el tercero también, ya que "su prosperidad depende de la suerte de los dos primeros".

Así, estima que "cuando el legislador previó que la entrada en vigor del nuevo Código de Procedimiento Penal derogaba el Decreto 468 de 1987, creó uno nuevo que lo reemplazó en su totalidad y por ello dictó el 1203, cuya vigencia comenzó al día siguiente al de la desaparición de su homólogo".

"Ello —agrega— evitó un vacío legal al continuar idéntico procedimiento, sin interrupción alguna. De no haberse procedido en dicha forma, es indudable que se hubiera presentado el problema planteado por los casacionistas, reviviéndose la Ley 30 de 1986, que hoy traen a cuento".

Si, pues, el Juez Especializado era el competente para conocer de este proceso, "tampoco es cierto que se hubieran violado las formas propias del juicio, ya que las utilizadas por el fallador eran las correspondientes al Decreto 468, como ya se vio".

Pues bien: La Sala observa que la sentencia impugnada ya había dado respuesta a esa pretensión en los siguientes términos:

"El artículo 46 de la Ley 30 de 1986, señaló la competencia para conocer de los delitos de tráfico de estupefacientes a los Jueces Promiscuos del Circuito y a los Jueces Penales del Circuito, pero en virtud del estado de sitio el Gobierno Nacional mediante Decreto 3671 de diciembre 19 de 1986, esa competencia le fue asignada a la Justicia Penal Militar y posteriormente con el Decreto 468 de 11 de marzo de 1987 se la atribuyó a los Jueces Especializados. Esta norma fue derogada por el Decreto 050 de 1987, el Código de Procedimiento Penal, pero recogida mediante el Decreto 1203 del 30 de junio de 1987, que empezó a regir el primero de julio de 1987".

Y añade:

"Esto indica la viabilidad de la aplicación del Decreto 468 porque no existió solución de continuidad entre uno y otro decreto, porque el primero rigió hasta el momento que entró en vigencia el segundo, es decir, el primero de julio del año próximo pasado y porque además por expreso mandato del último, las normas contenidas en el primero permanecen absolutamente vivas mientras no cese el estado de excepción" (fls. 23-4).

Tiene razón el sentenciador. En efecto: El artículo 1º del Decreto 468 de 11 de marzo de 1987, dispone:

"Mientras subsista el actual estado de sitio, el conocimiento de los delitos previstos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986, y conexos, será de competencia de los Jueces Especializados a que se refieren los Decretos 1806 y 468 de 1987".

Y el artículo 3º *ibidem*, dice:

"Las infracciones a que se refiere el artículo 1º de este Decreto, se tramitarán y fallarán por el procedimiento especial señalado en el Capítulo 2º de la Ley 2ª de 1984".

El hecho por el cual se condenó a los procesados González Fuentes y García Guarín (art. 33 de la Ley 30 de 1986), aparece cometido el 3 de mayo de 1987, es decir en vigencia del mencionado Decreto 468 de 1987. Aún no se había clausurado la investigación en el proceso, cuando el Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) derogó el 468, y el Código empezó a regir el 1º de julio de 1987; mas resulta que este mismo día 1º entró en vigencia el Decreto 1203 (de fecha junio 30), que reprodujo textualmente los cinco primeros artículos del 468, siendo el número 5 del tenor siguiente:

"Las disposiciones anteriores se aplicarán a los hechos que tengan lugar a partir de la vigencia de este Decreto".

Tomado literalmente ese precepto, los casacionistas tienen razón cuando afirman que el Decreto 1203 no puede ser aplicado a este proceso, porque los hechos *datan de 3 de mayo de 1987, o sea antes de que rigiera el Decreto 1203. Y también tendrían razón al aseverar que el proceso no podía continuar bajo el rito del 468, pues éste ya estaba derogado.*

Mas tal "razón" es sólo aparente, porque esa manera de interpretar la ley, por su mero y exclusivo aspecto formal o, mejor, literal, no es precisamente la correcta, pues hay que emplear al efecto una hermenéutica integral, sistemática y coherente, en consulta cardinal con los antecedentes de la normatividad respectiva, y, sobre todo, con la razón de ser de la misma, su "motivación" —para emplear la terminología jurídica—, la cual es del siguiente tenor para el citado Decreto 1203:

"(Considerando) Que el primero de julio entrará a regir el Decreto-ley 050 de 1987 por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Penal.

"Que el mencionado Código constituye legislación permanente y regula íntegramente la materia.

"Que en ejercicio del artículo 212 de la Constitución Nacional el Gobierno dictó el Decreto 468 de 11 de marzo de 1987.

"Que la Corte Suprema de Justicia al verificar el control automático de constitucionalidad lo encontró ajustado a los términos de la Carta Política de conformidad con sentencia de 30 de abril de 1987.

"Que las normas contenidas en el Decreto citado deben permanecer en vigor, dado que aún subsisten las circunstancias que motivaron su expedición" (se subraya).

Debe entenderse, entonces, en sana lógica jurídica, que no existió solución de continuidad entre los Decretos 468 y 1203, y que este último recogió, para continuarlas, *las disposiciones de aquél; es decir que los procesos que se estaban tramitando bajo el régimen del 468 continuaron* ipso iure, *bajo el régimen del 1203.*

Dijo a propósito la Sala en casación de 31 de mayo de 1988:

"Indudablemente se concluye, que no le asiste razón al censor, en cuanto no se observa el supuesto vacío legal en el cual sustenta su tesis, ya que la interpretación racional y lógica de las normas citadas indican, por el contrario, que fue voluntad del legislador extraordinario mantener la competencia de los Jueces Especializados en lo que respecta a los delitos a que se refiere la Ley 30 de 1980, lo mismo al procedimiento a que han estado sometidos, evitando con ello que la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal implicara cambio de competencia y de procedimiento, generándose con ello desorden para la justicia".

Hay que admitir, sí, en el orden de ideas indicado, que el copiado artículo 5º del Decreto 1203 quedó defectuosamente redactado, al disponer que esa normatividad se aplicara "a los hechos" cometidos a partir de su vigencia, pues, como ya se vió, se aplica también a los hechos cometidos bajo el imperio del Decreto 468, es decir, antes de su vigencia. Otra fórmula, pues, debió emplear el legislador extraordinario en la consagración de dicho aspecto.

De todas maneras, al ser idénticas *las disposiciones de uno y otro Decreto, no se vulneró el principio de "preexistencia" que consagra el artículo 26 de la Constitución: Ya arriba se precisó que el Decreto 1203 no hizo más que* prolongar *la vida del 468.*

Así las cosas, el Juzgado Especializado sí era el competente para conocer de este asunto, no dándose entonces la nulidad legal planteada por los dos casacionistas. "Corolario" de este aserto, es que no prospere tampoco el cargo tercero de la segunda demanda, ya que el procedimiento seguido fue el correcto, es decir el especial del Decreto 1203 de 1987, el cual dispone en su artículo 4º que "los procesados por los delitos indicados en el artículo 1º de este Decreto no tendrán derecho a la libertad provisional ni a la condena condicional". Es claro que tratándose de un estatuto especial, no puede alegarse, como lo hacen los censores, el principio de favorabilidad frente a otras normaciones especiales y/u ordinarias que prevean situaciones o derechos más permisivos para el procesado. De suerte que tampoco se violó el artículo 26 de la Carta el negársele la libertad a los procesados con fundamento en el mencionado Decreto 1203.

2. Por lo que dice al cargo segundo de la demanda presentada a nombre de García Guarín, la Delegada considera que no hubo violación al derecho de defensa, precisando al respecto:

"Para romper la leguleyada del censor, basta acudir al proceso. Lo primero que se ve de bulto es la actitud sospechosa de los aprehen-

didos y el informe preliminar de la policía sobre el polvo blanco hallado en el interior del dinamo. Resultaría creíble el transporte de talco en tan sofisticado empaque? Además, deben resaltarse las pobres disculpas de los indagados, quienes afirman que un desconocido les entregó el aparato para que los mandaran a arreglar, para luego cambiar la versión indicando que era una encomienda que debían entregar en un determinado lugar.

"Pero, además, contraría la lógica que los agentes, con el fin de perjudicar a los capturados, suministren 7.000 gramos de cocaína, cuyo valor en el mercado vale varios cientos de miles de pesos, alcaloide que después no iban a recuperar, ya que iba a ser destruido en la misma diligencia, como efectivamente sucedió".

El artículo 78 de la Ley 30 de 1986, cuya violación se esgrime, dice:

> "Cuando la policía judicial decomise marihuana, cocaína, morfina, heroína, o cualquier otra droga que produzca dependencia, realizará sobre ella inmediatamente la correspondiente identificación técnica; precisará su cantidad y peso; señalará nombre y demás datos personales de quienes aparecieren vinculados al hecho y describirá cualquier otra circunstancia útil a la investigación, de todo lo cual se dejará constancia en un acta suscrita por los funcionarios que hubieren intervenido en la diligencia y por la persona o personas en cuyo poder se hubiere encontrado la droga o sustancia. Cuando esta diligencia se realice en zona urbana, deberá ser presenciada por un Agente del Ministerio Público.
>
> "Excepcionalmente podrá hacerse la diligencia en las instalaciones de la entidad que hizo el decomiso, cuando las circunstancias de modo y lugar así lo aconsejen".

A folio 3 del primer cuaderno se aprecia "el acta de incautación de una sustancia al parecer coca por su color y olor", practicada el mismo día en que se decomisó la sustancia, en las instalaciones de la Sijín. Allí se lee que se procedió a abrir el dinamo "en presencia de sus propietario, encontrándose en su interior la cantidad de 7.000 gramos peso bruto de sustancia al parecer base de coca". Empero la diligencia no aparece firmada sino por los agente Arnulfo Duarte Vargas y Oscar Alonso Ayala, quienes conocieron del caso. Sobre los nombres mecanografiados de los aprehendidos García Guarín y Gonzáles Fuentes no aparece grafía alguna.

No obstante, los susodichos policías declararon en el proceso que los dos acusados estuvieron presentes cuando se sacó la sustancia del dinamo que se les había decomisado momentos antes, agregando no saber por qué no figuran suscribiendo también el acta, "porque eso ya son funciones que se deben llevar a cabo en las oficinas de la Sijín" (fl. 43).

Por su parte, los procesados aceptan que fueron conducidos al cuartel de la Policía y que no se opusieron a que el dinamo fuera revisado. "Doctor, cuando llegamos nosotros nos lo mostraron con ese tapón ahí levantado y vimos que venía algo ahí y nos sorprendi-

mos porque todo era o estábamos inocentes", dijo García Guarín (fl. 21), y González Fuentes declaró que "luego transcurrió un rato y dijeron que lo iban a revisar, y que más tarde volviéramos por él, cuando volvimos la sorpresa fue que apareció una cuestión blanca, un polvo blanco" (fl. 27).

Todo hace ver, pues, que los procesados sí estuvieron presentes en la diligencia referida. Pero en el evento de que no haya sido así, ese hecho, de por sí, ni tampoco la ausencia del Ministerio Público, pueden acarrear consecuencia de tanta trascendencia y alcance como la argüida por el demandante, ya que, aparte de los atinados razonamientos de la Delegada, tiénese probado que al día siguiente (4 de mayo) se realizó la diligencia de "inspección judicial, toma de muestras, pesaje, prueba de campo y destrucción de sustancia" (art. 79, Ley 30 cit.), en la cual estuvieron presentes los procesados, su apoderado y el representante del Ministerio Público (fl. 7), dejándose constancia de que "los elementos se encuentran tal y como fueron puestos a disposición del Juzgado", o sea tal como se los remitió la policía luego de realizar la diligencia de decomiso o incautación. Es entonces a todas luces ilógico, que la sustancia haya sido cambiada, como lo supone el actor.

Así fue abordado este aspecto por la Sala en casación de 23 de noviembre del año en curso:

"En cuanto a la observación relacionada con la no intervención del Ministerio Público en la diligencia de incautación, identificación y pesaje, aspecto que también fuera debatido ante el Tribunal y que éste respondió acertadamente, debe decirse, según lo ha reiterado la doctrina, que ella no constituye omisión que vicie total o parcialmente el proceso... La garantía comentada es factor importante pero no esencial y de su realización, que puede verse afectada por tantas y atendibles razones, no puede depender la validez de la investigación cumplida. No se ha comprobado que la ausencia de este funcionario diera lugar a una adulteración de tal diligencia o a dudar siquiera de su naturaleza y consecuencia. En contra de su bondad y conocidos resultados no está sino una falta de presencia de un funcionario llamado a concurrir con otros a tal diligencia, pero sin que no pueda éste dejar de asistir, so pena de impedir a los demás la realización de ella o dar al traste con su eficacia".

Es por demás bien conocido el principio de taxatividad de las nulidades, y no existe ninguna disposición que comporte tal sanción para el evento de que acusado y/o Ministerio Público no presencien la diligencia prevista en el mencionado artículo 78. Ahora, desde el punto de vista de violación de la Carta, en este caso no se ve por parte alguna que las objeciones que se le lanzan a la práctica de esa actuación de policía judicial, entrañen desconocimiento del derecho de defensa, como atrás quedó visto.

Este cargo tampoco prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

REBELION. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

El Decreto legislativo 2490 de 1988 asigna el conocimiento del delito de rebelión y los que le sean conexos a la jurisdicción especial de Orden Público

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobado Acta número 076.

Vistos:

Decide la Corte la colisión negativa de competencias surgida entre el Tribunal Superior de Manizales y el Tribunal Superior de Orden Público respecto al conocimiento del proceso adelantado contra *Miguel Angel Cañán Andica* y otros sindicados vinculados a movimiento subversivo, por el secuestro extorsivo y homicidio agravado de que fue víctima el ciudadano Hernán Londoño Londoño, dedicado a la actividad cafetera en hechos ocurridos en abril de 1988 en el departamento de Caldas.

Debidamente propuesta la colisión entre las corporaciones citadas y por corresponder a la Corte su definición por tratarse de controversia entre las jurisdicciones referidas, debe dictarse la resolución pertinente (Decreto 474 de 1988).

Hechos y antecedentes procesales:

En la mañana del 22 de abril de 1988, cuando visitaba el predio de su propiedad, ubicado en la vereda "La Libertad" (Risaralda), fue secuestrado el señor Hernán Londoño Londoño por individuos pertenecientes al movimiento subversivo que se denomina Ejército Popular de Liberación (E. P. L.), quienes venían realizando su seguimiento con tal nefando propósito, ocasión en la que también atentaron contra la libertad de otras personas y sustrajeron numerosos objetos pertenecientes al dueño de la hacienda y a quienes se encontraban en la misma. Poco tiempo después el señor Londoño Londoño recibió muerte en circunstancias de agravación, indefensión, en una casa ubicada en predio del corregimiento de San Lorenzo, Municipio de Riosucio (Caldas), donde fue conducido por los secuestradores, lográndose localizar el sitio en el cual había sido sepultado por pesquisas efectuadas por el Ejército Nacional.

Iniciada la investigación y adelantada ésta mediante las indagaciones necesarias, habiéndose recibido numerosas pruebas, interrogado a sindicados y decretado la detención de varios de estos, el Tribunal Superior de Manizales en auto de 19 de septiembre de 1988, al resolver recurso de apelación contra providencia del Juzgado Tercero de Instrucción de dicha ciudad, dispuso la libertad de dos de los detenidos y que pasara el asunto por competencia al Juzgado Especializado respectivo y promovió colisión negativa de competencias en caso de no aceptarse sus argumentos.

El Juzgado Especializado habiendo avocado el conocimiento, después de algunas actuaciones, concedió la apelación contra el auto que ordenó la detención de la mujer Luz Ariana Barrera García y envió las diligencias para los efectos correspondientes al Tribunal de Orden Público, el cual mediante auto de 15 de noviembre pasado (fls. 71 y ss. cdno. 4º) resolvió inhibirse de resolver el recurso y al aceptar la colisión negativa de competencias planteada por el Tribunal de Manizales, dispuso la remisión de la actuación a esta Corporación para la definición del caso.

Razones propuestas por los Tribunales en relación con la competencia:

El Tribunal de Manizales anota que en el numeral 2º del artículo 2º del Decreto 474 de marzo de 1988 se fijó la competencia de la jurisdicción de Orden Público, respecto al homicidio con fines terroristas y los conexos, entre estos la utilización de uniformes en lo que incurrió por lo menos uno de los integrantes del grupo de secuestradores, según testigos, también de la competencia de esta última autoridad.

Estima que la tesis de que corresponde a la justicia ordinaria el juzgamiento de comprometidos en rebelión "...puede ser acogible hasta cierto punto..." (arts. 125 y 127 Código Penal). Para que exista rebelión se requiere un grupo de personas que busca derrocar al Gobierno o modificar el régimen imperante, el delito de rebelión es juzgable por la jurisdicción ordinaria y se le aplica a los comprometidos una penalidad distinta a la señalada para el terrorismo. Estima que no son estas situaciones que se excluyan, pues, puede haber rebeldes terroristas, sin que estos últimos puedan recibir el tratamiento de mayor benignidad previsto para quienes persiguen un ideal político. Y se pregunta cuál es la situación de quien, sin existir confrontación armada, aprovechando o valiéndose de la indefensión de un ciudadano lo elimina violentamente?

El Decreto 474 de 1988 contempla el homicidio con fines terroristas y el terrorismo consiste en crear o producir zozobra o perturbar el orden público, que indudablemente se producen con actos como el investigado, sin que pueda considerarse un homicidio político la muerte violenta de un secuestrado cuando se hace imposible obtener el rescate exigido. Y por tanto sólo existían fines terroristas en este caso, habiéndose establecido la jurisdicción especial para situaciones como la examinada.

El Tribunal de Orden Público, por su parte, estima que se trata de un caso de rebelión, puesto que las pruebas existentes en autos demuestran que la actividad del grupo subversivo se dirige a derrocar al Gobierno Nacional. En cuanto al uso de uniforme, es únicamente una referencia vaga de un testigo (Artemo Herrera, fl. 29, cdno. 1º), afirmación que no permite concluir que se trate de "una verdad inconcusa" y que se trate de uniforme de uno de los cuerpos armados, ni es demostración material del ilícito. En cuanto a que se trata de secuestro extorsivo y no con fines terroristas alude a diferentes pruebas.

Cita a propósito varios declarantes (Martín Emilio Henao, Nelson de J. Alzate, Heli Galarza, fls. 31, 37, 509), sobre la exigencia de elevada suma de dinero. Respecto a las armas decomisadas a los subversivos, no se tiene comprobación pericial pero se apoya en jurisprudencia de esta Sala (octubre 18 de 1988), pues el uso o tenencia de armas se comprende dentro de los elementos del delito de rebelión, no siendo posible que la conducta pueda ser doblemente sancionada. Y que en cuanto al ilícito de tráfico de armas se compulsaron copias para investigación separada.

Estima también el Tribunal de Orden Público que el de Manizales se equivocó en su análisis en cuanto al homicidio con fines terroristas, pues este "debe corresponder a la valoración descriptiva" contenida en el Decreto 180 de 1988 (art. 29, 1º Decreto 261 de 1988, art. 1º), porque conforme a la norma se requiere un sujeto pasivo calificado para que se pueda afirmar tal ilícito, además de la finalidad, sin que se demuestre dicha calidad en la víctima o que con tal hecho se haya causado alarma o zozobra o terror en determinado sector del territorio nacional.

De conformidad con los Decretos 261 y 181 de 1988 (arts. 2º y 12), el homicidio con fines terroristas es el que tiene el elemento subjetivo y el sujeto pasivo relacionado en la norma. Y el artículo 2º indicado implica también que el secuestro extorsivo exige igualmente sujeto pasivo calificado, para que su conocimiento corresponda a la jurisdicción de orden público. Lo cual se encuentra corroborado por el artículo 2º del Decreto 261 de 1988.

Existe en este proceso concurso de rebelión, secuestro extorsivo y hurto calificado, que conforme a las normas sobre conexidad (art. 84, inciso 2º C. de P. P.) corresponde al juez superior y a la jurisdicción ordinaria, sin que pueda admitirse que por el estado de zozobra que vive el país, todos estos delitos sean de competencia de la jurisdicción especial.

Se considera:

Como ha quedado expresado, se investigan en este proceso los delitos de secuestro extorsivo y homicidio agravado de que fue víctima el señor Londoño Londoño, pudiendo también entenderse que deben ser objeto de verificación los delitos contra la propiedad en perjuicio de diferentes personas, entre estas el occiso y habitantes del inmueble indicado o que allí trabajaban y el uso de uniforme de cuerpos armados.

Además, se ha establecido en forma suficiente a través de las averiguaciones y pesquisas efectuadas, que tales hechos delictivos fueron cometidos por célula o integrantes del movimiento subversivo referido, dirigiéndose el inicial secuestro a obtener dineros para financiar sus actividades ilícitas.

Ha considerado el Tribunal de Manizales que si bien corresponde a la justicia ordinaria el juzgamiento de la rebelión, no pueden subsumirse en esta conducta hechos que implican terrorismo, dada su naturaleza y que por tanto no pueden ser comprendidos dentro del régimen previsto para aquel delito que implica un tratamiento más benigno, dadas las finalidades perseguidas por quienes incurren en dicho reato para desconocer las autoridades o el régimen constitucional existente.

En este caso, el homicidio se cometió en persona que no se encuentra dentro de las enumeradas en el artículo 2º del Decreto 434 de 1988 y no se perpetró en combate constituyendo, atendidas las circunstancias como se realizó, por la indefensión, hecho punible que pudiera tener calidad o calificarse de terrorista, pues se efectuó solamente ante la imposibilidad de obtener el rescate proyectado.

En la misma forma el secuestro, consumado con la finalidad de financiar el movimiento subversivo, es delito contemplado expresamente por el Estatuto de la Defensa de la Democracia (arts. 22 y 23), entre los delitos que atenta contra la libertad individual (capítulo 2º). Y que si bien guarda relación o conexión con el de rebelión, a la cual se dirigía a financiar en este caso, como se dijo, es conducta autónoma e independiente pero atribuido para su juzgamiento a los Jueces Especializados (art. 23, Decreto 474 de 1988).

Lo anterior determinaría que el conocimiento corresponda a la justicia ordinaria, ya que en cuanto al homicidio no se comprende exactamente dentro de los requisitos contemplados por el Decreto 180 de 1988 y normas concordantes y el secuestro, por no referirse a sujeto pasivo calificado, aunque previsto en el estatuto citado, se atribuye al Juez de Instrucción Especializado o sea a la justicia ordinaria.

Existe sin embargo, la conducta de uso de uniforme de cuerpos armados, que se insinúa y tiene apoyo en versiones obrantes en autos y que determinaría el conocimiento de la justicia especial, por estar expresamente prevista y dado el efecto de suspensión de las normas ordinarias (art. 84 C. de P. P.), que implica la legislación de emergencia y que contiene expresamente el estatuto referido (art. 52).

No obstante, aunque se prescindiera de las anteriores consideraciones, que resultan válidas y se estimara discutible lo antes expresado por entenderse que todas las otras conductas ilícitas se comprenden en la rebelión y que esta debe juzgarse conforme a las normas ordinarias procesales, a pesar de lo ya anotado en cuanto a su suspensión por las de Estado de sitio, en este momento existe una nueva circunstancia que viene a definir la controversia en forma radical en cuanto asigna el conocimiento a la jurisdicción especial de orden público.

Y es el haberse expedido en reciente fecha en ejercicio de las facultades que otorga al Ejecutivo el artículo 121 de la Constitución

Nacional, el Decreto legislativo 2490 de 30 de noviembre de este año, que dispone en su artículo 8º:

"Además de los delitos señalados en los Decretos legislativos 180 y 474 de 1988, la jurisdicción de orden público conocerá de los procesos que se adelanten por delitos contra la existencia y seguridad del Estado, rebelión sedición y los conexos con estos".

Esta norma, dado su carácter procesal, es de aplicación inmediata y en consecuencia tiene efecto en la investigación materia de la controversia. Si bien conforme al Decreto 474 de 1988, los Jueces Especializados y magistrados de la Sala Penal del Tribunal tramitarán hasta su terminación los asuntos que hubieren asumido el conocimiento conforme a la Ley 2ª de 1984, y decretos anteriores (art. 24), debe entenderse que esta norma también queda sin efecto, ante este nuevo precepto que implica la determinación de someter los delitos mencionados en el mismo a la jurisdicción especial de orden público en forma inmediata y sin restricción.

Así, aunque se aceptaran las razones alegadas con base en la conexidad con la rebelión para afirmar la competencia de la justicia ordinaria en vista de esta nueva disposición corresponde el conocimiento a la jurisdicción especial, modificándose en esta forma situación anterior que había dado lugar a numerosas controversias, con dificultad para la justicia y que tendía a limitar o reducir la efectividad de medidas adoptadas, precisamente para conjurar la grave perturbación del orden social existente, creada a través de os delitos que contempla el estatuto referido.

Conforme a lo anterior, el conocimiento corresponde a la jurisdicción especial de orden público, debiendo resolver el Tribunal de inmediato sobre la apelación pendiente, conforme a lo previsto en el artículo 100 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

Dirimir la colisión negativa de competencias planteada, en el sentido de atribuir el conocimiento a la jurisdicción de Orden Público. Se remitirá así el proceso al Tribunal respectivo, el cual resolverá de inmediato la apelación pendiente.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de Manizales para su información.

Notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

1º PROVIDENCIA

COLISION DE COMPETENCIA. CONGRESO

La condición de Senador o Representante implica una investidura y una actividad que trasciende los muros del Congreso y las reuniones reglamentarias del mismo. Actúa así dentro de las funciones propias de su cargo y, por lo tanto, goza del privilegio que le otorga el artículo 136 de la Constitución Nacional

2º COLISION DE COMPETENCIA. CONGRESO

La garantía de índole política (inviolabilidad) tan necesaria y vital para el cabal ejercicio de la función de control y fiscalización que debe realizar el parlamentario, la consagra el constituyente pero la aplica, cuando se trata de su incidencia en una conducta delictiva, la Rama Jurisdiccional

3º COLISION DE COMPETENCIA

En materia judicial sólo puede presentarse colisión de competencia entre personas o entidades que cumplan funciones jurisdiccionales en forma permanente u ocasional, y por razón de ellas

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

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada: Acta número 76 de diciembre 6 de 1988.

Vistos:

De plano procede la Corte a pronunciarse sobre el conflicto positivo de competencias surgido entre el Presidente del honorable Senado de la República y el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Bogotá, dentro del proceso seguido contra el doctor *Fabio Valencia Cossio.*

I. Hechos y actuación procesal:

1º Afirma el denunciante que, "en la Junta de Parlamentarios Conservadores, realizada en forma pública el dos de diciembre del

año en curso, el Representante Fabio Valencia Cossio, dentro de una serie de afirmaciones falsas lesivas de mi honor y el de mi familia, hizo la siguiente":

"...para demostrar paso a paso con documentos públicos, cómo se está abusando de los bienes del Estado, en favor de la familia del Secretario General don Germán Montoya Vélez. Atendiendo la solicitud del honorable Senador Sedano, y antes de iniciar con el tema del aprovechamiento indebido e ilegal e inmoral que se está haciendo de los bienes del Estado, quiero comentarles lo siguiente..."

"El denunciado me ha imputado falsamente delitos como peculado o tráfico de influencias y por lo tanto ha incurrido en los delitos de calumnia e injuria, previstos en los artículos 313 y 314 del Código Penal. Debe responder el sindicado por estos hechos criminales que atentan gravemente contra mi integridad moral. Se da además la circunstancia específica de agravación prevista en el artículo 62 del Código Penal".

"Debe demostrar en el proceso cuál ha sido el aprovechamiento ilegal que he hecho de los bienes del Estado".

"...el delito fue cometido de manera pública, con la presencia de distintas personas, entre ellas representantes de la prensa nacional. Aun cuando físicamente se produjo en las instalaciones del Congreso de la República, no se trataba de un caso de sesiones del Congreso, ni en comisiones, ni en plenaria. Simplemente se utilizó la edificación del Capitolio para efectuar una reunión política. Las afirmaciones allí lanzadas no quedan comprendidas por tanto dentro de la inviolabilidad consagrada por el artículo 160 de la Constitución Nacional".

2º La denuncia correspondió por reparto al Juzgado 26 Penal Municipal, funcionario que dispuso el cumplimiento de diligencias de indagación preliminar, el 12 de enero de 1988, verificadas las cuales ordenó la apertura del sumario (marzo 7 de 1988). Practicadas algunas pruebas, entre ellas la indagatoria del doctor Valencia Cossio, su defensor solicitó se le diera aplicación al artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, por "encontrarse frente a un hecho atípico", ya que todo cuanto hizo y dijo su representado "tiene el respaldo de su condición parlamentaria". El 10 de junio del año en curso, el juzgado se pronunció, accediendo a dar aplicación a la norma impetrada, por ser la conducta denunciada atípica. Contra tal determinación el apoderado de la parte civil interpuso como principal el recurso de reposición y de manera subsidiaria el de apelación. En esas, le llegó al Juez 26 la siguiente comunicación:

"En mi calidad de Presidente del Congreso y del Senado de la República, de manera atenta le solicito se sirva remitirme, por razón de competencia, el proceso y diligencias de la referencia (el presente) que cursa en su juzgado contra el mencionado Representante, con base en que los hechos sometidos a su despacho se cumplieron en ejercicio de su cargo de Representante. Considero en efecto que conforme a la Constitución Política de Colombia, la competencia privativa en tales circunstancias para su investigación y juzgamiento corresponde al Congreso de la República".

"Esta Presidencia ha estudiado detenidamente la solicitud que en tal sentido ha formulado el honorable Representante Fabio Valencia Cossio y especialmente el concepto del señor Procurador General de la Nación del 28 de diciembre de 1987 y considera":

"1º En nuestro Sistema Constitucional el Congresista ejerce sus funciones legislativas y de control en el seno del Congreso de la República, en otras entidades del Estado y en la organización interna de su partido, máxime si se tiene en cuenta la institucionalización de los partidos según la Ley 58 de 1985".

"Por lo tanto, vistos los informes, certificados y pruebas entregados a esta Presidencia, y constatándose personalmente que el honorable Representante hizo sus cargos en una Junta Parlamentaria reunida en un recinto del Congreso, es mi criterio que dicho Representante actuó, en ese caso, en cumplimiento de sus obligaciones de Congresista, dentro de la institucionalidad legislativa".

"2º Por otra parte la Constitución Nacional no limita la inviolabilidad a las sesiones de las Cámaras, sino que expresamente la extiende a los actos propios del ejercicio del cargo, como aparece en el texto adoptado en 1883, hoy vigente, que modificó la expresión 'opiniones y votos en el ejercicio de su cargo' ".

"3. El Congresista protegido en su libertad de expresión y en el ejercicio de sus atribuciones de control político y de gestión administrativa tiene un juez propio que define las aplicaciones y los alcances de su estatuto. En efecto, el propio artículo 106 que consagra la inviolabilidad parlamentaria, estatuye a renglón seguido":

"'En el uso de la palabra sólo serán responsables ante la Cámara a que pertenezcan'. Así, pues, la Cámara a que pertenezca ha de *sentenciar cuando el Congresista incurrió en una transgresión sancionable por sus directivas o cuando sus transgresores corresponden a la justicia ordinaria*. Lo contrario sería desconocer la autonomía del legislador y contralor político y hacer inocuas las garantías constitucionales de inmunidad e inviolabilidad parlamentarias, como dice el constitucionalista citado por los peticionarios".

"En consecuencia, la jurisdicción ordinaria carece de competencia para calificar unos hechos que, en su contenido, son el ejercicio de una atribución política de órgano legislativo".

"En caso de que mi solicitud no sea aceptada, le manifiesto desde ahora que planteo colisión de competencias en el negocio de la referencia, en virtud de que la inviolabilidad como fuero es irrenunciable".

El Juzgado se pronunció en julio 28 de 1988, negando la reposición, concediendo la apelación y aceptando la colisión positiva de competencias propuesta. Esta última determinación la fundamentó así:

"El trámite previsto en el artículo 106 de la Constitución Nacional para sancionar al Congresista infractor en el uso de la palabra, es claro para este despacho. Si bien es cierto que los miembros del Parlamento son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo, también lo es que la Constitución no prevé sanción sino para aquellos Congresistas que han hecho uso de la palabra dentro de las

sesiones de la respectiva Cámara o de una de sus comisiones. Valga la aclaración, en el sentido de que en el ejercicio del uso de la palabra se expresen opiniones que el competente considere sancionables".

"En el caso *sub exámine* se trata de opiniones expresadas por el Parlamentario doctor Fabio Valencia Cossio, en uso de la palabra, dentro de la sesión de una Junta de Parlamentarios Conservadores; luego, si pretendemos aplicarle el artículo de la Constitución, nos encontramos con la dificultad de que no sabemos quién sería el autorizado para llamarlo al orden y en caso de renuencia aplicar el trámite respectivo; si el Presidente de la Junta de Parlamentarios Conservadores o el Presidente de la Comisión Cuarta de la Cámara, de la cual hace parte el doctor Valencia Cossio; hipótesis esta última que no es posible porque la Comisión Cuarta Constitucional no se encontraba sesionando ni la Cámara ni el Congreso en pleno. Una cosa es la inviolabilidad, que este despacho jamás ha discutido y otra muy diferente es el trámite que el artículo 106 de la Constitución Nacional trae para impedir desmanes de los Congresistas en esa expresión de opiniones en el uso de la palabra, cuyo libérrimo ejercicio les está tutelado. De otro lado se continúa preguntando el despacho: ¿Qué falta habría cometido el Parlamentario acusado: La prevista en el reglamento que para las sesiones de sus Juntas Parlamentarias tiene adoptado el Partido Conservador?, el reglamento que para ese evento tiene previsto el Congreso de la República?; cuál sanción se aplicaría: La señalada por el Partido Conservador o la señalada por el Congreso?

"Consideramos que la competencia para juzgar la conducta denunciada radica en la Rama Jurisdiccional del Poder Público, específicamente recaída en este despacho por virtud del reparto porque los interrogantes planteados en el ordinal anterior reciben una respuesta negativa, a nuestro parecer el doctor Fabio Valencia Cossio habló como Parlamentario, pero no dentro de las circunstancias precisas y claramente señaladas en el artículo 106 de la Constitución; habló en el ejercicio de su cargo, pero en circunstancias que el Constituyente no contempla en la norma consagratoria de la inviolabilidad, y por tal razón quien lo investiga y juzga en esas precisas circunstancias claramente detalladas en el proceso, no es la Cámara de Representantes, a cuya Comisión Cuarta pertenece el acusado, sino que lo es este despacho judicial".

II. La colisión de competencias:

Competencia de la Corte para dirimirla:

1º En reciente determinación esta Corporación (septiembre 6 de 1988. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome), en evento que guarda estrecha similitud con el *sub exámine*, señaló lo siguiente, que ahora se reitera:

"Como el señor representante de la parte civil en el proceso penal, en memorial dirigido a esta Corporación afirma, que en el presente caso no existe colisión de competencias porque para que ella exista 'es menester que quién la propone positiva o negativamente sea juez'. 'Se es juez porque se administra justicia, se dice el derecho, función inherente, sólo exclusiva y excluyente a las personas o institutos que

por Constitución y la ley han sido encargados de tal misión'. 'La función de administrar justicia sólo radica en el juez, en términos absolutos y generales, de que trata el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, y excepcionalmente se otorga dicha función a las personas que la Constitución determina' ".

"No comparte la Corte los planteamientos del memorialista porque es indudable que la administración de justicia, también la ejercen algunos organismos y personas distintas a la Rama Jurisdiccional, como bien lo explica el mismo Representante de la parte civil cuando afirma la realización de esta actividad, excepcionalmente por personas diferentes que la Constitución y la ley determinan".

"Así, en reciente decisión esta Sala reconoció el carácter de jurisdicción especial que le cabe al Congreso de la República al afirmar que 'la Constitución establece unos juzgamientos para altos dignatarios del Estado (juicios de responsabilidad por mal desempeño de funciones, por indignidad o por mala conducta) artículo 68-7 Código de Procedimiento Penal, en donde exige la intervención del Congreso (art. 97, numerales 2 y 3 de la Constitución Nacional) bien para que haga el juzgamiento o para que simplemente permita hacer el que corresponde a la Corte Suprema de Justicia, *constituyendo una verdadera jurisdicción especial*' (Auto de 30 de agosto de 1988. Sala Penal)".

"Lo previsto en el artículo 106 de la Constitución Nacional, reafirma la existencia de esa jurisdicción especial, como expresión del derecho político, al establecer esta norma de inviolabilidad de los Senadores y Representante, su responsabilidad ante la Cámara a la que pertenezcan y la competencia privativa del Congreso para penarlos conforme a su reglamento".

"Si se negara la posibilidad de trabar el conflicto de competencias, se estaría haciendo nugatorio e inane el principio establecido en el artículo 106 de la Constitución Nacional, en cuanto le quitaría la posibilidad a las Cámaras de *pretender* el juzgamiento y sanción de sus miembros por las causas allí establecidas, como un reconocimiento al derecho político y convertiría su competencia en un fenómeno residual, dependiente de la justicia ordinaria, concretamente del juez ordinario de conocimiento, quien definía sin discusión alguna cuando el asunto es de su competencia y cuando lo envía a la Cámara respectiva. Ese no es, en criterio de la Corte el espíritu de la norma constitucional aludida, ni es tampoco el camino hermenéutico que permita un desarrollo adecuado de esa disposición constitucional".

"Reconociéndose entonces la jurisdicción especial que ejerce el Congreso de la República es pertinente declarar que está correctamente planteado el conflicto de competencias entre éste y la jurisdicción ordinaria y que le compete a la Corte Suprema de Justicia resolverla conforme al Código de Procedimiento Penal (68-6)".

III. La solución del conflicto:
Consideraciones de la Corte:

Con relación a este punto se sostuvo en la providencia transcrita:

"Para la solución del conflicto planteado deben hacerse algunas precisiones:

"1º El artículo 106 de la Constitución Nacional que a la letra dice: 'Los Senadores y Representantes son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo. En el uso de la palabra sólo serán responsables ante la Cámara a que pertenezcan; podrán ser llamados al orden por el que presida la sesión y penados conforme al reglamento por las faltas que cometan'. Debe entenderse dentro del marco del estado de derecho, como un desarrollo del principio de la autonomía y del equilibrio de las Ramas del Poder Público y constituye valioso instrumento en la definición de la democracia siendo en nuestros días uno de los más importantes derechos de la oposición y de las minorías políticas en el Congreso de la República".

"2º La actividad política democrática, que en términos generales se concibe en torno al poder, como posibilidad de dirigir el Estado bajo determinadas concepciones ideológicas y programáticas, o ser alternativa cierta para acceder a esa dirección, exige la presencia de mecanismos, que a manera de balanzas, controlen y regulen el ejercicio del poder para que no se torne absoluto y arbitrario en unos casos o caóticos en otros".

"3º En este orden de ideas, es que se concibe la actividad parlamentaria como expresión de las luchas políticas; allí tienen su escenario natural los diferentes grupos políticos, los que apoyan un Gobierno determinado y los que lo combaten y controlan; dentro de esa concepción se entiende entre otras la atribución que tienen las Cámaras de citar a los miembros del Gobierno para que expliquen sus actividades, de iniciar debates y cuestionar actuaciones en la más sana crítica purificadora".

"4º La vitalidad de un sistema político está íntimamente relacionada con estas prácticas democráticas que imponen el riguroso control del ejercicio del poder, la posibilidad de la denuncia oportuna de las malas prácticas y de los comportamientos viciosos. Es por ello propio de los sistemas democráticos la necesaria disponibilidad de los funcionarios para que como en una vitrina pública sean examinados por sus actuaciones permanentemente sin tapujos y sin contemplaciones".

"5º Es precisamente dentro de ese marco, donde se entiende el artículo 106 de la Constitución Nacional que le garantiza a los Senadores y Representantes el ejercicio de su actividad con libertad, sin temores al emitir sus votos u opiniones, sujetándose lógicamente al decoro y la decencia por cuya violación deberán responder ante su propia Cámara. Se trata de una prerrogativa, de un privilegio y de una facultad de los Parlamentarios, en el sentido de que no serán responsables por sus votos y opiniones en el ejercicio de su cargo y podrán decir cosas en ocasiones urticantes y molestas, sin responsabilidad, en el cumplimiento de sus actividades".

"6º Claro está que esa prerrogativa no es absoluta, está circunscrita a las opiones y votos de los Congresistas en el ejercicio de sus cargos; se ha sostenido en este caso y es ese el punto fundamental de la controversia entre las dos jurisdicciones, por una parte, que el ejercicio del cargo de los Congresistas está rigurosamente circunscrito a los debates oficiales y a las reuniones reglamentarias del Congreso, tesis que sostiene el juzgado y la parte civil, al tiempo que la presi-

dencia del honorable Senado afirma su opinión de que el ejercicio del cargo va más allá de la mera actividad reglamentaria del Congreso".

"Para la Sala, la cuestión debe resolverse por la tesis amplia, la condición de Senador o Representante implica una investidura y una actividad que trasciende los muros del Congreso y las reuniones reglamentarias del mismo. El Congresista en su actividad, en el ejercicio del cargo, participa en debates, reuniones políticas con miras a sus fines parlamentarios en los que no puede ni debe desprender de su alta investidura y sus opiniones en tales circunstancias son las de un Senador o Parlamentario que goza de privilegio que le otorga el artículo 106 de la Constitución Nacional".

"7º Pero el caso que hoy se resuelve es aún más claro, los hechos sucedieron en el ámbito de una clásica actividad parlamentaria, en una 'junta preparatoria' que en otros términos es la reunión de trabajo previa, propia de la dinámica de los partidos en su actividad parlamentaria. Allí se reunieron Congresistas en función de su labor y sería necio dudar de quienes en ello participaron cumplían funciones propias de su cargo".

Así las cosas, se tiene que la actividad desplegada por el Parlamentario doctor Fabio Valencia Cossio, el día miércoles 2 de diciembre de 1987, en cumplimiento de la junta parlamentaria del partido conservador, está dentro de las funciones propias de su cargo y por lo tanto corresponde al honorable Senado de la República decidir lo pertinente sobre su comportamiento.

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

Resuelve:

1º *Dirimir* la colisión de competencias surgida entre el honorable Senado de la República y el Juzgado 26 Penal Municipal de Bogotá, en el sentido de afirmar que es competente el primero de los nombrados para conocer de los hechos denunciados.

2º Comuníquese inmediatamente esta decisión al Juzgado 26 Penal Municipal de Bogotá para efectividad de lo resuelto por la Sala y envíese copia de esta providencia a la presidencia del honorable Senado de la República.

Cópiese, notifíquese y cumplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ

Proceso número 3189. Colisión de competencias. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome.

Primero debo manifestar lo que me identifica con la decisión tomada, esto es, que comparto la interpretación dada por la Sala del privilegio de la inviolabilidad, con las singularizaciones que se advierten en este y en anterior resolución (caso del Senador Jorge Sedano —septiembre 5 de 1988—). O sea que, la garantía consagrada en el artículo 106 de la Constitución Nacional, cobija sólo actividades íntima y substancialmente vinculadas al fuero parlamentario; no meros actos sociales o actividades de plaza pública o de privada tertulia o artículos periodísticos o polémicas personales. Pero si debiera alcanzar, por ejemplo, la actividad ejercida en una comisión a la cual asiste como Representante del Senado o de la Cámara, para no citar sino un ejemplo.

Evidentemente, la inviolabilidad de los votos y opiniones, consagrada por el artículo 106 de la Constitución Nacional, no puede circunscribirse a lo que al respecto ocurra en los debates de las comisiones y de las plenarias, sino que es necesario extender un poco el alcance y entidad de este concepto para lograr el amparo debido a la función de Senador y Representante. Obvio resulta, pues, incluir lo que acontece en las llamadas juntas de parlamentarios; pero es necesario destacar y exigir el cumplimiento de la función parlamentaria para no cobijar actos que el miembro del Congreso ejerza a título personal.

En cuanto a los disentimientos, brevemente los enuncio:

1º Creo que el Presidente del Congreso (Presidente del Senado) no es el llamado, en el caso de los Representantes a suscitar el conflicto de competencia, porque éste debe instaurarlo el Presidente de la Cámara, a quien en definitiva se le confía el consecuente poder disciplinario. El Presidente del Senado tiene otra muy precisa órbita de acción, que incluso destaca la Constitución, pero no puede llegar a absorber las facultades del Presidente de la Cámara de Representantes.

2º Resultó conveniente que la Sala hiciera un pronunciamiento sobre la noción exacta del principio de inviolabilidad, máxime cuando el juez del conocimiento tenía una muy distinta y equivocada idea del asunto. Pero esto, que ha sido necesario para dirimir, por vez primera,

esta clase de controversias, no da derecho a que la Sala, en cada ocasión, tenga que decir si la conducta del procesado encaja en un hecho delictuoso o no, pues este es un factor que compete a otros jueces.

3º Creo que todo funcionario, cualquiera sea su naturaleza, que se crea llamado a conocer de un asunto, en forma exclusiva, puede intentar el conflicto de la competencia y a que éste se defina. Los respectivos Presidente del Senado y de la Cámara, pueden sentirse vocados a conocer en forma exclusiva del principio de inviolabilidad, pero esta creencia, así sea equivocada o no logre el respaldo de quien debe definir el conflicto, no impide que éste surja. Precisamente porque hay dos funcionarios, uno de la órbita legislativa y otro de la judicial, que reclaman competencia para juzgar la conducta del incriminado, bien en el campo disciplinario, bien en la esfera penal, es por lo que surge el incidente y obliga su definición.

4º Cuando un comportamiento de un miembro del Senado o de la Cámara da lugar a una denuncia por calumnia o injuria, quien debe resolver lo que integra el delito o lo desintegra, es el juez, únicamente el juez. En este caso, no es el Senado o la Cámara, o la Corte los que determinan si hay o no inviolabilidad en el caso que se examina, sino el propio juez. Esto no impide que el Presidente del Senado, al mismo tiempo, ejerza el poder disciplinario que le da el artículo 106 de la Carta, con base en lo que de oficio o a solicitud suya le envíe el juez que conoce del asunto o conforme a los resultados de su propia investigación administrativa. Son dos potestades que simultáneamente pueden cumplirse y que tienen un efecto y ámbito muy propios. Lo que no puede aceptarse, se reitera, es que el Presidente del Senado o de la Cámara, sea quienes digan si hay o no inviolabilidad; y tampoco la Corte, porque ésta se atribuiría, en un incidente de competencias, la decisión definitiva, irreversible y total de la conducta del procesado.

La garantía de índole política (inviolabilidad) tan necesaria y vital para el cabal ejercicio de la función de control y fiscalización que debe realizar el parlamentario, la consagra el constituyente pero la aplica, cuando se trata de su incidencia en una conducta delictiva, la Rama Jurisdiccional.

Su consagración es un elemento extrapenal (como lo serían los aspectos de validez y existencia de un matrimonio, que asume el juez para definir la bigamia; o la posesión o dominio exclusivo o comunitario, para decidir una controversia en el campo de los delitos contra el patrimonio particular, etc.) que maneja el juez de acuerdo con las definiciones que al respecto de el legislador, el comentarista o la jurisprudencia. Pero es el juez quien determina si hay o no inviolabilidad, en un determinado caso de calumnia o injuria. Dejar esta atribución por fuera de un órgano independiente, neutral, imparcial, llamado a conocer de las infracciones penales, como lo es la judicatura, para ubicarla por ejemplo en el propio Parlamento, es dar lugar a que se desfigure e inutilice la institución, porque en un momento dado un Parlamentario que no forma parte de las mayorías del Congreso, o de la corriente política del Presidente del Senado o de la Cámara, y que se ha constituido en independiente voz de censura, puede ser

acallado negándosele la inviolabilidad de su opinión. O viceversa: Llegar a gozar de un inmerecido amparo por razones ajenas al aspecto jurídico de la cuestión.

Entiendo, pues, que cuando se trate de un conflicto de esta naturaleza, debe definirse en el sentido de afirmar la competencia del juez para conocer del asunto.

Gustavo Gómez Velásquez.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JAIME GIRALDO ANGEL

Radicación número 3138. Colisión de competencia. Fabio Valencia Cossio. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla.

Con todo respeto me permito disentir de la sentencia de mayoría, por las siguientes razones:

1. En términos generales, el ejercicio del poder soberano lo asigna la Constitución a los distintos órganos que integran el Estado, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, desdoblándolo así en las distintas funciones públicas: La de legislar al Congreso, la de administrar al Gobierno, la de administrar justicia a los jueces, y la de controlar a la Contraloría y la Procuraduría General de la Nación.

A su vez, la ley y el reglamento asignan las funciones de cada órgano entre las distintas entidades y cargos, determinando las competencias de cada uno de ellos. Por eso en el campo de la justicia se define la competencia como la distribución de la jurisdicción (función de administrar justicia) entre los distintos jueces. Pero también se habla de la competencia de las entidades que integran las Ramas Ejecutiva y Legislativa para el ejercicio de las funciones de administrar y legislar respectivamente, y de las competencias de los funcionarios que prestan sus servicios en ellas.

2. Las colisiones de competencia se pueden suscitar porque varios funcionarios crean estar facultados para cumplir una misma función, pero no podrá darse, por sustracción de materia, cuando un funcionario crea tener facultades para tomar decisiones sobre un asunto en el ejercicio de una función, y otro considere que está también facultado para actuar, pero en ejercicio de una diferente. Por ejemplo, cuando las autoridades policivas actúan para restablecer el *statu quo* en el ejercicio de un derecho, mientras que el juez decide la titularidad del mismo, o cuando las autoridades administrativas adelantan investigación disciplinaria por la comisión de una falta, que a la vez está siendo investigada como delito por las jurisdiccionales.

Por eso en materia judicial sólo puede presentarse colisión de competencia entre personas o entidades que cumplan funciones jurisdiccionales en forma permanente u ocasional, y por razón de ellas: El artículo 95 del Código de Procedimiento Penal dice que "hay colisión de competencias cuando dos o más jueces o tribunales consideran que a cada uno de ellos corresponde adelantar o conocer un proceso penal..."; el numeral 6º del artículo 68 del mismo estatuto dispone que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce "de los conflictos de competencia que se susciten entre funcionarios de la jurisdicción penal y los de una especial", y el artículo 217 de la

Carta asigna la competencia al Tribunal Disciplinario para dirimir los conflictos "que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa".

3. En el caso en estudio en que se trata de las afirmaciones hechas por un congresista en contra de una persona que se siente agraviada injustamente, la acción puede ser objeto de sanción penal o disciplinaria, según se haya realizado o no en ejercicio del cargo, siendo en cada caso diferente el funcionario competente para imponer la sanción respectiva, sin que se pueda suscitar colisión de competencias entre ellos por razón de que se refiere a un asunto tratado simultáneamente como fenómeno administrativo y como fenómeno jurisdiccional.

La Corte es, por tanto, incompetente para dirimir la presunta colisión que el señor Presidente del Senado le plantea, porque cada funcionario tiene la facultad de decidir sobre la acción desde su respectivo ámbito de ejercicio de la función que le es propia. Si el afectado con las actuaciones respectivas considera que el funcionario que está conociendo del asunto no es el competente, puede, en el campo jurisdiccional, solicitar la declaratoria de nulidad haciendo uso de los distintos recursos que le da la ley en el evento de que su petición no fuere acogida; y en el campo administrativo, demandar la nulidad de la decisión ante el Contencioso Administrativo.

Fecha *ut supra*.

Jaime Giraldo Angel.

PRUEBA. JUEZ. Atribuciones

Las facultades oficiosas del juez civil en la producción de la prueba no pueden equipararse a las amplísimas de los jueces penales, ni analizarse bajo la misma mentalidad

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

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 73 de noviembre 23 de 1988.

Vistos:

Por apelación interpuesta por el Agente Especial del Ministerio Público, la Sala Penal de la Corte Suprema decide sobre la legalidad de la providencia de 12 de septiembre de 1987, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá, dispuso el cese de procedimiento por los cargos que se le imputan al doctor *Edgar Carlos Sanabria Melo*, Juez Noveno Civil del Circuito de esta ciudad.

En edición del 3 de junio de 1983, el diario "El Espectador" informó que el acusado había condenado al Distrito Especial de Bogotá a pagar como indemnización a las sociedades "Chicó Oriental Nº 2 Ltda." y "Urbanización Las Sierras del Chicó Ltda." la suma de $ 250.000.000.oo, por la ocupación permanente de terrenos privados para trabajos de ampliación de la carrera 7ª entre calles 94 y 100.

Con fundamento en esta noticia, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, investigó disciplinariamente al juez Sanabria Melo ordenando el archivo de las diligencias por no encontrar mérito para solicitar sanción; no obstante, dispuso compulsar copias para que se investigara penalmente los hechos contenidos en los acápites 4º, 5º y 6º del pliego de cargos.

El 3 de octubre de 1984, el Tribunal se abstuvo de iniciar sumario al concluir que el doctor Sanabria Melo actuó de conformidad con la ley; el Agente Especial del Ministerio Público apeló del auto inhibitorio y esta Corporación, por decisión mayoritaria, el 30 de mayo de 1985, revocó la decisión impugnada y ordenó abrir investigación para aclarar "los motivos que tuvo el juez...para admitir sin objeción alguna todas las pretensiones de las sociedades demandantes a pesar de su evidente contrariedad a la ley y de la dolosa omisión del representante judicial de la entidad pública demandada".

Los cargos:

De acuerdo con los cargos de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, de las alegaciones del Agente Especial del Ministerio Público y de las consideraciones de la Corte en la precitada providencia, al acusado se le imputa no haber ejercido el poder inquisitivo de que estaba facultado para dirigir el proceso, permitiendo con su pasividad que la parte actora obtuviera fallo favorable a sus pretensiones en perjuicio del Distrito Especial de Bogotá.

Esta conducta se concreta en los siguientes actos irregulares:

a) No admitir la contestación de la demanda presentada por el apoderado del IDU;

b) Al inspeccionar el terreno materia del litigio, no haber fijado la cabida del predio ocupado;

c) Haber designado peritos incompetentes para fijar la cabida del terreno;

d) Tomar en la sentencia como fecha de ocupación del terreno la del 10 de diciembre de 1976 sin estar probado este hecho;

e) Rendido el dictamen pericial de avalúo con el precio del metro cuadrado del terreno para la fecha en que los peritos hicieron la estimación, 22 de noviembre de 1982, haber tasado intereses desde el 10 de diciembre de 1976 con el precio del peritaje, incrementando ilegalmente la suma fijada como indemnización;

f) No tener en cuenta que la zona afectada por la avenida séptima, debía ser cedida gratuitamente al Distrito por ser inferior al 7% del área del terreno;

g) No notificar al representante legal del IDU las distintas providencias dictadas en el proceso ordinario;

h) No consultar la sentencia con el Tribunal a pesar de ser el IDU un establecimiento público;

i) Aceptar el peritaje con el interés del 18% anual para la estimación de la indemnización cuando debía hacerse con el 6% por tratarse de un asunto civil y no comercial.

Fundamentos de la impugnación:

Impetra el impugnante la revocatoria de la decisión apelada.

Considera que el principio dispositivo en que se fundamenta la Ley Procesal Civil no autorizaba al doctor Sanabria Melo para que decidiera únicamente "con base en el material probatorio aportado por las partes".

La pasividad del funcionario al no ejercer la facultad inquisitiva para la práctica oficiosa de pruebas y en general, la falta de dirección del proceso, permitió que en la sentencia se tomara arbitrariamente

como fecha de ocupación del terreno el 10 de diciembre de 1976 y acoger el avalúo pericial que fijó la cuantía indemnizadora en perjuicio de la parte demandada.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita la confirmación de la providencia recurrida.

Analiza los principios probatorios que regulan el derecho civil y penal para colegir, que la oficiosidad es limitada en el campo privado.

Por esta razón los cargos que se le imputan al acusado no son violatorios de la ley penal, sino el resultado de la equivocada valoración que se ha hecho de las funciones del Juez Civil al exigírsele que actúe con las facultades del penal.

Consideraciones de la Corte:

1. *Facultades probatorias de los Jueces Civil y Penal. Es cierto que el Código de Procedimiento Civil vigente cambió el sistema de la normatividad anterior para la regulación de la prueba en el sentido de revestir al Juez Civil de algunas facultades para impulsar el proceso, o sea, que al sistema dispositivo se le incluyeron aspectos del inquisitivo.*

Esta modificación no significa la extinción del sistema dispositivo en esta clase de juicios ni la ilimitada aplicación del inquisitivo hasta el punto de equiparar las facultades del Juez Civil con las del Penal para la iniciación, determinación del contenido, objeto, impulsión y aportación de pruebas al proceso.

Las facultades oficiosas del Juez Civil en la producción de la prueba no pueden equipararse a las amplísimas de los jueces penales, ni analizarse bajo la misma mentalidad.

En efecto, si se compara detenidamente la normatividad penal con la civil, es menester concluir, que el juez penal debe practicar todas las investigaciones conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos de que tenga conocimiento como presuntamente delictivos, para lo cual "podrá practicar cualquier prueba" (art. 345); durante el proceso de ley le reconoce "amplias facultades y poderes para lograr el éxito de la investigación" (art. 355) y le impone el deber de investigar lo favorable y lo desfavorable para el procesado (art. 358).

En cambio tal amplitud no existe dentro del procedimiento civil, en este los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los casos que la ley expresamente exceptúa (arts. 2º, 659, ordinal 2º y 689); la carga de la prueba incumbe a las partes quienes deben probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177) y sólo limitadamente pueden ser decretadas de oficio.

El artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, faculta al juez para dirigir el proceso y velar por su rápida solución y para hacer efectiva la igualdad de las partes, en la materia concreta de decretar las

pruebas hay condicionamientos que no permiten equiparar sus facultades a las de los jueces penales.

Así este artículo en el numeral 4º, lo faculta "para emplear los poderes" en materia de pruebas "siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes". Y el artículo 179 del mismo Código, faculta al juez para decretar pruebas de oficio solamente "cuando las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes". *El juez civil no puede aportar por sí testigo al expediente, lo que sí puede hacer un juez penal, ya que es necesario que aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.*

La restricción a la facultad inquisitiva del juez civil no constituye una excepción estatuida exclusivamente para el decreto de pruebas, es un principio regulador de los poderes del juez que se desarrolla en la tramitación de todo el proceso.

Taxativo es el Código de Procedimiento Civil al establecer, que la oficiosidad no puede ser aplicada en cualquier estado del proceso ni en todos los casos; de conformidad con el artículo 180 las pruebas que se relacionen con "los hechos alegados por las partes" podrán decretarse de oficio exclusivamente en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar. Y en los artículos 219, 237, numeral 3º, 240, 244 y 389, numeral 1º, se faculta al juez civil para decretar pruebas de oficio, esto es, que el deber general del numeral 4º del artículo 37 lo regula la misma ley procesal para que no sea aplicado indiscriminadamente en todas las etapas y clases de procesos.

2. *El caso concreto: Aclaración previa.* En este caso es la absoluta inercia del apoderado judicial de IDU, doctor Manuel Mesa Núñez, de quien se sabe fue llamado a juicio por el Juzgado Treinta Penal del Circuito de Bogotá por el delito de infidelidad a los deberes profesionales, lo que ha constituido el fundamento para atribuirle al juez Sanabria Melo incumplimiento de sus deberes al no haber decretado pruebas de oficio, prácticamente, para suplir la real ausencia defensiva de la parte demandada.

La contradicción de este supuesto y la aplicación del marco jurídico expuesto en el acápite anterior, llevan a la Sala a concluir, que el funcionario no desconoció el concreto deber determinado en el numeral 4º del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil.

Si el abogado del IDU contestó extemporáneamente la demanda y no intervino en el juicio ni siquiera para recibir notificaciones, mal podría el juez suplir la omisión, pues si no presentó alegaciones la parte demandada, el acusado no podía decretar pruebas relacionadas con lo inexistente jurídicamente.

Hay pues, contradicción entre el hecho de que se llame a juicio al apoderado del IDU y se le impute al juez el no haber actuado respecto a *"los hechos alegados"* por este abogado, ya que el procesamiento contra el doctor Mesa Núñez, fue precisamente, por no actuar en el juicio seguido contra el IDU y como se analizó, el acusado sólo

podía decretar pruebas de oficio *"para verificar los hechos alegados por las partes"* como lo dispone el numeral 4º del artículo 37 y el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil.

Es que no debe olvidarse el principio fundamental, que mientras el derecho penal es de orden público, en el civil al fin y al cabo se definen cuestiones atinentes a intereses de los particulares y que por más que el IDU tenga vinculación oficial, en este caso se encontraba como parte en un proceso civil, donde le correspondía alegar y pedir pruebas a quien lo representase, para que el juez decretase las que estimase procedentes.

De ahí que el impugnante carezca de razón al exigir del juez imputado un ilimitado despliegue de facultades inquisitivas e inclusive desconociendo "el material aportado por las partes"; tal argumento carece de fundamento legal y es desconocedor de los principios probatorios que regulan el proceso civil.

3. *Oficiosidad probatoria: La fecha de la ocupación.* Se reprocha al doctor Sanabria Melo no haber decretado pruebas de oficio para establecer la verdad respecto a la fecha en que se inició la ocupación del terreno litigioso, tomando arbitrariamente la del 10 de diciembre de 1976, para proferir el fallo contra los intereses del Distrito Especial de Bogotá.

Analizada la sentencia de primer grado, la conclusión a que se llega es la opuesta al cargo; el juez valoró las pruebas aportadas al proceso, tales como el oficio de 24 de marzo de 1983 de la Compañía Bradford y Rodríguez Ltda. (fl. 94), el acta de iniciación de la obra y el contratista (fl. 92) y los oficios del 12 de noviembre de 1982 y el 13 de abril de 1983, suscritos por el Jefe de Divisiones de Obras Civiles del IDU, de acuerdo con los cuales la construcción de la avenida séptima, sector calle 72 a calle 100, se inició el 10 de diciembre de 1976 (fl. 102).

Con fundamento en este cuestionamiento probatorio, el acusado concluyó que la ocupación de los terrenos se había iniciado el 10 de diciembre de 1976.

Si la parte demandada no allegó o impetró la práctica de otras pruebas sobre este hecho y al contrario, aceptó las que existían y el juez al apreciarlas consideró que de ellas se podía establecer la fecha de ocupación, no vislumbra la Sala cómo puede exigírsele al juez que aplicara las limitadas facultades inquisitivas que le confiere la ley procesal civil para desconocer las pruebas aceptadas por las partes y que el juez encontró convincentes.

Como lo expresó la Sala de Casación Civil de esta Corporación, el juez civil "solamente puede decidir sin rebasar el campo que le demarquen los litigantes en los correspondientes escritos y en las oportunidades" (Casación de 23 de marzo de 1981, Magistrado ponente doctor Humberto Murcia Ballén).

Debidamente fundamentada esta fecha en la sentencia, es obvio, que a partir del 10 de diciembre de 1976, se tenía que hacer la tasación indemnizatoria.

C. *Peritos incompetentes.* En la designación de los peritos tampoco hubo irregularidad; se probó en la investigación que correspondían a la lista de "auxiliares de la justicia" y que no fue una designación amañada del acusado; al no haberse atacado la incompetencia de estos en el juicio, la presunción de idoneidad al no existir motivo para ponerla en duda, impedía al juez su cambio.

No existe duda de que el acusado practicó inspección judicial sobre el terreno litigioso; obra en el proceso el acta y así lo declaran las personas que se hicieron presentes; imputarle a este funcionario la no fijación exacta de la cabida del predio es desconocer que en la demanda se solicitó esta prueba mediante peritos, así se decretó y estos rindieron su dictamen con los datos tomados en la diligencia.

El doctor Sanabria Melo motivó en la sentencia las razones por las cuales acogió el peritaje con fundamento en el plano topográfico elaborado por el IDU.

D. *El peritaje.* Los actores no fijaron cuantía por los perjuicios causados con la ocupación permanente de los terrenos y fueron explícitos en estar a la suma que se estableciera en el proceso.

Practicado el peritaje, el juez de oficio solicitó ampliación para que explicaran los peritos los motivos que habían tenido para fijar la cuantiosa suma de más de $ 250.000.000.oo.

Cumplida esta oficiosa petición, afirma el acusado que al guardar silencio la parte demandada debía entenderse que aceptó el avalúo y que al cumplir el dictamen con los requisitos legales, no le quedaba otra alternativa que acogerlo.

Son los requisitos extrictamente formales, los que sirven de fundamento al juez Sanabria Melo para demostrar la legalidad de su comportamiento al aceptar el peritaje que fijó la cuantía de los perjuicios a partir del 10 de diciembre de 1976, retrotrayendo el lucro cesante a esa fecha, teniendo como base el precio de los terrenos para el 22 de noviembre de 1982, día en que se rindió el peritaje, más el 18% como interés anual.

Con base en explicaciones generales y confusas, el acusado se limitó a afirmar que para él era legal el singular procedimiento utilizado por los peritos para determinar el lucro cesante, al igual que la tasación de intereses.

Por disposición del artículo 1º del Código de Comercio, imperaba aplicar el interés comercial del 18% y no el 6% que ordena el artículo 1617 del Código Civil, pues a pesar de no tratarse de un asunto comercial, se acreditó en el proceso que la parte actora estaba constituida por sociedades comerciales y la ley mercantil se aplica a todos los actos en que intervienen comerciantes.

Nada esclarecedoras, ni menos convincentes resultan las explicaciones suministradas por el juez sobre este punto, como tampoco lo fueron para el Tribunal *a quo* que recurrió a un forzado reconocimiento de la Corte de difícil aplicación al caso, más aún cuando no fue analizada, sino simplemente transcrita.

Estos razonamientos del juez, que considera jurídicamente simples, lógicos y admitidos judicialmente, deben ser aclarados por el funcionario frente a la específica situación por la cual se le acusa, clarificando en qué antecedentes jurisprudenciales se fundamentó para acoger el peritaje, a qué fuentes doctrinarias se refiere, si en otros casos había decidido en igual forma, a qué premisa fáctica contrajo el acto de comercio, a la relación procesal, a la ocupación de hecho o a qué otro fenómeno; qué reglas aplicó para reconocer el lucro cesante en la forma que lo hicieron los peritos, si fue sólo el subjetivo criterio de ubicación de los terrenos lo que le permitió acoger el peritaje o si era necesario autorizadas cotizaciones para que el dictamen fuera debidamente fundamentado, etc. El hecho de que el demandante fuese comerciante, no es suficiente pues, para triplicar intereses, en un acto no comercial.

El solo cumplimiento de las exigencias formales del dictamen no son suficientes para que obligatoriamente deba ser acogido por el juez; de conformidad con el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, "al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso", o sea, que impera una sustantiva valoración del peritaje, como que la "calidad de sus fundamentos" no puede comprenderse como un requerimiento sin contenido, de no ser así, la ley procesal no estableciera los precitados criterios para la apreciación del dictamen y en última instancia, la decisión quedaría a criterio de los peritos, desconociéndose la función del juez.

La atipicidad, ni mucho menos la inculpabilidad se pueden concluir en estas condiciones, es necesario continuar la investigación para profundizar sobre estos cargos.

E. *El conocimiento de la ley.* El no establecer si los propietarios de los terrenos ocupados debían cederlos gratuitamente al Distrito porque la zona afectada era inferior al 7% del área total, es otra de las conductas que se le han imputado al juez Sanabria Melo.

Porque el oficio en el que se ponía en conocimiento esta situación no fue conocido por el juez, pues esta comunicación se allegó al proceso después de dictada y ejecutoriada la sentencia, el Tribunal consideró que no era posible atribuir esta omisión al acusado.

Se afirma en el proceso que esta comunicación se encontraba en poder de un abogado y sobre esta situación nada se ha esclarecido; además no existe claridad sobre lo sucedido respecto a la no aplicación de estas normas, ya que el conocimiento de la ley por el juez no depende de las partes sino del funcionario, quien debe aplicarla al estar vigente; este aspecto también debe ser explicado concretamente por el acusado.

F. *El "IDU" como establecimiento público.* Finalmente, se ha cuestionado la conducta del juez porque no notificó al representante del IDU de manera personal las distintas providencias y por no consultar la sentencia a pesar de ser la parte demandada un establecimiento público.

Se probó que al Director del IDU representante legal, se le notificó el 26 de agosto de 1982 de la demanda promovida por las sociedades actoras, habiéndosele corrido traslado de ella, quien confirió poder para que representara al instituto dentro del juicio ordinario al abogado Manuel Mesa Núñez.

Así las cosas, habiendo constituido apoderado el representante legal del IDU, como le correspondía, las notificaciones debían hacerse al Procurador Judicial, a quien se le reconoció personería en el proceso.

En este caso no era aplicable el numeral 3º del artículo 314 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el cual obliga la notificación personal a los "funcionarios públicos en su carácter de tales" y en este caso, el Director del IDU fue citado en calidad de representante legal y no como funcionario de obligatoria intervención en el proceso, como sucede en juicios como el de privación de la patria potestad en donde se precisó citar al Agente del Ministerio Público.

Así mismo, a pesar de que el artículo 386 del Código de Procedimiento Civil, dispone que las sentencias de primera instancia adversas a la Nación, Departamentos, Intendencias y Municipios, deben consultarse con el superior siempre que no sean apeladas por sus representantes o apoderados, en este caso este procedimiento no era el aplicable.

El IDU es un establecimiento público descentralizado del Distrito Especial de Bogotá, lo cual no hace aplicable tal norma, como ninguna de las prerrogativas asignadas a los precitados establecimientos públicos.

Al pronunciarse sobre este tema, el Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Civil para rechazar el reclamado procedimiento excepcional a favor del IDU, en interesante estudio con ponencia del Magistrado, doctor Rafael Romero Sierra, actual Magistrado de la Corte, expuso así las razones para llegar a tal conclusión:

"c) La determinación específica, que a través de muchos artículos los hace el actual Código Procesal Civil, incluyendo el precopiado de las personas de derecho público sujetas igualmente de específicas concesiones rituarias, pone de manifiesto que el legislador de 1970 fue particularmente cuidadoso en no extender el régimen de excepción a todas las personas de derecho público, pues si tal hubiera sido su pensamiento no se habría tomado el trabajo de enumerarlas en cada caso; por ello es que tratándose de normas, como aquellas en las cuales se les dispensa un tratamiento especial, de carácter procesal, a determinadas entidades de derecho público, no cabe la interpretación extensiva de la norma ni la integración analógica de la ley, para extender los privilegios a ellas otorgadas a otras personas que igualmente son de derecho público, e inclusive forman parte integrante de las mismas.

"Ello porque los casos regulados por la ley en cada una de esas normas, incluida la pretranscrita, constituye una excepción a la regla general de la igualdad de las partes en el proceso, y en caso de lagunas (sic) legislativas como la que ocupa a la Sala, es la norma general la

que debe aplicarse y no la excepcional, ya que sobre el particular campea el principio tradicional de que las excepciones son de interpretación restrictiva.

"d) El derecho administrativo por su parte, evidencia fuera de la Nación, otra categoría de personas de derecho público sustancialmente diferentes de aquella, como las entidades territoriales (departamentos, intendencias, comisarías, municipios, Distrito Especial de Bogotá) los establecimientos públicos (Cajas, Fondos, Universidades, Clubes, Institutos, Zonas Francas, Centros, Servicios, etc.), empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

"De tal suerte, que según la relación de las personas de derecho público que antecede, el Código de Procedimiento Civil actual soló le ha otorgado a la Nación, los departamentos, las intendencias, comisarías y municipios, incluido el Distrito Especial algunas gracias procedimentales, como la de relevarlos de la obligación de aducir la prueba de su existencia y representación (art. 77, numerales 3 y 4); de impedir la terminación de los procesos en que sean demandantes por el fenómeno de la perención (art. 345); de no ser condenados en costas (art. 392); de gozar de consulta respecto de las sentencias de primera instancia adversas a sus intereses (art. 386); y, de disfrutar —excepto la Nación— del plazo legal contenido en el artículo 336 del ordenamiento procesal civil antes de ser ejecutadas; por tanto, ninguna otra entidad de derecho público distinta de las referidas, puede invocar para sí la aplicación de aquellos preceptos, en orden a reclamar tales exenciones.

"Y por la exclusividad de las prerrogativas enunciadas, no es posible que ellas se extiendan por interpretación extensiva o integración analógica a las demás entidades de derecho público, como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales estatales y las sociedades de economía mixta, cualesquiera que fuere su nivel.

"e) En el evento *sub lite*, es axiomático el carácter de establecimiento público que reclama para sí el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá, así como también, su participación como parte integrante de la estructura administrativa del Distrito Especial de Bogotá; pero por más generosa y amplia que sea la interpretación extensiva que se haga de los Decretos 1050 de 1968, 3130 de ese mismo, y del acuerdo 19 de 1972, así como la integración analógica del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, podrá aseverarse que por ser el Instituto de Desarrollo Urbano parte integrante del Distrito Especial de Bogotá, disfrute de las mismas ventajas que la ley procesal le dispensa a éste, ni aún bajo la preceptiva del artículo 43 del Decreto 3130 de 1968, ya que, para que ello fuera operante era indiscutiblemente necesario, que como régimen de excepción, se consagrara igualmente en el Código de Procedimiento Civil, vigente actualmente desde 1970; tan cierto es lo anterior, que para exonerar a los establecimientos públicos descentralizados de la obligación de pagar impuesto de renta y complementarios, el Decreto legislativo número 2053 de 1974 se vio precisado a incluirlos expresamente, cuando estatuyó en su artículo 7º que la Nación, los departamentos, las intendencias y las comisarías, el *Dis-*

trito Especial de Bogotá, los municipios *y los establecimiento públicos descentralizados*, 'no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios' (Subraya la Sala).

"Además, se pone de presente en esta norma, cómo aún para gozar de las exenciones tributarias, no existe la asimilación de personalidad que se pretende por la entidad recurrente, toda vez que allí aparecen distinguidos el Distrito Especial de Bogotá y los establecimientos públicos descentralizados, de cualquier orden, incluido el distrital, del cual hace parte el Instituto de Desarrollo Urbano; de no ser así, el legislador de 1974 no se habría detenido a puntualizar la diferencia entre estas entidades, pues, hubiera bastado con señalar al primero para extender a los segundos la exención fiscal comentada, desde luego, con la tesis formulada en esta instancia por el instituto demandado.

"f) Estos planteamientos, aunados los reiteradamente expuestos por el juez de instancia para resolver cada una de las impugnaciones formuladas a lo largo de este asunto, tutelados incuestionablemente por una acertada interpretación de los textos legales, con los cuales comulga la doctrina, ponen de manifiesto que el Instituto de Desarrollo Urbano de esta ciudad, no puede ser sujeto activo de la gracia otorgada en el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil a los departamentos, intendencias, comisarías, municipios y al Distrito Especial de Bogotá, para ser ejecutado una vez transcurra el plazo consagrado en él; y que por lo tanto, no existe mérito legal alguno que razonada imponga la revocatoria del mandamiento de pago librado a favor de las mencionadas sociedades y en contra del referido establecimiento público distrital, como secuela de la sentencia que puso fin al proceso ordinario promovida por aquellas contra éste".

Esta decisión de 31 de marzo de 1984, fue reiterada con iguales fundamentos jurídicos el 1º de febrero de 1985 al volver a negar similar petición de la nueva apoderada del IDU y confirmar los proveídos del juez en ese sentido.

No queda duda, por tanto, que el juez acusado actuó legalmente al no notificar al Director del IDU de todas las providencias y abstenerse de consultar la sentencia.

3. *Conclusión*. De las premisas teóricas y del análisis fáctico que antecede, concluye la Sala, la necesidad de que se continúe investigando los cargos analizados en los literales D) y E) del numeral 2º de estas consideraciones.

Si bien como quedó expuesto, en el proceso civil predomina el sistema dispositivo para su impulso y dinámica probatoria, ello no significa que la valoración probatoria y las consiguientes decisiones queden al arbitrio de las partes, esta es función sustantiva exclusiva del juez teniendo en cuenta que el objeto de los procedimientos, es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, como lo dispone el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil.

Respecto a los demás cargos, se confirmará el cese de procedimiento decretado por el *a quo*.

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

Resuelve:

1. *Revocar* la providencia impugnada respecto a los cargos relacionados en los literales D) y E) del numeral 2º de las consideraciones de esta decisión.

2. *Confirmar* la providencia impugnada en relación con los demás cargos decididos en el proveído objeto de impugnación.

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

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

SECUESTRO. COMPETENCIA

Los secuestros que recaigan sobre sujetos no incluidos en el elenco del inciso 1º, artículo 2º del Decreto 474 de 1988, escapan a la jurisdicción de orden público, para caer en la competencia de los juzgados especializados

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 76 de diciembre 6 de 1988.

Se resuelve lo pertinente sobre la colisión de competencias negativa surgida entre los Juzgados Treinta y Seis de Instrucción Criminal Especializado del Tolima y Treinta y Cinco de Instrucción Criminal de Melgar (Tolima), en este sumario adelantado respecto de *Tito Fernando Aponte Herrera*, por los delitos de corrupción y secuestro.

Se considera:

1. Los hechos materia del proceso aparecen resumidos de la siguiente forma en el auto de 3 de agosto último, por medio del cual el Juzgado Treinta y Cinco de Instrucción Criminal de Melgar dictó auto de detención contra Tito Fernando Aponte Herrera, por los delitos de corrupción de menores y secuestro simple de que tratan los artículos 305 y 269 del Código Penal:

"Dan cuenta los autos que en la madrugada del 28 de julio del corriente año (1988) fue retenido el señor Fernando Tito Aponte Herrera cuando se movilizaba en un bus de la Rápido Tolima llevando consigo a la menor María Esther Guzmán Ramírez, de tan solo 8 años de edad, a quien momentos antes había llevado mediante engaños y coacción a sitio despoblado donde funciona el polideportivo de este Municipio, lugar en el cual la despojó de sus interiores e hizo prácticas orales en los genitales de la menor, llegando a morderla en el área supra pubiana. Posteriormente tomó un bus que iba hacia Bogotá, en el cual introdujo la menor, diciéndole que la iba a poner a estudiar, siendo capturado a la salida de la población, en la bomba Esso".

Posteriormente el mismo juzgado, al entrar a resolver sobre la solicitud de sustitución de la caución prendaria por la juratoria, hecha por el sindicado a fin de obtener la libertad provisional, consideró

que el Decreto 180 de 1988, en su artículo 22, aumentó la pena para el delito de secuestro, y que, además, el artículo 23 del Decreto 474 de 1988, fijó en los Juzgados Especializados la competencia para conocer de los delitos de secuestro contemplado en los artículos 268 y 269 del Código Penal. En tales condiciones, revocó la libertad provisional que había otorgado al sindicado Aponte Herrera, y dispuso el envío del expediente al Juzgado Especializado de Ibagué (fl. 37).

Le correspondió por reparto al Juzgado Treinta y Seis, el cual avocó el conocimiento, practicó algunas pruebas y, mediante auto de 22 de septiembre (fls. 52 y ss.), hizo estas dos sustanciales consideraciones:

a) Que el punible de secuestro previsto en el artículo 269 del Código Penal, de competencia de los Juzgados Especializados por virtud del Decreto 474, es perfectamente separable del previsto en el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, de donde se sigue "que el presunto delito que se está investigando en razón de las presentes diligencias es el de secuestro simple consagrado en el artículo 269 del Código Penal y cuya pena es de seis (6) meses a tres (3) años de prisión";

b) Teniendo en cuenta las pruebas que obran en el proceso, se debe afirmar que "no se dan los presupuestos o elementos típicos que estructuran el delito de secuestro simple".

Revocó, pues, la providencia mediante la cual había asumido el conocimiento del proceso, y remitió el mismo al Juzgado Treinta y Cinco de Instrucción Criminal de Melgar, proponiéndole la colisión de competencias respectiva (fls. 52 y ss.).

El Juzgado Treinta y Cinco, a su turno, reiteró sus planteamientos tendientes a afirmar el punible de secuestro, resaltando la improcedencia de la actitud asumida por el Juzgado Treinta y Seis al optar por la colisión de competencias: "No fue consecuente con su posición —dijo—, pues si consideraba que no se estructuraba este delito debió tomar una determinación sobre el particular, como sería cesar investigación respecto de ese punible de conformidad con el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, para luego de ejecutoriada esta decisión si remitir el expediente a este Despacho para que se prosiguiera la investigación por el delito de corrupción de menores" (fl. 66).

Por otra parte, consideró que "el secuestro es uno solo", ya que el artículo 22 del Decreto 180 de 1988 "suspendió la vigencia de los artículos 268 y 269 del Código Penal y además los modificó", y añade que, además, como el secuestro, existen en el citado Decreto 180 "muchas otras" conductas que no exigen "ese elemento subjetivo del tipo", es decir el propósito terrorista, apoyándose al efecto en auto de esta Sala de 15 de septiembre del año en curso, cuyos apartes pertinentes transcribe (Magistrado ponente doctor Saavedra Rojas).

"Rechazó" (léase "aceptó", como es lo correcto) la colisión propuesta y ordenó la remisión del proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de conformidad con el artículo 97 del Código de Procedimiento Penal.

La Magistrada sustanciadora, doctora Beatriz Olave Lentino, arguyó que como la controversia se presenta entre un Juzgado Especiali-

zado y uno ordinario, le corresponde a la Corte dirimirla, de conformidad —dice— con lo resuelto en auto de esta Sala fechado el 11 de octubre último (Magistrado ponente doctor Mantilla Jácome).

2. Es claro que la Corte carece de competencia para definir el mencionado conflicto. En efecto:

El artículo 22 del Decreto 180 de 1988, dice:

"Secuestro. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos".

Por virtud del inciso 2º del artículo 2º del Decreto 181 de 1988, el conocimiento de ese delito fue atribuido a la jurisdicción de orden público. Sin embargo, el 16 de marzo se expidió el Decreto 474 ("Por el cual se organiza la Jurisdicción de Orden Público, se establecen nuevas competencias y se dictan otras disposiciones"), cuyo artículo 23 es del siguiente tenor:

"Mientras subsista turbado el orden público los Jueces Especializados conocerán en primera instancia de los siguientes delitos:

"1. De los delitos establecidos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986 y conexos.

"2. De los delitos de secuestro a que se refieren los artículos 268 y 269 del Código Penal y el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, con excepción del secuestro consagrado en el artículo 1º de este Decreto".

Cuál es el secuestro previsto en el artículo 2º (no artículo 1º, como dice equivocadamente dicho texto) del Decreto 474? El secuestro simple y el secuestro extorsivo cometidos en determinados sujetos pasivos, que el inciso 1º selecciona en atención al cargo que desempeñen, a su profesión, a su liderazgo político o sindical, o a sus ideas políticas. El secuestro que tenga por objeto alguna de estas personas, es de competencia de los Jueces de Orden Público, dice expresamente el citado artículo 2º del Decreto 474.

Es decir que los secuestros que recaigan sobre sujetos no incluidos en el referido elenco, escapan a la Jurisdicción de Orden Público, para caer en competencia de los Juzgados Especializados.

Destaca la Sala que en relación con la vigencia de los artículos 268 y 269 del Código Penal, acierto el Juzgado Treinta y Cinco de Instrucción Criminal al sostener que dicha vigencia está suspendida por los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988, que recogieron en su normatividad, con modificaciones e incrementos de pena, lo que ellos preveían.

La referencia que a aquellos textos (arts. 268 y 269 del C. P.) se hace en el Decreto 474 de 1988 (art. 23-2), no puede interpretarse en el sentido de que el mismo legislador extraordinario los considere vigentes. Esta alusión se explica porque el Gobierno consideró conveniente mantener la competencia de los Jueces Especializados para

conocer de los secuestros que se habían cometido con anterioridad a la vigencia del Decreto 180 de 1988, o sea de los contemplados en los artículos 268 y 269 del Código Penal, que no podían subsumirse en una norma posterior claramente desfavorable (arts. 22 y 23 del citado Decreto 180). En otros términos, lo que el texto que se comenta dispone es que los Jueces Especializados seguirán conociendo de los secuestros cometidos antes de entrar a regir el Decreto 180 de 1988, cuya tipicidad y pena consagran los artículos 268 y 269 del Código Penal, y que también conocerán de los secuestros que se cometan con posterioridad a la suspensión de la vigencia de tales normas, los cuales se encuentran tipificados y punidos en los artículos 22 y 23 del multicitado Decreto 180, normas estas que, se repite, suspendieron la vigencia de las correspondientes y ya referidas del Código Penal. De esta competencia se excluye, como ya se anotó, el secuestro cometido en cualquiera de las personas o por los móviles o finalidades que se determinan en el artículo 2º del Decreto 474 de 1988, el cual es de competencia de la jurisdicción especial de Orden Público.

Si el delito de secuestro que aquí se investiga en la persona de la menor María Esther Guzmán Ramírez, no es del ámbito de la jurisdicción de Orden Público (por falta de "calificación" de la víctima), la Corte resulta ajena a la solución del conflicto de competencias (art. 16 del Decreto 474).

La Magistrada sustanciadora interpretó mal la providencia de esta Sala en la cual se apoyó para remitir el asunto a la Corte, pues únicamente tuvo en cuenta que "la controversia se presenta entre un Juzgado Especializado y uno ordinario", pese a que la Corte en dicha oportunidad, y luego en auto de 23 de noviembre (Magistrado ponente doctor Duque Ruiz, lo que dijo fue que si bien los Juzgados Especializados y de Instrucción Criminal (según el caso) "pertenecen a la jurisdicción ordinaria" (es decir, no son Juzgados de Orden Público), a veces conocen de asuntos que corresponden a la Jurisdicción de Orden Público, y entonces las colisiones que se presenten frente a estos determinados asuntos entre un Juzgado de la jurisdicción ordinaria y otro de la misma jurisdicción pero que haga las veces de Juez de Orden Público, debe ser decidido por la Corte: Este no es desde luego el caso que ahora se encara, pues se reitera que ni el Juzgado Treinta y Seis Especializado ni el Treinta y Cinco de Instrucción Criminal están disputándose el conocimiento de asunto que pertenezca a la Jurisdicción de Orden Público.

No se hará, pues, pronunciamiento alguno sobre el tema debatido, debiéndose devolver el proceso al Tribunal de Ibagué para que se pronuncie de conformidad con las reglas generales sobre la materia.

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

Resuelve:

Abstenerse de decidir sobre la competencia para conocer de este proceso, que deberá ser devuelto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, para que proceda con arreglo a lo dicho en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Morales Marín, Secretario.

INDICE DE LAS PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR
SEGUNDO SEMESTRE DE 1988

Págs.

DERECHO DE DEFENSA. NULIDAD SUPRALEGAL. Es la absoluta falta de defensa profesional por no designación o por total inoperancia lo que constituye nulidad de orden constitucional, no la voluntaria renuencia del procesado a ejercerla materialmente. SENTENCIA CASACION. 7 DE JULIO DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a José Inocencio Cubillos Herrera, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 7

CESACION DE PROCEDIMIENTO. COMPETENCIA. Sólo ante la presencia de causales eminentemente objetivas puede el Juez de segunda instancia ordenar la cesación de procedimiento, porque en el momento mismo de ésta presentarse se extingue la acción penal y con ella muere también su competencia. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 12 DE JULIO DE 1988. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual impuso a la doctora Consuelo Urrea Posada de Roldán medida de aseguramiento de conminación. Y no dispone la cesación de procedimiento. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. 12

IMPEDIMENTO. JUSTICIA PENAL MILITAR. Existe regulación expresa en el Código de Justicia Penal Militar sobre impedimentos y recusaciones, le fija atribución al Tribunal Superior Militar y no a la Corte Suprema de Justicia. AUTO RECUSACION. 12 DE JULIO DE 1988. Se inhibe de conocer de la recusación contra el Abogado - Teniente Coronel Jorge H Barrios Garzón Magistrado del Tribunal Superior Militar. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 17

IMPEDIMENTO. INDAGACION PRELIMINAR. La jurisprudencia ha venido aceptando que procede la recusación o el impedimento en las diligencias previas, según el artículo 320 bis del estatuto anterior o en la indagación preliminar referida en el artículo 341 del actual Código de Procedimiento Penal. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 13 DE JULIO DE 1988. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Tunja, por medio de la cual se abstiene de iniciar investigación penal contra la doctora Ana Cecilia Rincón Reyes - Juez Promiscuo Municipal de Boyacá (Boyacá), en su lugar ordena iniciarla. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. 20

CONSULTA. TRANSITO DE LEGISLACION. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. Establecido que el Código de Procedimiento Penal aplicable

Págs.

es el Decreto 409 de 1971 y no el Decreto 050 de 1987, para el fallo condenatorio no puede válidamente pretenderse que, en aplicación al principio de favorabilidad, se desestime la consulta, porque ella es justamente el trámite que confiere más garantías al acusado. SENTENCIA CASACION. 14 DE JULIO DE 1988. Desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio de la cual condenó a Carlos Arturo Quintero López y otros, por los delitos de estafa y hurto. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 24

DEMANDA DE CASACION. Técnica. Cuando la demanda abiertamente se desentiende de la técnica no puede tolerar la Corte —porque hacerlo sería admitir la posibilidad de una administración de justicia irracional— la prosperidad de esta clase de libelos en donde se adopta una inconciliable exposición de cargos. SENTENCIA CASACION. 14 DE JULIO DE 1988. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 29

Salvamento de voto de los doctores Lisandro Martínez Zúñiga y Guillermo Dávila Muñoz. 37

CASACION. Técnica. DERECHO DE DEFENSA. Desconoce el derecho de defensa la postura de sostener que porque en un cargo se impugne la prueba, el pedir una rebaja de la penalidad contrasta y es contradictorio con el planteamiento inicial. SENTENCIA CASACION. 12 DE JULIO DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Iván Garcés Muñoz, por los delitos de hurto. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 38

NULIDAD LEGAL. NULIDAD SUPRALEGAL. Consideraciones de la Corte sobre diversos motivos de nulidad presentados, que resultan totalmente infundados. SENTENCIA CASACION. 12 DE JULIO DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a José Avanaid Silva, Pablo Daniel Aponte, Luis Armando Rincón Pimiento, Juan de Jesús Rincón y María Helena Rincón. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 47

REVISION. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. Es verdad que el nuevo Código de Procedimiento Penal en forma expresa permite la revisión tanto de las sentencias condenatorias como de las absolutorias, pero si al proceso se le aplicó hasta su terminación el Código de 1971, en obedecimiento al artículo 677 del estatuto actual, no es posible aplicar el segundo por ser norma posterior y resultar desfavorable a los intereses del procesado absuelto. AUTO REVISION. 12 DE JULIO DE 1988. Desestima el recurso extraordinario de revisión propuesto a nombre de Tobías Castro, en el proceso tramitado en segunda instancia en el Juzgado Penal del Circuito de La Mesa (Cundinamarca), en el que fue absuelto Jorge Enrique Pinilla Ospina por el delito de daño en bien ajeno. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. 54

1º *DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO.* En los delitos contra el patrimonio si se adapta el concepto civil al fin y al carácter

Págs.

de la norma penal, no se invaden campos ajenos sino que se aplican expresiones al ámbito en el cual les corresponde actuar. Así, título no traslaticio de dominio no es sino una forma de referirse el legislador penal a los llamados títulos de mera tenencia. 2º *ABUSO DE CONFIANZA.* Tanto el mandatario comercial civil, como el "factor" en el contrato de preposición, actúan como meros tenedores de la cosa. El Código de Comercio se refiere específicamente al abuso de confianza como delito a subsumir. SENTENCIA CASACION. 19 DE JULIO DE 1988. Decreta la nulidad de todo lo actuado a partir, incluso, del auto que califica el mérito de la investigación en el proceso contra Carlos Alberto Giraldo Gómez, adelantado en el Tribunal Superior de Bucaramanga, por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 58

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. Para otorgarla no puede examinarse separadamente el aspecto objetivo, dejando de lado el subjetivo (art. 68 del C. P.) relacionado con la necesidad de resocialización y consecuentemente con la personalidad del procesado. SENTENCIA CASACION. 19 DE JULIO DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, por medio del cual condenó a Luis Carlos González y a José Ignacio Peralta Jiménez, por los delitos de falsedad y estafa. Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 68

LIBERTAD CONDICIONAL. No es el cumplimiento objetivo de los requisitos señalados en el artículo 72 del Código Penal, lo que permite la viabilidad del subrogado, sino la evaluación razonada que haga el Juez sobre los factores subjetivos, especialmente sobre su personalidad. AUTO CASACION. 19 DE JULIO DE 1988. No repone su providencia por medio de la cual negó a Edgar Darío Guevara Torres el beneficio de libertad provisional. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 76

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. El error de adecuación típica comprende dos aspectos íntimamente relacionados: La aceptación de que el procesado no es inocente y la necesidad de que la demostración del verdadero delito se haga en el terreno probatorio y jurídico. SENTENCIA CASACION. 19 DE JULIO DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Aduanas, por medio del cual condenó a Miguel Felipe Garrido Sardi o "Sardo", Antonio José Izquierdo Ayala, María del Socorro Pastas de Chingal y a José Vicente Chingal, por el delito de contrabando. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 78

NARCOTRAFICO. TRANSITO DE LEGISLACION. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. No son acertadas las pretensiones para que se tome de la Ley 30 de 1986 la descripción de la conducta contenida en el artículo 33 y del Decreto 1060 de 1984 —modificatorio del Decreto 1188 de 1974— la sanción correspondiente. Porque la escogencia de uno de los dos preceptos obliga su aplicación total por tratarse de un solo tipo penal que no admite disección para tomar de él solamente lo favorable y conjugarlo con lo favorable de otro. SENTENCIA CASACION. 21 DE JULIO DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Neiva, por

Págs.

medio del cual condenó a Alba Luz Useche de Torres por infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 84

1º REVISION. Para que la revisión pueda remover los efectos de inmutabilidad e irrevocabilidad propios de la sentencia que tiene el carácter de *"res iudicata"* es indispensable que por el recurrente se invoque y se ponga en evidencia, una cualquiera de las causales que taxativamente señala el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal. *2º USURPACION.* Conviene precisar, como ya lo ha hecho la doctrina nacional que la "posesión" que otro tenga de un inmueble no debe entenderse en el sentido jurídico que le da el artículo 762 del Código Civil, sino en su sentido natural que comprende no sólo la posesión propiamente dicha sino la simple tenencia. AUTO REVISION. 21 DE JULIO DE 1988. Desestima el recurso de revisión propuesto por el apoderado de Benigno Enciso Lozano, quien fuera condenado por el Tribunal Superior de Bogotá, por el delito de perturbación de la posesión sobre inmueble. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. 90

ESTAFA. FALSEDAD. Cuando se gira sobre formulario de cheques extraviada se crean documentos privados auténticos, en los cuales no es jurídico considerar que se hacen afirmaciones y así es preciso concluir que no se comete el delito de falsedad sino el de estafa consagrado en el artículo 356 del Código Penal. SENTENCIA CASACION. 22 DE JULIO DE 1988. Casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual condenó a Antonio Restrepo Martínez, por los delitos de falsedad en documentos y estafa. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. 96

Salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Jorge Carreño Luengas. 100

CASACION. Técnica. La Corte ha venido repitiendo de manera infatigable y lo reafirma una vez más, que el principio de no contradicción constituye la más elemental pero también la más inasalayable de las exigencias lógicas del recurso extraordinario de casación. SENTENCIA CASACION. 26 DE JULIO DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Valledupar, por medio del cual condenó a Juan Cubillos Barraza, por el delito de receptación. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 103

NARCOTRAFICO. La Corte dilucida el tema de la Ley 30 de 1986, a efecto de ofrecer una pauta que permita unificar los conceptos de las disminuentes en fenómenos atinentes al volumen de las plantaciones (art. 32 inciso 2º) o de la cantidad de la droga manipulada (art. 33 inciso 2º) o con la denuncia de otros autores, cómplices o encubridores (art. 65). SENTENCIA CASACION. 26 DE JULIO DE 1988. Casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a Noé Rodríguez por infracción a la Ley 30 de 1986. Le reconoce una pena menor. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 111

Págs.

PRESCRIPCION DE LA ACCION. PRESCRIPCION DE LA PENA. Cuando el fallo de primera o de segunda instancia se halla recurrido, la captura del procesado no interrumpe la prescripción de la pena, así como tampoco la de la acción penal. Lo mismo ocurre con la comisión de un nuevo delito por el acusado. AUTO CASACION. 28 DE JULIO DE 1988. Declara prescrita la acción penal respecto de Zenén García y extinguida por muerte en relación con Gumersindo Durán Gómez, condenados que fueron por el Tribunal Superior Militar. Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 122

APELACION. En el nuevo Código de Procedimiento Penal, las excepciones a la consecuencia del efecto suspensivo (su no cumplimiento mientras no se encuentre en firme), tienen que consagrarse de manera expresa, situación que no ocurría para la sentencia en el procedimiento penal de 1971. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 2 DE AGOSTO DE 1988. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual dispuso la detención preventiva de la doctora Lucy Amparo Sánchez Quintero - Juez Primero Penal Municipal de E. Líbano. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. 132

LIBERTAD CONDICIONAL. CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR. Por favorabilidad, para los efectos del beneficio de libertad condicional previsto en el artículo 72 del Código Penal y 71 del Código de Justicia Penal Militar, debe aplicarse el primero sin consideración a lo normado en el artículo 74 del segundo estatuto. AUTO CASACION. 2 DE AGOSTO DE 1988. Concede libertad provisional al Capitán del Ejército Guillermo Ramírez Suárez, condenado por el Tribunal Superior Militar, por los delitos de falsedad, peculado y hurto. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. 139

CASACION. VEREDICTO. No es posible entrar a examinar la procedencia de la contraevidencia, que no está contemplada como motivo de casación, porque se llegaría así a una causal no prevista. SENTENCIA CASACION. 9 DE AGOSTO DE 1988. Desecha la demanda de casación en el proceso contra Luis Ignacio Díaz Díaz, condenado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por tentativa de homicidio. Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 143

PROCESADO. DEFENSOR. El alcance del artículo 126 del Código de Procedimiento Penal, para que prevalezcan las pretensiones del defensor sobre las del procesado, se reduce a las etapas del sumario y de la causa, pero no al trámite de los recursos de casación y revisión. De conformidad con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, sólo quien interpone un recurso puede desistir de él. AUTO CASACION. 10 DE AGOSTO DE 1988. Admite el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Oscar Rafael Fernández Cantillo y el desistimiento manifestado por Alberto Charris Gómez, condenados por el Tribunal Superior de Barranquilla, por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 151

Salvamento de voto de los doctores Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Didimo Páez Velandia y Edgar Saavedra Rojas. 156

Págs.

CASACION. Intervinientes. Para recurrir en casación no basta con que al recurrente se le haya reconocido su calidad de parte en el juicio, sino que es indispensable, además, que tenga un interés jurídico para recurrir. SENTENCIA CASACION. 12 DE AGOSTO DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Javier Cifuentes Mora, por el delito de abuso de confianza. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 159

TENTATIVA. TIPICIDAD. El fenómeno de la tentativa es un mecanismo amplificador del tipo, no se trata de otra infracción, solamente de un hecho punible no llevado a feliz término. SENTENCIA CASACION. 12 DE AGOSTO DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al Suboficial Técnico Tercero Camilo Isidro Guayazán Moreno, por el delito de hurto militar. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 165

CASACION. Admisión. La expresión "sentencia" para los efectos del recurso de casación no constituye un término ambiguo o equívoco, sino que su sentido gramatical y jurídico ha sido siempre el de decisión de condena o absolución que en forma definitiva resuelve un proceso criminal. AUTO RECURSO DE HECHO. 17 DE AGOSTO DE 1988. Declara improcedente el recurso de casación interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio de la cual se abstuvo de concederlo en el proceso contra Gustavo Ahumada Peña - Exalcalde Municipal de Puerto Colombia (Atlántico), a quien se dictó cesación de procedimiento. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. 169

ESTAFA. FALSEDAD. En el evento que se gire cheque en "cuenta que no corresponda al girador", la conducta se ubica como falsedad si se trata de imitación o fingimiento de firma y como estafa cuando se estampa la propia con apariencia de ser el cuentahabiente. SENTENCIA CASACION. 17 DE AGOSTO DE 1988. Casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Humberto Estrada Ruiz, por los delitos de falsedad y estafa y declara la nulidad de lo actuado a partir del auto que declaró cerrada la investigación. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. 172

LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACION. Por la existencia de similitud de encuadramientos en el Código Sustantivo del Trabajo, en las normas que lo complementan y en el Código Penal, no significa que las disposiciones de este último estatuto referentes a la libertad de trabajo y asociación, deban considerarse como normas penales en blanco. SENTENCIA CASACION. 17 DE AGOSTO DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Pablo Barrientos Cadavid, por violación de los derechos de reunión y asociación. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 176

DERECHO DE DEFENSA. ACUMULACION. No es dable confundir el derecho de defensa, con el beneficio punitivo resultante de la unidad procesal generada en la acumulación. AUTO COLISION. 23 DE

Pág.

AGOSTO DE 1988. Dirime colisión de competencias entre los Juzgados Sexto Penal Municipal de Pereira y Cuarto Penal Municipal de Manizales. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. 186

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. CESACION DE PROCEDIMIENTO. Por el tránsito de legislación y en aplicación del principio de favorabilidad, aún en los procesos en que hubiere quedado ejecutoriado el auto de cierre de investigación en vigencia del anterior código procesal, se ordenará la cesación de procedimiento, cuando transcurridos sesenta días no hubiere mérito para formular acusación. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 26 DE AGOSTO DE 1988. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio de la cual dispuso cesar procedimiento al doctor Alvaro Jorge Romero Jaimes Exjuez Promiscuo Municipal de Santiago (Santander del Norte). Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 190

JUSTICIA PENAL MILITAR. COMPETENCIA. Quien, al momento de la comisión del hecho, tenga la calidad de particular, aún tratándose de delito típicamente militar, no puede ser juzgado por esa jurisdicción especial. SENTENCIA CASACION. 29 DE AGOSTO DE 1988. Casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio de la cual condenó a Yamir Humberto Lamir Palacios, por el delito de fuga de presos, en su lugar declara la nulidad de lo actuado a partir de la fecha allí fijada. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. 195

1º *ABUSO DE AUTORIDAD.* El Juez se excede en el ejercicio de sus funciones cuando realiza un acto oficial arbitrario e injusto, contrario al correcto funcionamiento de la Administración Pública y subsume así su conducta dentro de lo normado por el artículo 162 del Código Penal. 2º *PREVARICATO.* Según el artículo 244 del ordenamiento ritual civil, el Juez deberá negarse a decretar la inspección si considera que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso y de acuerdo con el artículo 245 exigirá las condiciones que debe reunir la solicitud de práctica de la diligencia. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 30 DE AGOSTO DE 1988. No declara la nulidad en la actuación y confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual negó la cesación de procedimiento adelantado a la doctora Constanza Borray Franco - Juez Segundo Civil Municipal de Fusagasugá y en su lugar decretó la conminación por un delito de abuso de autoridad. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 198

Salvamento de voto del doctor Edgar Saavedra Rojas. 205

IMPEDIMENTO. La Corte advierte que se debe reconocer como impedido o susceptible de recusación, al conjuez que sea contraparte, en otros procesos contemporáneos o actualmente en trámite, de las personas que intervienen en el proceso en el cual le ha correspondido sustituir a un funcionario. AUTO RECUSACION. 30 DE AGOSTO DE 1988. Declara que no le asiste razón al conjuez Guillermo Alvarez Machacón, cuando decidió no separarse del conocimiento de un proceso. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 209

Págs.

1º *PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.* Por favorabilidad, así haya sido declarado inconstitucional, es posible conceder la libertad provisional con fundamento en el artículo 15 del Decreto 1853 de 1985. 2º *PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.* Como el artículo 15 del Decreto 1853 de 1985 fue declarado inexequible por sentencia de la Corte de mayo 22 de 1986, a partir de esa fecha no puede edificarse en él ningún derecho por no ser precepto legítimo ni válido. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 30 DE AGOSTO DE 1988. Modifica la providencia del Tribunal Superior de Montería, por medio de la cual profirió resolución acusatoria contra la doctora Carmen Elena Rosales Mendoza Juez Promiscuo Municipal de Momil por el delito de peculado y cesa el procedimiento por falsedad en documento, la Corte decreta la libertad provisional. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 216

Salvamento de voto de los doctores Guillermo Duque Ruiz y Dídimo Páez Velandia. 225

AUTO INHIBITORIO. APELACION. Frente a la norma del nuevo Código Procesal Penal (art. 207), no resulta procedente la interpretación de que al reglamentarla lo hace en términos amplios que incluyen todas las impugnaciones que puedan presentarse por esta vía. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 31 DE AGOSTO DE 1988. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra el doctor Jorge Enrique Belgrano Beltrán - Juez Civil del Circuito de Gachetá. Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 228

1º *NULIDAD. INIMPUTABILIDAD.* Es nula la decisión judicial cuando el fallador desconoce absolutamente la necesidad de su integración con las normas legales preexistentes. En consecuencia, corresponde declararla cuando se dejan de lado las precisiones legales para el reconocimiento de la inimputabilidad y la fijación de la medida de seguridad pertinente. 2º *NULIDAD. INIMPUTABILIDAD.* Si el fallo contiene una interpretación normativa sobre el sentido y alcances de los artículos 93 y 97 del Código Penal, por sí sola no lo invalida, así lo califique de erróneo. SENTENCIA CASACION. 31 DE AGOSTO DE 1988. Casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Saúl Macías Murcia, por infracción al Decreto 1188 de 1974 y declara la nulidad de la actuación a partir del momento anterior a la decisión de segunda instancia. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. 234

Salvamento de voto del doctor Guillermo Duque Ruiz. 239

CASACION. Técnica. El cargo carece de idoneidad para su examen de fondo, cuando desconoce las exigencias técnicas indispensables, si confunde, y no de manera accidental, el sentido y el concepto de la violación de la ley sustancial. SENTENCIA CASACION. 2 DE SEPTIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por

Págs.

medio del cual condenó al Exagente de la Policía Nacional Emilio Mena Mosquera, por el delito de concusión. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. 243

COLISION DE COMPETENCIA. JUICIOS ANTE EL SENADO. La condición de Senador o Representante implica una investidura y una actividad que trasciende los muros del Congreso y las reuniones reglamentarias del mismo. Actúa así dentro de las funciones propias de su cargo y, por lo tanto, goza del privilegio que le otorga el artículo 106 de la Constitución Nacional. AUTO COLISION. 6 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre el Presidente del honorable Senado de la República y el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bogotá. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. 248

MINISTERIO PUBLICO. CASACION. Sólo cuando ha sido recurrente el Fiscal respectivo, el Ministerio Público tiene facultad para proponer nulidad, porque de otra manera implicaría una nueva posición y ampliación de la demanda. SENTENCIA CASACION. 6 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Rechaza la casación del fallo dictado por el Tribunal Superior de Armenia, por medio del cual condenó a Claudio Cruz Martínez, por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 255

CASACION. Procedimiento. La decisión plural al conceder el recurso de casación, que consagra el estatuto procesal anterior, ha sido modificada por el vigente al disponer en el artículo 222 que será tomada por el Magistrado sustanciador y mediante auto de trámite. Cambio legislativo que indica la intrascendencia sustantiva de aquella formalidad. AUTO CASACION. 8 DE SEPTIEMBRE DE 1988. No decreta la nulidad en el trámite de casación, contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, adelantado a Otto Fonseca Arias, por los delitos de peculado y falsedad. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 265

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. En presencia de sentencia de primera, segunda o única instancia el tratamiento penitenciario adquiere su vigencia, por cuanto el artículo 68 del Código Penal, no fue ni podía ser modificado por el Decreto 1353 de 1985 que fuera declarado inexequible en su totalidad, así como tampoco por el Decreto 050 de 1987. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 8 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Neiva, por medio de la cual negó libertad provisional al doctor Edgar Gerardino Rojas Exjuez Tercero de Instrucción Criminal de esa ciudad. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. 268

1º FALSEDAD EN DOCUMENTOS. CONCURSO. Para una correcta adecuación, el documento falsificado materialmente ha de tener la potencialidad de servir de prueba y debe ser utilizado por el agente. Esto no significa que tal uso debe ser necesariamente delictivo o que, cuando configure ilícito por sí mismo, éste se halle subsumido en el

Págs.

modelo contenido en el artículo 221 del Código Penal. 2º *FALSEDAD EN DOCUMENTOS.* La conducta consistente en llenar espacios que en blanco se han dejado en el formato de un cheque, es comportamiento adecuable a la descripción típica actual de falsedad en documento privado. SENTENCIA CASACION. 9 DE SEPTIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Esperanza Rodríguez Yanguas, por el delito de falsedad en documento privado. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 272

DETENCION PREVENTIVA. Ningún procesado que se halle sumariado o con sentencia condenatoria, no ejecutoriada, podrá ser recluido en los establecimientos carcelarios (penitenciarías) destinados exclusivamente para condenados; hasta tanto no cause ejecutoria la sentencia definitiva. AUTO CASACION. 13 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Niega libertad provisional a Reinerio Cardona López, condenado por el Tribunal Superior de Manizales. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. 280

IMPEDIMENTO. No es posible sostener jurídicamente para rechazar la causal de impedimento señalada en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, que la etapa del sumario concluye con el auto de cierre de investigación y que, por consiguiente, la resolución de acusación forma parte de la causa o etapa de juzgamiento. AUTO IMPEDIMENTO. 13 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Acepta el impedimento manifestado por los doctores Alvaro Guevara Sandoval y Alfonso Guzmán Guzmán - Magistrados del Tribunal Superior de Tunja. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 282

CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR. El Código Penal Militar (Decreto 250 de 11 de julio de 1958) no es legislación de emergencia, sino de carácter permanente por mandato de la Ley 141 de 16 de diciembre de 1961 y la Ley 52 de 1984 que facultó al Gobierno Nacional para expedir el estatuto procedimental ordinario (Decreto 050 de 1987). No lo autorizó para derogar, modificar o sustituir disposiciones de aquella codificación especial. SENTENCIA CASACION. 15 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al Cabo Primero del Ejército Nacional Jorge Luis Martínez Buneth, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 285

TERRORISMO. COLISION DE COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. El Decreto 180 de 1988 suspende de manera tácita y temporalmente la vigencia del último inciso del artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, en todo lo que haga relación a los delitos de terrorismo y por cualquier otro delito conexo con alguno de los que aparecen específicamente descritos, debiéndose concluir que la competencia es de los jueces de orden público. AUTO COLISION. 15 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Dirime colisión entre los Juzgados Veinte de Instrucción Criminal de Bogotá y Primero de Orden Público. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 292

Págs.

CAMBIO DE RADICACION. Admitir aprehensiones, comentarios o posiciones subjetivas de las partes para variar las reglas que gobiernan la competencia por el factor territorial, es desnaturalizar los fines de este instituto. AUTO CAMBIO DE RADICACION. 16 DE SEPTIEMBRE DE 1988. No dispone el cambio de radicación del proceso que, contra Jaime Cruz González y otros, se adelanta en el Juzgado Superior de Florencia (Caquetá). Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. 305

VEREDICTO. Tradicionalmente ha venido reconociéndose la existencia de tres categorías de veredictos fallidos, apuntando a la naturaleza del vicio que lo invalida y lógicamente a sus consecuencias procesales. SENTENCIA CASACION. 16 DE SEPTIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de San Gil, por medio del cual condenó a María Adela Chaparro de Silva, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. 309

PECULADO. Es peculado culposo la conducta imprudente del funcionario judicial, que da lugar a que se pierdan los bienes depositados en su poder y sobre los cuales debía ejercer custodia en forma diligente para su guarda y conservación. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 19 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Modifica la providencia del Tribunal Superior de Quibdó, en cuanto al enjuiciamiento a César Osoniel Arias Rengifo Juez Tercero Penal Municipal Encargado, para ubicarlo como peculado. Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 314

DERECHO DE DEFENSA. Sólo cuando las pruebas solicitadas y omitidas modifiquen radicalmente los resultados del proceso o su decisión o hubieran tenido valor para producir dicha consecuencia, su omisión puede ocasionar la nulidad. SENTENCIA CASACION. 20 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Rechaza el recurso de casación propuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Miguel Angel Ortiz Salazar, por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 320

NULIDAD. CASACION. Técnica. Corresponde examinar en primer lugar, como lo impone la lógica del recurso, las acusaciones a la sentencia fundadas en la causal de casación de la nulidad procesal. SENTENCIA CASACION. 20 DE SEPTIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Rubiel Marino Cadavid Velásquez y otros, por infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. 326

PENA. Generalidades. Con el precepto del artículo 33 de la Ley 2ª de 1984, el legislador establece una orientación sobre la ejecución de las sanciones, para que se tengan como primordiales los fines de protección de la sociedad y prevención general, por encima de consideraciones retributivas y resocializadoras. SENTENCIA CASACION. 20

Páez.

DE SEPTIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Neiva, por medio del cual condenó a Leovigildo Rojas Díaz y José Antonio Pino Girouza, por el delito de extorsión. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 332

REBELION. CONCURSO. Todos aquellos delitos consumados por rebeldes fuera de combate, no quedan impunes y colocan al juzgador en presencia de un concurso heterogéneo de hechos punibles conexos entre sí, sin que puedan considerárseles como parte de la conducta que tipifica el delito de rebelión. SENTENCIA CASACION. 20 DE SEPTIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Carlos Augusto y Yael Ballesteros Vásquez y Concepción Rodríguez Rodríguez, por el delito de tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 337

TERRORISMO. COLISION DE COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PURLICO. El delito de terrorismo se tipifica cuando se emplean o lanzan sustancias u objetos peligrosos, para provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella. La competencia corresponde, en consecuencia, al Juez de Orden Público. AUTO COLISION. 20 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre los Juzgados Décimo de Orden Público y Cuarenta y Tres de Instrucción Criminal de Bogotá. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 343

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Para que una demanda al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, cumpla con las exigencias legales, deben señalarse primero las llamadas "normas medio", esto es, las correspondientes al ordenamiento ritual que fueron infringidas por el Juzgador y luego las precisas normas sustanciales que por esta vía sufrieron infracción. SENTENCIA CASACION. 20 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Declara desierto el recurso de casación, interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Manizales, por medio del cual condenó a José Marino Valencia Vásquez, por infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 348

CONSULTA. PARTE CIVIL. En el grado jurisdiccional de la consulta y porque hay cierto tipo de delitos pluriofensivos como sería el caso de la falsedad, donde se monoscaba el interés colectivo pero también puede afectarse uno particular concreto, debe tenerse bien en cuenta el aspecto fáctico investigado, esto es, si existe en el proceso posibilidad de individualizar el perjuicio o, por el contrario, no concurre esa pretensión. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 21 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Se abstiene de revisar providencia del Tribunal Superior de Cartagena, por medio de la cual ordena cesar el procedimiento adelantado al doctor Gabriel Combat Fonseca - Juez Catorce de Instrucción Criminal. Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia. 351

CONSULTA. EMPLEADO OFICIAL. La ampliación del término prescriptivo del artículo 82 del Código Penal, no puede computarse para efectos

Págs.

de la consulta. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 27 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual ordenó cesar el procedimiento adelantado en contra del doctor William Fernando León Moncaleano - Juez Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 356

AUTO INHIBITORIO. REPOSICION. La ejecutoria formal del auto inhibitorio se puede remover, exclusivamente, en tanto que nuevos medios probatorios, demuestren la necesidad de iniciar investigación penal. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 29 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Se abstiene de conocer del recurso de apelación, contra la providencia del Tribunal Superior de Popayán, por medio de la cual no accedió a la revocatoria del auto inhibitorio, proferido a nombre de la doctora Jenny Rosalía Gómez de Luna - Juez Segundo Penal Municipal de esa ciudad. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 360

COLISION DE COMPETENCIA. NARCOTRAFICO. La tenencia ilegal de elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia, se adecúa en la descripción típica del artículo 43 de la Ley 30 de 1986 y excluye el fenómeno concursal con el delito de contrabando. AUTO COLISION. 29 DE SEPTIEMBRE DE 1988. Se abstiene de pronunciarse sobre la presunta colisión de competencias, entre los Jueces Unico Superior de Aduanas de Cúcuta y Primero Penal del Circuito de Pamplona. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 363

IMPEDIMENTO. COMPETENCIA. Mientras se aplique el ritual previsto en la Ley 2ª de 1984, no hay lugar a la separación del funcionario, por haber conocido la Sala respectiva de apelación en la etapa de instrucción. AUTO IMPEDIMENTO. 3 DE OCTUBRE DE 1988. Declara infundado el impedimento manifestado por el doctor Uriel Buitrago Abate, Magistrado del Tribunal Superior de Manizales. Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 366

CASACION. NULIDAD. La nulidad no puede entremezclarse con las otras causales para ocultar la inoperancia de estas, pues de adoptarse este erróneo procedimiento se estaría demostrando por una vía que no corresponde dando al traste con el recurso. SENTENCIA CASACION. 4 DE OCTUBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al Mayor de la Policía Nacional Abdón Martínez García, por el delito de peculado. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 369

1. SECUESTRO. Cuando el sujeto pasivo del presunto delito de secuestro no es un menor impúber, absolutamente incapaz de consentir, su voluntario abandono del hogar paterno convierte en atípica la conducta. *2. SECUESTRO.* Cuando el legislador tipifica el delito a través de los verbos rectores "arrebatar", "sustraer", "retener" y "ocultar", alude a víctimas que poseen plena capacidad de auto determinación y de locomoción y es evidente que no puede predicarse de los incapaces

Págs.

absolutos y relativos. 3. *SECUESTRO.* No es cierto en la hipótesis delictiva del delito de secuestro simple (art. 269) la edad, la condición mental o física del sujeto pasivo sea un requisito típico y no es cierto que exista como presunción legal o de derecho de un límite de edad o condición mental o física en los términos del Código Civil para la existencia del delito de secuestro. AUTO COLISION. 4 DE OCTUBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 376

Salvamento de voto de los doctores Gustavo Gómez Velásquez y Edgar Saavedra Rojas. 382

Aclaración de voto de los Magistrados Rodolfo Mantilla Jácome y Lisandro Martínez Zúñiga. 385

INIMPUTABILIDAD. De acuerdo con el artículo 29 del Código Penal de 1936, sólo si el procesado obró en estado de intoxicación crónica por ingestión de bebidas alcohólicas, se impone su sometimiento a medidas de seguridad. SENTENCIA CASACION. 6 DE OCTUBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Quibdó, por medio del cual condenó a Julio César Perea Izquierdo, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. 388

PROCESADO. AUDIENCIA PUBLICA. El Código de Procedimiento Penal anterior y el actual, hacen obligatoria la presencia del procesado en la diligencia de audiencia pública, cuando se encuentra privado de su libertad, sin distinción alguna. SENTENCIA CASACION. 11 DE OCTUBRE DE 1988. Casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Nevio López Giraldo, por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 397

VIOLACION INDIRECTA. El yerro por falso juicio de identidad se da cuando el contenido del hecho se le hace coincidir con una norma que no lo contempla. SENTENCIA CASACION. 11 DE OCTUBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Luis Fernando García Vanca, por los delitos de falsedad y peculado. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. 404

REVISION. La Corte repetidamente ha sostenido: La cosa juzgada, que en lo penal no es un dogma de absoluta e incontrastable vigencia, exige para su desconocimiento de elementos muy precisos, indicados por la ley y la doctrina. AUTO REVISION. 13 DE OCTUBRE DE 1988. Desecha la demanda de revisión al proceso que, contra Hernán Díaz Rodríguez, adelantó el Juzgado Cuarto Superior de Pereira, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 410

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS. El nuevo Código de Procedimiento Penal confiere al Juez

Págs.

Penal facultades extrapenales para el restablecimiento del derecho. Su actividad en ese sentido, cumplida en vigencia del estatuto procesal anterior, permite declarar por el principio de favorabilidad, que la conducta imputada no constituye infracción a la ley penal. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 18 DE OCTUBRE DE 1988. Confirma el auto de proceder contra el doctor Petronio Castilla Novoa, Juez Promiscuo Municipal de Viotá, por el delito de detención arbitraria y modifica la misma decisión de sobreseimiento definitivo aplicándola al delito de abuso de función pública. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 416

PRUEBA. Aspectos atinentes a la validez y a la valoración de la prueba trasladada. SENTENCIA CASACION. 18 DE OCTUBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Conrado Grisales Misas, por el delito de abuso de confianza. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. 424

1. *REBELION. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO.* Algunos de los tipos penales contemplados en el denominado estatuto para la defensa de la democracia, constituyen figuras de menor rango que pueden hacer parte estructural del tipo penal de rebelión, como es el caso del artículo 13. Mientras que conforme al artículo 127, los hechos punibles no cometidos en combate o que impliquen actos de ferocidad, barbarie o terrorismo por parte de los rebeldes, dará lugar a un concurso efectivo de tipos entre rebelión y los demás hechos punibles. 2. *SEDICION. REBELION. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO.* En el estatuto para la defensa de la democracia el Ejecutivo de manera inconsistente, incluye comportamientos no necesariamente terroristas o tipifica figuras delictivas en las cuales exaspera las penas, pero que hacen parte de la dinámica de los delitos de rebelión y sedición, mientras para estos mantiene un tratamiento de benevolencia. AUTO COLISION. 18 DE OCTUBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Chinchiná (Caldas) y el Juzgado Especializado de Manizales. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. 431

NOTIFICACION POR EDICTO. TERMINO. Cuando se fija un edicto, ya sea para citar y emplazar a un presunto procesado (para indagatoria) o a quien se ha llamado a responder en juicio criminal (para notificación del auto de proceder) o, para notificar el fallo proferido (sentencia), el término indicado en él no se interrumpe por ningún motivo así el expediente esté o no en la secretaría, mientras que cumple el emplazamiento de rigor. SENTENCIA CASACION. 19 DE OCTUBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó por el delito de estafa y absolvió por el de falsedad a Alberto Sánchez Nossa y Orlando Escobar Sierra. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 437

DEMANDA DE CASACION. Técnica. Las dos clases de infracción —violación directa y violación indirecta— , no pueden presentarse coetáneamente referidas al mismo punto. SENTENCIA CASACION. 20 DE OCTUBRE

Págs.

DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Jesús Tovar Gómez, por los delitos de estafa y defraudaciones. Magistrado ponente doctor Jaime Giraldo Angel. ... 451

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA. Al entrar en funcionamiento el Tribunal Superior de Orden Público, asumió la competencia que le otorga el Decreto 474 de 1988. AUTO COLISION. 25 DE OCTUBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre los Tribunales Superiores de Medellín y de Orden Público. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 458

COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. Estando designados y funcionando los Jueces de Orden Público, el precepto transitorio contemplado en el artículo 25 del Decreto 474 de 1988, dejó de regir en aquellas jurisdicciones donde entraron a operar los funcionarios competentes para conocer de los procesos por las conductas a que se refiere el Decreto 180 de 1988. AUTO COLISION. 28 DE OCTUBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre el Juzgado Primero Especializado de Medellín y el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de la misma ciudad. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 462

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA. Por estar atribuida la competencia para conocer del delito de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional a la jurisdicción de Orden Público, es a ésta a la que le corresponde conocer de los delitos que le sean conexos. AUTO COLISION. 31 DE OCTUBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre los Tribunales Superiores de Medellín y de Orden Público. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 468

1º VEREDICTO. Dentro de las atribuciones que la ley le otorga al Juez de derecho como director de la audiencia, está la de procurar que las respuestas del jurado sean lo suficientemente claras para sustentar en ellas su fallo. *2º VIOLACION DIRECTA.* La violación directa se edifica sobre la vulneración de normas sustanciales, entendiéndose por ellas en general las que establecen derechos y obligaciones y en particular en materia penal, las que señalan los principios fundamentales de este derecho, crean delitos y aplican sanciones. SENTENCIA CASACION. 1º DE NOVIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Sincelejo, por medio del cual condenó a Adolfo Carvajalino Teherán y Angel Tulio Ruiz, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. 473

EXTRADICION. La entrega material del extraditado sólo podrá hacerse cuando, bajo promesa diplomática de las autoridades extranjeras, se hayan dado al Gobierno de Colombia las seguridades sobre la doble incriminación, la cuantía de la pena y la reciprocidad. CONCEPTO EXTRADICION. 2 DE NOVIEMBRE DE 1988. Conceptúa favorablemente a la solicitud del Gobierno Italiano, para la extradición de su ciudadano Carlo Dini. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 479

Págs.

JUSTICIA PENAL MILITAR. PRUEBA. Es acertada la solución del Tribunal Superior Militar, cuando, en procesos adelantados por el procedimiento de los Consejos de Guerra, niega la práctica de alguna prueba, en razón a su manifiesta inconducencia. SENTENCIA CASACION. 2 DE NOVIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó al Cabo Segundo del Ejército Nacional Luciano Morales, por el delito de robo de municiones y elementos destinados al servicio de las Fuerzas Armadas. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 486

CULPABILIDAD. Dentro de los lineamientos generales del derecho que rigen en Colombia, se trata de juzgar —en el derecho penal, contravencional o disciplinario— no sólo la existencia material de una conducta, sino la relación sicológica y culpable de su autor. AUTO UNICA INSTANCIA. 3 DE NOVIEMBRE DE 1988. Decreta el caso de procedimiento adelantado a los doctores Federico Torres Donado y José Eduardo Jiménez, Procurador Tercero Regional de Boyacá y Procurador Delegado para la vigilancia administrativa, en su orden. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 495

IMPEDIMENTO. La prevaloración que el funcionario oficial debe realizar al encontrarse frente a un delito investigable de oficio, no constituye emisión de manifestación impediente, porque actúa en cumplimiento de un deber legal. AUTO IMPEDIMENTO. 4 DE NOVIEMBRE DE 1988. Declara infundado el impedimento manifestado por el doctor J. Héctor Jiménez Rodríguez, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente doctor Jaime Giraldo Angel. 505

COMPETENCIA. Por el solo hecho del procedimiento de la Ley 28 de 1984 y de asignárseles a los Jueces Especializados el conocimiento de específicos delitos, no puede concluirse que se pretendiera crear una jurisdicción distinta y separada de la ordinaria. AUTO COLISION. 9 DE NOVIEMBRE DE 1988. Se abstiene de conocer en relación con la colisión entre el Juzgado Segundo Especializado de Bogotá y el Juzgado Once Superior del mismo Distrito. Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 508

DEMANDA DE CASACION. Técnica. En la técnica de casación que gobierna el manejo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior, se debe determinar la clase de violación de la ley y la conclusión del cargo, esto es, qué se pretende en caso de prosperidad de la acusación. SENTENCIA CASACION. 9 DE NOVIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a José Domingo Bustos Peña, por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. ... 511

FUERO. La norma que establece el fuero para los integrantes de la Policía Nacional —artículo 28 del Decreto 2137 de 1983—, requiere determinar en cada ocasión si los hechos guardan relación con el servicio o se realizaron en ejercicio o funciones o al intervenir en cumplimiento de su obligación. AUTO COLISION. 10 DE NOVIEMBRE DE 1988.

Págs.

Dirime colisión de competencias entre el Comando del Departamento de Policía Guajira y el Juzgado Segundo Superior de Riohacha. Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 518

IMPEDIMENTO. La Sala del Tribunal que haya conocido de la apelación que se surta en la etapa de investigación en determinado proceso, quedará impedida para conocer del mismo en la etapa de juzgamiento. Sin que exista un argumento sensato para separar esa primera fase, con la evaluación de la misma como una etapa independiente. AUTO IMPEDIMENTO. 16 DE NOVIEMBRE DE 1988. Declara fundado el impedimento manifestado por los doctores Alvaro Guevara Sandoval y Alfonso Cuzmán Guzmán, Magistrados del Tribunal Superior de Tunja. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 522

NULIDAD LEGAL. No es motivo de invalidez la inclusión en la providencia calificatoria y la orden de reapertura respecto a sindicados, hasta ese momento, ajenos al proceso. SENTENCIA CASACION. 16 DE NOVIEMBRE DE 1988. Desecha el recurso de casación contra el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga por medio del cual condenó a Jesús Antonio Ramírez, por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 527

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La decisión a que alude el artículo 476 del Código de Procedimiento Penal, permite determinar el procedimiento abreviado en el mismo momento de la resolución de la situación jurídica. SENTENCIA CASACION. 16 DE NOVIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Carlos Julio Cardozo Pérez, por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 532

REHABILITACION. Lo dispuesto por el artículo 92 del Código Penal, sólo se aplica cuando no ha transcurrido el término de la sanción impuesta como interdicción de derechos y funciones públicas, pues cuando tal pena se ha cumplido, la disposición que regula el asunto es el artículo 205 de la Ley 28 de 1979 -Código Electoral-. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 16 DE NOVIEMBRE DE 1988. Se inhibe de conocer de la solicitud de rehabilitación dirigida por Alvaro Sánchez Muñoz, quien fuera condenado a la interdicción de derechos y funciones públicas por intervención política. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 537

REO AUSENTE. NOTIFICACION. Cuando se desconoce el paradero del procesado que ha sido vinculado mediante declaratoria de reo ausente y desde este momento procesal ningún dato cierto aparece sobre su residencia o sitio de trabajo, la notificación que se haga a su defensor oficioso resulta completamente válida. SENTENCIA CASACION. 16 DE NOVIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Manizales, por medio del cual condenó a Alberto López Vargas, Escipión Becerra Dolgado y Marco Aurelio Villegas Villada, por infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 544

Págs.

CONFESION. FLAGRANCIA. Siendo la confesión el reconocimiento libre y espontáneo de hechos perjudiciales, calificada o no, y estando consagrada como factor determinante de rebaja de pena en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal actual sin condicionamientos modales de ninguna índole distintos del descubrimiento en flagrancia del delincuente, como claramente lo prevén esa norma y sus concordantes, no puede ser desconocida en detrimento del principio de favorabilidad. SENTENCIA CASACION. 17 DE NOVIEMBRE DE 1988. Casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Miguel Angel González Bejarano, por los delitos de falsedad en documentos y estafa. Magistrado ponente doctor Jaime Giraldo Angel. 551

1. PENA. PERJUICIO. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO. Cuando la restitución del objeto materia del delito o su valor no es procedente, no puede exigírsele al responsable, por imposible, la restitución "natural", ni por injusta la restitución "por equivalencia". En estos casos, el responsable se hace acreedor a la diminuente punitiva, con el solo hecho de indemnizar los perjuicios de orden material y moral causados con su ilícita conducta, pero es necesario que la imposibilidad de restitución no haya sido creada por el responsable. Salvamento de voto. *2. PENA. PERJUICIO. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO.* Aún partiendo de la simple interpretación literal del artículo 374 del Código Penal se llega a la conclusión de que para que el beneficio se pueda dar, se requieren dos elementos: La restitución del bien y el pago de perjuicios, y que ello se haga por el responsable de la infracción en forma voluntaria. En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia y aclaración de voto del 25 de noviembre, Radicación número 3724. SENTENCIA. CASACION. 21 DE NOVIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Fabio Antonio Tuberquia Carvajal y Darío Alberto García Gómez, por el delito de hurto. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. 557

Aclaración de voto de los doctores Jaime Giraldo Angel y Gustavo Gómez Velásquez. 564

PARTICIPACION. VEREDICTO. La responsabilidad penal es individual y de esa manera se rinde el veredicto, sin que se desconozca la intervención de otros partícipes en la comisión del delito. SENTENCIA CASACION. 23 DE NOVIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Reinaldo Rueda Almonacid o Carlos Enrique Malhecha, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 566

PREVARICATO. En los casos de falta de claridad sobre la norma aplicable y por la naturaleza interpretativa del asunto, no puede hablarse de violación manifiesta de la ley, tal como lo exige el artículo 149 del Código Penal, para que se tipifique el delito de prevaricato. SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA. 23 DE NOVIEMBRE DE 1988. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual

Págs.

condenó al doctor Gustavo Trujillo Cortés, Juez Civil del Circuito de Fusagasugá, por el delito de prevaricato, en su lugar lo absuelve. Magistrado ponente doctor Jaime Giraldo Angel. 573

RECONSTRUCCION DE EXPEDIENTES. No se ha dicho por el legislador que la reproducción debe ser integral y absoluta y que si ésta no se obtiene no es factible continuar o concluir el proceso. SENTENCIA CASACION. 23 DE NOVIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Efraín Perdomo Reyes por infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 578

GRADO DE JURISDICCION. NULIDAD. La omisión del Superior en dictar el fallo sustitutivo, implica una repetición innecesaria de providencias que no necesariamente viola el derecho de defensa. SENTENCIA CASACION. 24 DE NOVIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Quibdó, por medio del cual condenó a Jesús Lloreda Bermúdez, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Jaime Giraldo Angel. 585

PREVARICATO. DERECHO DISCIPLINARIO. La declaratoria de insubsistencia prevista en el artículo 115 del Decreto 1660 de 1978 es una medida excepcional aplicable sólo por la falta de requisitos y calidades exigidos para el cargo. Si la insubsistencia se declara por otra razón, el funcionario que la ordene incurre en prevaricato por acción. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 24 DE NOVIEMBRE DE 1988. Confirma parcialmente la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual dictó resolución acusatoria contra la doctora Oleyda Martínez Ruiz, Juez Promiscuo Municipal de Betania, por los delitos de abuso de autoridad. Ubica la conducta como delito de prevaricato. Magistrado ponente doctor Jaime Giraldo Angel. 588

COLISION DE COMPETENCIAS. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. El artículo 2º inciso 2º del Decreto 474 de 1988 señala expresamente entre los delitos cuyo conocimiento corresponde a los Jueces de Orden Público, el de amenazas familiares o personales, para el que como ya se expresó no se contempla la finalidad terrorista. AUTO COLISION. 25 DE NOVIEMBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre el Juzgado Primero de Orden Público de Medellín y el 84 de Instrucción Criminal con sede en Santa Bárbara (Antioquia). Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 596

COLISION DE COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. Si la colisión no involucra a la "jurisdicción ordinaria" sino que compromete a dos jueces que, por disposición legal, hacen las veces de Jueces de Orden Público, por conocer de hechos de su competencia, la Corte resulta ajena a enfrentamiento semejante, el cual, por virtud de las reglas generales sobre la materia, debe ser resuelto por el Tribunal de Orden Público. AUTO COLISION. 28 DE NOVIEMBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre los Juzgados Cuarto de Instrucción Criminal de Ciénaga y Unico Especializado de Magdalena. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. ... 599

Págs.

FLAGRANCIA. CULPABILIDAD. La aceptación de la tesis de que la situación de flagrancia releva de argumentaciones respecto de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, llevaría a la aprobación de la responsabilidad objetiva que está proscrita de la legislación colombiana. SENTENCIA CASACION. 28 DE NOVIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio del cual condenó a Carlos Antonio García Chávez y Maximino Rodríguez Reyes, por el delito de conservación o tenencia de estupefacientes. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 603

DEMANDA DE CASACION. Técnica. La fundamentación del recurso de casación debe ser precisa y lógica, sin confusión ni equivocidad de ninguna especie, ya que justamente es el recurrente quien le marca y define a la Corte el camino a seguir, sin que sus yerros puedan ser corregidos ni sus deficiencias colmadas. SENTENCIA CASACION. 29 DE NOVIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Josué Cubides Roa, por el delito de homicidio. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. ... 615

DERECHO DE DEFENSA. PRUEBAS. Práctica. El derecho a la defensa no es una potestad absoluta de las partes que se vea lesionado ante cualquier actividad del director del proceso que tienda a limitar la actuación a los asuntos materia de investigación, sino que es una garantía de que se evacuarán las pruebas atinentes a los hechos investigados, pero sólo ellos. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 2 DE DICIEMBRE DE 1988. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual denegó la práctica de algunas pruebas solicitadas dentro del proceso que se sigue contra la doctora Constanza Borray Franco, Juez Segundo Civil Municipal de Fusagasugá, por el delito de abuso de autoridad. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. 620

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS. COMPETENCIA. Del mismo texto del Decreto 1667 de 1987 se desprende que en la conducción de las armas que deben tenerse como de uso privativo de las Fuerzas Armadas, opera en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 2003 de 1982. AUTO COLISION. 6 DE DICIEMBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Medellín y el Séptimo de Orden Público de la misma ciudad. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. 625

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA. La legislación ordinaria fue modificada temporalmente, como se desprende del contenido de los Decretos 180, 181, 333 y 474 de 1988, que crearon unos tipos penales especiales denominados delitos de terrorismo y atribuyeron su conocimiento, investigación y fallo a los Jueces de Orden Público. AUTO COLISION. 6 DE DICIEMBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre el Juzgado Segundo de Orden Público y el Noventa y Tres de Instrucción Criminal de Bogotá. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. 632

LEY PENAL EN EL TIEMPO. NARCOTRAFICO. Debe entenderse que no existió solución de continuidad entre los Decretos 408 y 1203 de 1988,

Págs.

y que este último recogió, para continuarlas, las disposiciones de aquél. SENTENCIA CASACION. 6 DE DICIEMBRE DE 1988. No casa el fallo del Tribunal Superior de Florencia, por medio del cual condenó a Silvio García Guarín y Jorge Antonio González Fuentes, por infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. 637

REBELION. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. El Decreto legislativo 2490 de 1988 asigna el conocimiento del delito de rebelión y los que le sean conexos a la jurisdicción especial de Orden Público. AUTO COLISION. 6 DE DICIEMBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre el Tribunal Superior de Manizales y el Tribunal Superior de Orden Público. Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz. 645

1º COLISION DE COMPETENCIA. CONGRESO. La condición de Senador implica una investidura y una actividad que trasciende los muros del Congreso y las reuniones reglamentarias del mismo. Actúa así dentro de las funciones propias de su cargo y, por lo tanto, goza del privilegio que le otorga el artículo 106 de la Constitución Nacional. *2º COLISION DE COMPETENCIA. CONGRESO.* La garantía de índole política (inviolabilidad) tan necesaria y vital para el cabal ejercicio de la función de control y fiscalización que debe realizar el parlamentario, la consagra el constituyente pero la aplica, cuando se trata de su incidencia en una conducta delictiva, la Rama Jurisdiccional. *3º COLISION DE COMPETENCIA.* En materia judicial sólo puede presentarse colisión de competencia entre personas o entidades que cumplan funciones jurisdiccionales en forma permanente u ocasional, y por razón de ellas. AUTO COLISION. 9 DE DICIEMBRE DE 1988. Dirime colisión de competencias entre el Presidente del honorable Senado de la República y el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Bogotá. Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. 650

Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. 657

Salvamento de voto del doctor Jaime Giraldo Angel. 660

PRUEBA. JUEZ. Atribuciones. Las facultades oficiosas del Juez Civil en la producción de la prueba no pueden equipararse a las amplísimas de los jueces penales, ni analizarse bajo la misma mentalidad. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 9 DE DICIEMBRE DE 1988. Revoca y confirma parcialmente la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual ordenó cesar el procedimiento adelantado contra el doctor Edgar Carlos Sanabria Molo, Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá. Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. 662

SECUESTRO. COMPETENCIA. Los secuestros que recaigan sobre sujetos no incluidos en el elenco del inciso 2º del Decreto 474 de 1988, escapan a la jurisdicción de Orden Público, para caer en la competencia de los Juzgados Especializados. AUTO COLISION 12 DE DICIEMBRE DE 1988.

Págs.

Se abstiene de dirimir un supuesto conflicto de competencias entre los Juzgados Treinta y Seis de Instrucción Criminal Especializado del Tolima y Cinco de Instrucción Criminal con sede en Melgar. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. 673

INDICE ALFABETICO PARA PUBLICAR
SEGUNDO SEMESTRE 1988

Págs.

A

ABUSO DE AUTORIDAD 1º. PREVARICATO 2º. 198

Salvamento de voto. Magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas. ... 205

APELACION. 132

ARMAS DE USO PRIVATIVO. COMPETENCIA. 626

AUTO INHIBITORIO. APELACION. 228

AUTO INHIBITORIO. REPOSICION. 380

C

CAMBIO DE RADICACION. 305

CASACION. ADMISION. 189

CASACION. INTERVINIENTES. 159

CASACION. NULIDAD. 369

CASACION. PROCEDIMIENTO. 265

CASACION. TECNICA. 103

CASACION. TECNICA. 243

CASACION. TECNICA. DERECHO DE DEFENSA. 38

CASACION. VEREDICTO. 143

CESACION DE PROCEDIMIENTO. COMPETENCIA. 12

CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR. 285

COLISION DE COMPETENCIA. JUICIOS ANTE EL SENADO. 248

COLISION DE COMPETENCIAS. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. 595

COLISION DE COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. 599

COLISION DE COMPETENCIA. NARCOTRAFICO. 363

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. 68

Págs.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. ... 268

CONFESION. FLAGRANCIA. ... 551

COMPETENCIA. ... 508

COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. ... 462

CONSULTA. EMPLEADO OFICIAL. ... 356

CONSULTA. PARTE CIVIL. ... 351

CONSULTA. TRANSITO DE LEGISLACION. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. ... 24

CULPABILIDAD. ... 495

D

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO 1º. ABUSO DE CONFIANZA 2º. ... 56

DEMANDA DE CASACION. TECNICA. ... 29

Salvamento de voto. Magistrados doctores Lisandro Martínez Zúñiga y Guillermo Dávila Muñoz. ... 37

DEMANDA DE CASACION. TECNICA. ... 451

DEMANDA DE CASACION. TECNICA. ... 511

DEMANDA DE CASACION. TECNICA. ... 615

DERECHO DE DEFENSA. ... 320

DERECHO DE DEFENSA. ACUMULACION. ... 186

DERECHO DE DEFENSA. NULIDAD SUPRALEGAL. ... 7

DERECHO DE DEFENSA. PRUEBAS. PRACTICA. ... 620

DETENCION PREVENTIVA. ... 280

E

ESTAFA 1º. FALSEDAD. ... 96

Salvamento de voto. Magistrados doctores Edgar Saavedra Rojas y Jorge Carreño Luengas. ... 100

ESTAFA. FALSEDAD. ... 172

EXTRADICION. ... 479

F

FALSEDAD EN DOCUMENTOS. CONCURSO 1º. FALSEDAD EN DOCUMENTOS 2º. ... 272

Págs.

FLAGRANCIA. CULPABILIDAD. 603

FUERO. 513

G

GRADO DE JURISDICCION. NULIDAD. 585

I

IMPEDIMENTO. 522

IMPEDIMENTO. 282

IMPEDIMENTO. 209

IMPEDIMENTO. 505

IMPEDIMENTO. COMPETENCIA. 366

IMPEDIMENTO. INDAGACION PRELIMINAR. 20

IMPEDIMENTO JUSTICIA PENAL MILITAR. 17

INIMPUTABILIDAD. 388

J

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA 458

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA. 468

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA. 632

JUSTICIA PENAL MILITAR. COMPETENCIA. 195

JUSTICIA PENAL MILITAR. PRUEBA 486

L

LEY PENAL EN EL TIEMPO. NARCOTRAFICO. 637

LIBERTAD CONDICIONAL. 76

LIBERTAD CONDICIONAL. JUSTICIA PENAL MILITAR. 139

LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACION. 176

M

MINISTERIO PUBLICO. CASACION. 255

Págs.

N

NARCOTRAFICO. ... 111

NARCOTRAFICO. TRANSITO DE LEGISLACION. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. ... 84

NULIDAD. CASACION. TECNICA. ... 326

NULIDAD. INIMPUTABILIDAD 1º. NULIDAD. INIMPUTABILIDAD 2º. 234

Salvamento de voto. Magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz. ... 239

NULIDAD LEGAL. ... 527

NULIDAD LEGAL. NULIDAD SUPRALEGAL. ... 47

NOTIFICACION POR EDICTO. TERMINOS. ... 437

P

PARTICIPACION. VEREDICTO. ... 566

PECULADO. ... 314

PENA. GENERALIDADES. ... 332

PENA. PERJUICIOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO. ... 557

Aclaración de voto. Magistrados doctores Jaime Giraldo Angel y Gustavo Gómez Velásquez. ... 564

PRESCRIPCION DE LA ACCION. PRESCRIPCION DE LA PENA. ... 122

PREVARICATO. ... 573

PREVARICATO. DERECHO DISCIPLINARIO. ... 588

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. CESACION DE PROCEDIMIENTO. ... 190

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS. ... 416

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. ... 539

PROCESADO. AUDIENCIA PUBLICA. ... 397

PROCESADO. DEFENSOR. ... 151

Salvamento de voto. Magistrados doctores Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Didimo Páez Velandia y Edgar Saavedra Rojas. 156

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. ... 78

PROVIDENCIA. COLISION DE COMPETENCIA. CONGRESO 1º. COLISION DE COMPETENCIA. CONGRESO 2º. COLISION DE COMPETENCIA 3º. 650

Salvamento de voto. Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez. ... 657

Salvamento de voto. Magistrado doctor Jaime Giraldo Angel. ... 660

Págs.

PRUEBA. 424

PRUEBA. JUEZ. ATRIBUCIONES. 662

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD 1º. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD 2º. 216

Salvamento parcial de voto. Magistrados doctores Guillermo Duque Ruiz y Didimo Páez Velandia 225

R

REBELION. CONCURSO. 337

REBELION JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO 1º. SEDICION. REBELION JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO 2º. 431

REBELION. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. 645

RECONSTRUCCION DE EXPEDIENTES. 578

REHABILITACION. 537

REO AUSENTE NOTIFICACION. 544

REVISION. 410

REVISION. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. 54

REVISION 1º. USURPACION 2º. 90

S

SECUESTRO 1º. SECUESTRO 2º. SECUESTRO 3º. 376

Salvamento de voto. Magistrados doctores Gustavo Gómez Velásquez y Edgar Saavedra Rojas. 382

Aclaración de voto. Magistrados doctores Lisandro Martínez Zúñiga y Rodolfo Mantilla Jácome. 385

SECUESTRO. COMPETENCIA. 673

T

TENTATIVA. TIPICIDAD. 165

TERRORISMO. COLISION DE COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. 292

TERRORISMO. COLISION DE COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. 343

Págs.

V

VEREDICTO. 309
VEREDICTO 1º. VIOLACION DIRECTA 2º. 473
VIOLACION INDIRECTA. 404
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. 348