REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NÚMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCLI SEGUNDO SEMESTRE 1997 NUMERO 2490

VOLUMEN II

SANTA FE DE BOGOTA D.C., COLOMBIA AÑO 1999

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCLI - NUMERO 2480

SEGUNDO SEMESTRE DE 1997

SALA DE CASACION PENAL

Santafé de Bogotá D. C., Colombia - 1998

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1997

SALA PLENA

Doctores: *Didimo Paez Velandia* - Presidente
Nicolás Becharà Simancas - Vicepresidente
Blanca Trujillo de Sanjuán - Secretaria General

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Doctor: *José Fernando Ramírez Gómez* - Presidente
Lina María Torres González
Roberto Peñuela Alfonso - Secretarios

MAGISTRADOS
Doctores: *Carlos Esteban Jaramillo Schols*
Pedro Lafont Pianetta
José Fernando Ramírez Gómez
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra
Jorge Santos Ballesteros

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor: *Francisco Escobar Henríquez* - Presidente
Doctora: *Laura Margarita Manotas G.* - Secretaria

MAGISTRADOS
Doctores: *Rafael Méndez Arango*
Francisco Escobar Henríquez
José Roberto Herrera Vergara
Jorge Iván Palacio Palacio
Germán Gonzalo Valdés Sánchez
Ramón Zúñiga Valverde
Fernando Vásquez Botero

SALA DE CASACION PENAL

Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote* - Presidente
Patricia Salazar Cuéllar - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores: *Ricardo Calvete Rangel*
Nilson Elías Pinilla Pinilla - Mario Mantilla Nougues
Fernando Enrique Arboleda Ripoll
Carlos Eduardo Mejía Escobar
Didimo Páez Velandia
Jorge Enrique Córdoba Poveda
Juan Manuel Torres Fresneda
Carlos Augusto Gálvez Argote
Jorge Aníbal Gómez Gallego

RELATORES

Doctoras: *Liliana Polanía Alvarez*
Sala de Casación Civil y Agraria

Esperanza Inés Márquez Ortiz
Sala de Casación Laboral

Ayda Lucy López de Giraldo
Sala de Casación Penal

Beatriz Eugenia Cortés Becerra
Tutelas

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL	DOCTORA LILIANA POLANÍA ALVAREZ
RELATORA SALA LABORAL	DOCTORA ESPERANZA INÉS MÁRQUEZ ORTIZ
RELATORA SALA PENAL	DOCTORA AYDA LUCY LÓPEZ DE GIRALDO
RELATORA TUTELAS	DOCTORA BEATRIZ EUGENIA CORTÉS BECERRA

TOMO CCLI - SEGUNDO SEMESTRE - Número 2490

REBELION / LIBERTAD PROVISIONAL / ANTECEDENTES

El hecho punible de rebelión por sí solo se ha erigido en un motor del quebrantamiento persistente del orden jurídico y de la inestabilidad que con brotes de desesperación acompaña a los asociados y no meramente al establecimiento constitucional. Prueba de ello es que, desde el punto de vista político-criminal legislativo, el Estado se vio compelido a intensificar notoriamente las penas para el solo delito de rebelión (Decreto Legislativo 1857 de 1989, art. 1°), actitud que se sintió necesario prolongar en el tiempo por la vigencia con vocación de permanencia del artículo 8° del Decreto 2266 de 1991.

La enorme confusión que han generado dentro de la población los grupos insurgentes, como aquel en el cual fue hallado incurso el procesado (según el fallo recurrido en casación), y también las dificultades que han generado en la búsqueda de la respuesta adecuada del Estado, se debe a un trastocamiento de los objetivos de tales movimientos cuya rebeldía apunta a un cambio político. De modo que, si se examina el sentido preventivo

general (protección social) involucrado en la fórmula de los "antecedentes de todo orden", que refiere el artículo 72 del Código Penal, no se cuenta con la seguridad necesaria para anticipar que se producirá el reintegro pacífico del condenado a la sociedad. En efecto, por una paradoja que no se aviene con los fines buscados, las acciones de la insurrección armada han derivado en el inmenso temor y el sometimiento de la comunidad a cuya redención supuestamente se aspira.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., dos de octubre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 13557 Aprobado Acta No. 118

VISTOS

Aun en trámite el recurso extraordinario de casación, interpuesto oportunamente por los defensores de los procesados *Misael Baquero López y Víctor Manuel Delgado Baquero*, el primero de ellos presentó escrito fechado el 5 de marzo de 1997, mediante el cual solicita "la libertad condicional" del convicto *Misael Baquero López*, considerando satisfechos en su favor los requisitos objetivos y subjetivos consagrados en el artículo 72 del Código Penal, petición que fue negada por el Tribunal mediante auto del 14 del mismo mes y año. Contra esta decisión el defensor interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

El 29 de abril del presente año, el mismo abogado solicita al Tribunal "se ordene surtir el trámite del recurso de apelación interpuesto contra la providencia interlocutoria que denegó la libertad provisional de mi defendido. En su defecto interpongo el recurso de hecho". El Tribunal Nacional, el 20 de mayo último, resuelve "denegar, por improcedente el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado *Misael Baquero López.*"

La actuación se remitió a esta Corporación para surtir el recurso extraordinario de Casación interpuesto y sustentado en oportunidad por el defensor del procesado *Misael Baquero López*, momento en el cual su defensor presenta nuevo escrito para solicitar:

"1o. Con todo respeto, pido se resuelva a la mayor brevedad posible el recurso de hecho que interpuse contra decisión del Tribunal Nacional que denegó la libertad provisional de mi defendido.

"2o. De no considerarse procedente por parte de la Honorable Corte el pedido del numeral primero de este escrito, solicito que se

tenga este memorial como una petición directa a la Honorable Corte Suprema de Justicia de la libertad provisional del señor *Misael Baquero López...*".

Aunque en esta oportunidad no acredita tiempo de trabajo o estudio y calificaciones de su conducta, es lo cierto que en el expediente ya obran certificaciones al respecto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Misael Baquero López fue condenado por un Juzgado Regional de la ciudad a la pena principal de 84 meses de prisión, como coautor del delito de rebelión, decisión que fue confirmada el 10 de septiembre de 1996 por el Tribunal Nacional.

No se pronunciará la Sala sobre el recurso de hecho, anticipadamente propuesto por el defensor del procesado *Baquero López*, por ser manifiestamente improcedente, habida cuenta que el Tribunal Nacional actúa en este asunto como juez de segundo grado y no como *a quo*. De ahí que se despachará solamente lo pertinente sobre la libertad provisional que invoca el togado.

El convicto se encuentra detenido por cuenta de este proceso desde el 28 de julio de 1993, es decir, que a la fecha, lleva en detención física cincuenta (50) meses y cuatro (4) días.

Tiene acreditadas 6.244 horas de trabajo en actividades de artesanías debidamente certificadas por los centros carcelarios donde ha permanecido recluído, cuyas directivas han calificado su conducta como buena en unos casos y ejemplar en otros.

El tiempo laborado le representa una redención de pena equivalente a 13 meses, los que sumados al que lleva en detención física, arrojan un total de sesenta y tres (63) meses y cuatro (4) días, superiores a los 56 meses que representan las dos terceras partes de la pena, razón por la cual ya cumple con el requisito objetivo del artículo 72 del Código Penal; por ello se entra a estudiar el componente subjetivo para determinar la viabilidad o no del sustituto al que aspira.

El estudio de esta exigencia legal comprende un examen integral que involucre factores como su personalidad, su comportamiento intracarcelario y sus antecedentes de todo orden, a fin de establecer si en verdad ha operado su rehabilitación.

De autos y por labores de inteligencia militar, se sabe que en el mes de junio de 1993 se reunirían algunos cabecillas del grupo insurgente Farc, que frecuentaban diversos inmuebles del sur de la capital. Iniciadas las correspondientes diligencias de allanamiento

por parte de la Fiscalía Regional, se hallaron en dichos inmuebles diversos elementos como una lona de color verde militar, un revólver Smith Wesson, calibre 32 largo, un poncho de igual color, tipo militar, un equipo de campaña y un folleto alusivo a la octava conferencia nacional de las Farc-EP, entre otra documentación. Fueron retenidos en el operativo varios sujetos, entre los que se encontraba *Misael Baquero López*.

Para el examen propuesto, se parte de la premisa de que el procesado fue condenado por un delito de rebelión, cuestión que no se discute en esta oportunidad, habida cuenta que eventualmente sería el objeto de tratamiento en la definición del recurso de casación.

Así entonces, aunque para el sentenciado no existen condenas por otros execrables delitos que lamentablemente la subversión ha puesto en funcionamiento para buscar sus objetivos (extorsión, secuestro, terrorismo, homicidio), lo cierto es que el hecho punible de rebelión por sí solo se ha erigido en un motor del quebrantamiento persistente del orden jurídico y de la inestabilidad que con brotes de desesperación acompaña a los asociados y no meramente al establecimiento constitucional. Prueba de ello es que, desde el punto de vista político-criminal legislativo, el Estado se vio compelido a intensificar notoriamente las penas para el solo delito de rebelión (Decreto Legislativo 1857 de 1989, art. 1°), actitud que se sintió necesario prolongar en el tiempo por la vigencia con vocación de permanencia del artículo 8°-del Decreto 2266 de 1991.

La enorme confusión que han generado dentro de la población los grupos insurgentes, como aquel en el cual fue hallado incurso el procesado (según el fallo recurrido en casación), y también las dificultades que han generado en la búsqueda de la respuesta adecuada del Estado, se debe a un trastocamiento de los objetivos de tales movimientos cuya rebeldía apunta a un cambio político. De modo que, si se examina el sentido preventivo general (protección social) involucrado en la fórmula de los "antecedentes de todo orden", que refiere el artículo 72 del Código Penal, no se cuenta con la seguridad necesaria para anticipar que se producirá el reintegro pacífico del condenado a la sociedad. En efecto, por una paradoja que no se aviene con los fines buscados, las acciones de la insurrección armada han derivado en el inmenso temor y el sometimiento de la comunidad a cuya redención supuestamente se aspira. En virtud de estas connotaciones, sin perjuicio de las decisiones posteriores, no procede la excarcelación provisional con fundamento en los requisitos de la libertad condicional.

Basten las anteriores consideraciones para que *la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*,

RESUELVE:

1. Negar la libertad provisional solicitada en favor del procesado *Misael Baquero Lopez.*

2. Por ser manifiestamente improcedente, no se examina la petición de recurso de hecho.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll Ricardo Calvete Rangel, Jorge Cordoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia, Mario Mantilla Nougues,Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE DEFENSA / PECULADO POR APROPIACION

Si el propósito del demandante era mostrar que la aplicación de la figura de la determinación constituía una falla procedimental atribuible al juzgador de segundo grado, debió apuntar todo su esfuerzo racional a ese objetivo, explicando en qué consistió la irregularidad, la forma como ella conculcó las garantías del procesado y trascendió al contenido de la sentencia atacada.

En la configuración del delito de peculado por apropiación, la circunstancia modal que con el vocablo "administración" describe el vínculo entre el sujeto agente y el objeto material del hecho punible, no circunscribe el proceder delictual a la emisión de un "acto administrativo" con validez jurídica ni a la participación exclusiva y excluyente de una sola persona, pues la expresión tiene un amplio sentido gramatical, como que involucra a todos aquellos que intervienen y participan permitiendo la ejecución compleja de la función pública.

*Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal-*_Santafé de Bogotá D.C.,dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Proceso No. 11657 Aprobado Acta No. 116 (Sept.30/97)

VISTOS:

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de *Milciades Novoa Rodríguez, Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo y Martha Esperanza Peñarete Beltrán*, contra la sentencia del 18 de agosto de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la condena impuesta a aquellos procesados por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de esta ciudad, como coautores del delito de Peculado por Apropiación en contra del patrimonio de la Caja de Previsión Social del Departamento de Cundinamarca.

HECHOS

La sentencia impugnada sintetiza lo ocurrido así:

"En noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el abogado *Milciades Novoa Rodríguez* presentó ante la Caja de Previsión Social de Cundinamarca (Caprecundi) solicitud de reconocimiento y pago de pensión vitalicia de jubilación o, en su defecto, pensión de vejez, por haber laborado por más de quince (15) años al servicio del Estado y ser mayor de sesenta (60) años de edad; aportó a ese pedimento algunas certificaciones tendientes a demostrar el tiempo de servicio y, como prueba supletoria, declaraciones extrajuicio para acreditar su vinculación laboral como Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado. En diciembre del mismo año la solicitud fue devuelta a la División Jurídica por la Sección de liquidación por cuanto ésta no podía efectuarse con la prueba sumaria llegada hasta tanto no se agotara la demostración del derecho pretendido con medios probatorios principales, como lo prevén normas de orden legal (las leyes 6a de 1945 y 50 de 1986).

"En abril de 1988, *Novoa Rodríguez* reiteró el reconocimiento y pago de la prestación atrás aludida y aportó certificaciones expedidas por entes oficiales en las que se daba cuenta de la ausencia de registros que permitieran establecer que el mencionado pretendiente si hubiese laborado en esas entidades y por el tiempo por él aludido. La Sección de Auditoria de Caprecundi, en diciembre del citado año, devolvió el expediente a la oficina Jurídica haciendo notar claramente varias inconsistencias y exigió se hiciera claridad sobre el tiempo de servicio para establecer si realmente el peticionario tenía derecho al reconocimiento y pago de la prestación reclamada. Por último, el solicitante en mención, asistido por la ex empleada asesora o sustanciadora de Caprecundi *Martha Esperanza Peñarete Beltrán*, y quien en ejercicio de su cargo había conocido del expediente en mención, allegó nueva documentación, fotocopia simple de anales de la Asamblea de Cundinamarca y transcripciones de providencias del Honorable Consejo de Estado, la que solicitó se tuviera en cuenta como prueba supletoria e insistió en el reconocimiento de la pensión de jubilación.

"No habiéndose subsanado las irregularidades e inconsistencias que reiteradamente hicieron notar las secciones de Liquidación y Auditoria de Caprecundi, se elaboró por la Asesora *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo*, amiga y ex compañera de labores de la abogada *Peñarete Beltrán*, proyecto de resolución en la que se liquidó y ordenó pagar a favor de *Milciades Novoa Rodríguez* la suma de $21.126.188,43, como mesadas atrasadas por el tiempo comprendido desde el momento en que "adquirió el derecho", el pago mensual de $460.753,23

desde septiembre a diciembre de 1989 y a partir de enero de 1990 mesadas de $580.869,30. Dicho reconocimiento y erogación se dispuso, con base en el referido proyecto, en resolución No. 6899 del 27 de diciembre de 1989, acto administrativo que fue visado, entre otros, por la Asesora Jurídica *Gloria Amparo Cuéllar Moreno* y autorizado por el Gerente de la Entidad, (absuelto) *William PArra Duran*. Se menoscabó (así) el patrimonio económico de la Caja de Previsión Social del Departamento porque se demostró que *Novoa Rodríguez* no tenía derecho a la prestación pensional reclamada, liquidada, reconocida y pagada por no haber laborado en entidades oficiales durante el tiempo que la ley determina".

Es de aclarar que para el reconocimiento de la pensión resultó determinante un concepto jurídico rendido por la doctora *Bocanegra Jaramillo*, admitiendo por válidas pruebas deficientes aportadas por el trabajador.

ANTECEDENTES

Las diligencias practicadas por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación y por el Juzgado 60 de Instrucción Criminal Ambulante sirvieron de base para que en auto del 21 de noviembre de 1990 el Juzgado Ochenta y Siete de Instrucción Criminal abriera el proceso penal, al cual fueron vinculados mediante indagatoria *Milciades Novoa Rodríguez Martha Peñarete, Amparo Bocanegra, William Parra, Moisés Grimaldi, Luis Eduardo Rozo y Gloria Amparo Cuéllar; como personas ausentes Carlos Camacho, Alberto Echeverría, Rómulo Anzola y Pedro León Ahumada.*

La situación jurídica de los procesados la contiene el auto fechado el 7 de junio de 1991; en él se dispuso someter a los indagados, a medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de prevaricato por acción. A los ausentes se les impuso la medida de aseguramiento consistente en caución prendaria, por el delito de falso testimonio. No obstante, el 23 de agosto siguiente, al decidir la apelación interpuesta contra tal determinación, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá modificó la adecuación típica de las conductas imputadas a *Milciades Novoa Rodríguez, Martha Peñarete, Isabel Amparo Bocanegra, William Parra, y Gloria Amparo Cuéllar* para señalarlos como copartícipes del delito de Peculado; además, a los dos primeros también les imputó el delito de falso testimonio.

El 29 de noviembre de 1991, el instructor admitió la intervención de la Caja de Previsión de Cundinamarca en condición de parte civil.

Allegada una diversidad de elementos de convicción, con fecha del 15 de enero de 1992, el instructor calificó el sumario profiriendo

Resolución Acusatoria contra *Milciades Novoa Rodríguez, y Martha Peñarete* como coautores de los delitos de peculado por apropiación y falso testimonio; contra *Isabel Amparo Bocanegra* y Gloria Amparo Cuéllar como coautores de Peculado por apropiación; contra Carlos Camacho, Alberto Echavarría y Pedro León Ahumada como autores del delito de falso testimonio; y contra William Parra Durán como autor del delito de Peculado Culposo.

La precedente resolución fue impugnada en forma principal y subsidiaria. La providencia que decidió el recurso de reposición modificó la situación jurídica de *Martha Peñarete* en el sentido de ordenar la cesación de procedimiento por el delito de falso testimonio y la reapertura de la investigación por el delito de Peculado por Apropiación. También se dispuso la reapertura investigativa en relación con la conducta de *Isabel Amparo Bocanegra y Gloria Cuéllar*. Por último cesó el procedimiento en favor de William Parra Durán y Dilia María González.

El 6 de octubre de 1992, la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca decidió la apelación modificando el calificatorio en el sentido de acusar a *Martha Peñarete, Isabel Bocanegra, Gloria Cuéllar, Carlos Gutiérrez, Rafael Bernal y William Parra* como coautores del delito de Peculado.

De otra parte, por haber prescrito la acción penal correspondiente al delito de falso testimonio, ordenó precluir la investigación que se adelantaba contra *Milciades Novoa, Martha Peñarete, Carlos Camacho Espinosa, Alberto Echavarría Novoa, Pedro Nelson Ahumada y Rómulo Anzola*.

La causa estuvo al conocimiento del Juez Décimo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, quien la asumió a comienzos de noviembre de 1992 y la concluyó el 15 de mayo de 1995 al dictar la sentencia que contiene, entre otras, estas determinaciones:

1. Condena a *Milciades Novoa Rodríguez, Martha Esperanza Peñarete Beltrán e Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo*, como coautores del delito de Peculado por Apropiación, imponiéndoles la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa de veinte mil pesos ($20.000); la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de dos años y pagar los perjuicios ocasionados con la infracción.

2. Condena a Gloria Amparo Cuéllar Moreno a la pena principal de seis (6) meses de arresto y multa de mil pesos ($1.000) y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de seis (6) meses, como responsable del delito de Peculado Culposo.

3. Con el carácter de accesoria, a los condenados *Novoa y Peñarete* les prohibió el ejercicio de la abogacía por el término de un año; y a las sentenciadas *Bocanegra y Cuéllar* la pérdida del empleo público u oficial.

4. Concede a Gloria Amparo Cuéllar Moreno la condena de ejecución condicional.

5. Impone a los condenados la obligación de pagar los perjuicios materiales causados por el delito, para lo cual les da el plazo de 12 meses contados desde la ejecutoria del fallo.

6. Absuelve de todos los cargos a William Parra Durán, Carlos Antonio Gutiérrez Morales y Rafael María Bernal López.

7. Revoca la suspensión de la detención preventiva concedida a *Milciades Novoa Rodríguez*, y

8. Deniega el otorgamiento de subrogados penales a *Milciades Novoa, Martha Peñarete y Amparo Bocanegra*.

Los defensores de los condenados apelaron la decisión del a quo, motivo por el cual, el 18 de agosto de 1995, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá dictó sentencia de segundo grado revocando la condena impuesta a *Gloria Amparo Cuéllar Moreno* a quien absolvió, pero confirmó las restantes determinaciones. A través de sus apoderados, los tres condenados impugnaron el fallo por la vía extraordinaria.

LAS DEMANDAS

I. *Demanda de Milciades Novoa Rodríguez.*

El recurrente acusa la sentencia de segundo grado a la luz de las causales tercera y primera de casación, bajo la argumentación que sigue:

1. *Causal tercera.*

El actor considera que la sentencia de segundo grado proferida en este proceso se encuentra viciada de nulidad, de conformidad con las causales contempladas en los ordinales 2o. y 3o. del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, por inobservancia de las disposiciones de los artículos 1, 7, 8 y 18 del mismo estatuto, en desobediencia a la prevalencia que establece el artículo 22.

Tres aspectos conforman la nulidad procesal pregonada:

1.1. *Milciades Novoa Rodríguez*, es un particular sin vinculación con la dependencia oficial a la cual concurrió en demanda de su pensión de jubilación. Se le endilga la calidad de coautor, determinador de Peculado por Apropiación, según criterio jurisprudencial

en que se basó el ad quem. Criterio al cual se opone otro criterio jurisprudencial, el del fallo del 3 de diciembre de 1991, con ponencia del Magistrado *Ricardo Calvete Rangel*, que indica ser la causal tercera la vía correcta para demandar en casación el error en la tipificación de un hecho punible que no es peculado por apropiación sino hurto o abuso de confianza.

En criterio del actor los particulares no pueden ser determinadores de peculado por apropiación, porque el legislador en el artículo 138 del Código Penal señaló expresa y taxativamente quienes son los particulares que pueden incurrir en ese punible, sin que la conducta de *Milciades Novoa Rodríguez*, se adecúe a ninguna de esas situaciones. Luego el juez debió someterse al imperio de la ley, ya que aquel señalamiento no puede ser ampliado o variado por el administrador de justicia, pues interpretarlo jurisprudencialmente es recurrir a la aplicación analógica in malam partem, dándose un quebrantamiento del principio de legalidad del delito y de la pena. Al juzgador no le está permitido agregar situaciones diferentes a las tipificadas en el artículo 138 del C.P. . Por ello propone la nulidad del fallo recurrido.

1.2. Se violó el principio rector de contradicción (art.7), pues la indagación preliminar de este proceso está basada en una investigación administrativa adelantada por la Procuraduría General de la Nación, que se originó en una denuncia anónima, sin participación alguna de *Milciades Novoa Rodríguez*, pues se omitió "darle el traslado o controversia de la prueba trasladada" (Art. 253 C.P.P.). Y la etapa preliminar cursó durante un mes a espaldas del procesado, a pesar de que éste se puso a disposición de las autoridades desde el 28 de septiembre de 1990, lo que configura la violación flagrante del principio de lealtad estipulado en el artículo 18 de la ley procesal penal.

1.3. Se produjo una ostensible violación al derecho de defensa por ausencia de defensa técnica, en la etapa de juzgamiento por cuanto durante las siete sesiones de la audiencia pública, el procesado no estuvo asistido por sus defensores, principal y suplente, dado que solo concurrieron a las diligencias de indagatoria y ampliación y se presentó un alegato de conclusión, además de que el defensor principal renunció al mandato. Prueba de ello son las actas de dichas sesiones que no registran las firmas de los doctores Cerón Coral ni Perry Sanclemente; por tanto se desobedeció lo dispuesto por el artículo 452 del Código de Procedimiento Penal, porque esas sesiones no se podían celebrar sin la presencia de toda la defensa, y el juez no procedió conforme se lo impone el inciso final del artículo 147 del citado estatuto procesal. Violación que

se tradujo en falta de contradicción de las pruebas celebradas durante la audiencia pública, en contra del principio rector del artículo 7 ibidem. Esta irregularidad configura la causal 3a. del artículo 304 en concordancia con el 220.3 del Código de Procedimiento Penal.

Estas irregularidades transgreden el mandato del artículo 29 de la Carta por quebrantamiento de las formas propias del juicio y el derecho de defensa, que son situaciones en las que la Corte, aún oficiosamente, debe proceder a revisar el fallo impugnado.

2. *Causal Primera.*

Al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo, causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el libelista acusa la sentencia de segundo grado por violar indirectamente las normas de derecho sustancial consagradas en los artículos 2, 5, 23, 24 y 133 del Código Penal, por errores de hecho y de derecho consistentes en la tergiversación de las pruebas y por desconocimiento de otras que hubieran podido variar favorablemente la decisión proferida contra el procesado.

Transcribe las normas del Decreto 2700 de 1991 que en su concepto resultaron infringidas: las disposiciones de los artículos 247, 445, 294, 254, 303, 333, y 334.

2.1. Primer cargo.

El recurrente considera que hay una errónea apreciación de la prueba, en los siguientes aspectos:

2.1.1. El fallo expresa que *Milciades Novoa Rodríguez*,aportó fotocopias informales de las Gacetas de la Asamblea de Cundinamarca, como señalando deficiencia de formalidad, cuando las copias fueron tomadas en una inspección que realizaron los funcionarios de la Procuraduría; por ello se pregunta si era necesario que las fotocopias estuvieran autenticadas. Para el demandante la glosa es contraria a la realidad procesal, porque ella demuestra que *Milciades Novoa Rodríguez*, sí fue electo diputado a la Asamblea de Cundinamarca y en ejercicio durante los períodos que se registran.

2.1.2. El fallo consigna que en el Juzgado Promiscuo Municipal de Ubaque se encontraron pocos expedientes de los años 1938 a 1940 que muestran a *Milciades Novoa Rodríguez*, como secretario de ese despacho. Entonces se pregunta si por esa circunstancia se puede desmentir la afirmación del sentenciado y si es que se aspiraba a encontrar todos los expedientes de la época, pues, en su opinión, ello es absurdo, como lo es sostener que el implicado le mintió a la Justicia, siendo que los hechos indican que sí está diciendo la verdad.

2.1.3. En sentir del casacionista, cuando se rechazaron las declaraciones extraprocesales de Carlos Eduardo Camacho Espinosa, Alberto Echavarría Novoa, Pedro Nelson Ahumada Moscoso y Rómulo Anzola Linares, con base en conjeturas como que fueron provocadas aprovechando la quema del Palacio de Justicia, se desconoció que cinco años atrás *Milciades Novoa Rodríguez*, estaba tramitando su pensión de jubilación, cuando la prueba supletoria no tenía cabida en los trámites laborales, pues solo en la ley 50 de 1986, art.7o., se dispuso que a falta de prueba principal se podía acoger la prueba supletoria; luego esa prueba estaba amparada por una presunción de legalidad que no se podía desvirtuar con conjeturas tendenciosas. No obstante las sentencias de primera y segunda instancia fueron construidas sobre ese falso juicio de valoración de la prueba.

2.2. *Segundo cargo.*

En esta oportunidad el demandante asegura que los funcionarios judiciales que intervinieron en este caso, incluyendo al sentenciador de segundo grado omitieron valorar la prueba documental que con suficiencia informa sobre las actividades laborales del doctor *Milciades Novoa Rodríguez*, en el Departamento de Cundinamarca y con el tiempo suficiente para obtener su pensión de jubilación. Así fueron ignoradas las pruebas que obran del folio 284 a 288 del cuaderno #2 de anexos de la investigación preliminar, que son documentos originales expedidos por la Contraloría Departamental de Cundinamarca. En la etapa del juicio también fue ignorada la prueba documental allegada, como la Gaceta de la Asamblea de Cundinamarca; documentos que dan la certeza de que el doctor *Milciades Novoa Rodríguez*, sí estuvo vinculado laboralmente al Departamento de Cundinamarca; todo lo cual significó un error de hecho en perjuicio de su procurado.

Así mismo el censor pregona la ausencia de estimación de la inspección judicial cumplida en la secretaría del Consejo de Estado, en la que se dejó constancia de que no está registrado el nombre de *Milciades Novoa Rodríguez*, como relacionado laboralmente con esa entidad, pero que los nombres que éste había dado de los Consejeros sí coincidían con los titulares de esos cargos. Por ello, concluye que no se puede sostener que el procesado le estuviera mintiendo a la Justicia y engañado a CAPRECUNDI.

Agrega que un anónimo no es suficiente para desvirtuar documentación que fue recaudada y analizada durante cinco años, máxime cuando la prueba de cargo no da certeza de si el contenido de la denuncia anónima es cierto o no.

El censor protesta por la que califica de afirmación tendenciosa de que su representado se quiso aprovechar de la quema del Palacio

de Justicia, pues a partir de la vigencia de la ley 50 de 1986, la prueba testimonial supletoria podía reemplazar a la principal.

Antes de terminar la demanda, su autor pide a la Corte que se case la sentencia si se dan las exigencias del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a causales no invocadas, o y dicte una de carácter absolutorio. Y si encuentra procedentes los cargos de nulidad que indique hasta qué punto se retrotrae la actuación y remita el expediente al funcionario que corresponda para que rehaga la actuación afectada.

II. *Demanda de Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo.*

El impugnante anuncia tres cargos contra la sentencia: el primero, por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal; el segundo, subsidiario del anterior, también por violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal y falta de aplicación del principio rector de la igualdad consagrado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 13 de la Constitución Nacional; y el tercero, igualmente subsidiario, al tenor de la causal tercera de casación (art. 220 C.P.P.), porque la sentencia está afectada de nulidad por violación al debido proceso.

1. *Cargo primero:* violación directa.

En esta censura el demandante aduce la atipicidad de la conducta y por ello, atendiendo el criterio jurisprudencial de la Corte (Sentencias de octubre 27 de 1987; noviembre 21 de 1990) invoca la violación directa de la ley por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal.

Explica que en este caso no existe el elemento normativo referido a la calificación del sujeto activo porque para el momento en que se presentó la defraudación, y desde el 11 de mayo de 1989 *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo* había dejado de ser servidora pública y la resolución que sirvió de fundamento al reconocimiento de la pensión fue emitida el 27 de diciembre de 1989.

Luego se refiere al verbo rector "apropiarse", para explicar que esa acción implica el que la cosa le haya sido entregada o confiada material o jurídicamente al sujeto agente, con ocasión o en razón de sus funciones, siendo estas últimas indelegables, y agrega que la pérdida o extravío impone la existencia de una relación jurídica entre la acción y el sujeto agente, de tal manera que facultado para ello, el funcionario ejerza un acto de disposición.

Contrariando entonces una afirmación del Tribunal, el recurrente cuestiona la disponibilidad material o la jurídica que *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo* hubiera podido tener sobre los dineros estata-

les, aduciendo que según el Código Contencioso Administrativo (arts.50. 83. 84, 85 y 176) los actos administrativos se dividen en de trámite, preparatorios, definitivos y de ejecución; de los cuales solo éstos últimos podrían apuntar a la mencionada relación jurídica. Por lo demás, esos actos administrativos definitivos o de ejecución requieren el previo cumplimiento de exigencias, como la liquidación basada en la documentación allegada y según las normas legales, que eran tareas a cargo de los funcionarios fiscalizadores como los liquidadores y el auditor especial.

Al tenor de ese presupuesto, el recurrente asegura que el acto administrativo que se le imputa a su mandante es de aquellos que la doctrina denomina "de trámite" o "preparatorio", que por sí mismo no podría tener eficacia o potencialidad para comprometer los intereses de la entidad. Para él, el proyecto borrador ni siquiera podía tener fuerza vinculante, pues no era viable la interposición de recurso alguno, como lo preceptúa el artículo 49 del Código citado en precedencia; y con fundamento en ese proyecto tampoco habría podido girarse el cheque por medio del cual se defraudó, porque el pagador, el contralor y el auditor no lo habrían autorizado.

Además, la disposición penal impone que el objeto material le haya sido entregado o confiado al funcionario público y que la atribución de disponer de él sea indelegable y radique en cabeza del recaudador, administrador, tesorero, auditor, contralor, visitador o gerente, pero jamás a un abogado sustanciador.

Advierte que en el voluminoso expediente no existe referencia a ley o reglamento que asigne a los abogados sustanciadores la tenencia, disposición o custodia de los dineros de Caprecundi; por ello la sentencia es recurrente al manifestar que la obligación de la oficina Jurídica era elaborar y revisar los proyectos de resolución y la documentación de soporte presentada con las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales y demás actos administrativos.

El casacionista prosigue su argumentación resaltando que el delito de Peculado se consuma en el momento en que el funcionario ejerce sobre la cosa un acto de disposición, como si fuera dueño de la misma y un proyecto que es un borrador de Resolución, o acto administrativo de trámite o preparatorio, jamás puede servir de base para girar o pagar una suma ínfima o cuantiosa. Ese momento no se le puede atribuir a la doctora *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo* porque para entonces se cumplían casi ocho meses de haberse retirado de la Institución. Por tanto, considera que en ausencia de los elementos del tipo no debió atribuírse a la sentenciada la autoría del delito de Peculado por Apropiación, por cuanto ya no era servidora pública, no se le había hecho entrega de la cosa, no podía disponer de ella y tampoco

se encontraba en las oficinas como para obtener fraudulentamente las firmas de los funcionarios, según cree lo afirma el Tribunal.

La conclusión del actor es la manifiesta aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal y por ello solicita a la Corte se case el fallo y dicte el de reemplazo, con absolución de la implicada por atipicidad del delito de Peculado por Apropiación.

2. *Cargo segundo.*

En la segunda censura el demandante acusa la violación del principio de igualdad (arts. 20 C.P.P. y 13 C.N.), con la correlativa aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal.

Explica el cargo aduciendo que el Tribunal absolvió a la doctora Gloria Amparo Cuéllar Moreno con el argumento de que en el momento en que se dio trámite al proyecto de resolución fue otro el funcionario encargado de darle el impulso procesal imponiéndole el visto bueno para remitirlo a la sección de presupuesto. Y ese mismo postulado debió servir para absolver a *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo* por cuanto para esa misma época, ella tampoco estaba presente como que ni siquiera era servidora pública; además porque el jefe de jurídica encargado, doctor Antonio Acosta, quien para la justicia no incurrió en delito o falta alguno, fue quien retomó el trámite del expediente conforme a lo dispuesto por la Ley 50 de 1986, avaló la legalidad del proyecto elaborado tiempo atrás, y le impartió su visto bueno, y disponiendo su envío a la respectiva oficina.

Otro hecho similar que debió tomarse en consideración para absolver a quien representa, es la situación de la doctora Dilia María González Gómez, abogada sustanciadora que se encargó de reproducir el texto del proyecto de resolución, el que, por tanto, debió ajustarse a la ley, porque de lo contrario dicha profesional le hubiera formulado alguna observación.

De otra parte, como los sentenciadores en ningún momento dedujeron que la elaboración del proyecto fuera una conducta prevaricadora, en sentir del recurrente no es de recibo que se afirme que la procesada actuó de mala fe. Por ende, solicita a la Corte se case la sentencia atacada y en su lugar se absuelva a su representada, como se hizo con la superior de ésta en Caprecundi.

3. *Causal tercera.*

Con el carácter de subsidiario y aduciendo su apoyo en la jurisprudencia de esta Sala, el actor formula el tercer reproche dentro de la causal tercera de casación (art. 220.3 C.P.P.), en concordancia con el artículo 304.2 del mismo estatuto, por cuanto en el fallo se incurrió en violación al debido proceso por errada adecuación típica.

Luego de reiterar los argumentos expuestos en el cargo primero, el actor sostiene que la conducta de la acusada no concuerda con los elementos del tipo de peculado por apropiación porque no se da el elemento normativo de su cualificación como sujeto activo porque desde mucho antes de que se produjera la apropiación del objeto material, la doctora *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo* había perdido la condición de servidora pública: porque a ella no se le hizo entrega de bienes, y porque tampoco existió una relación jurídica entre el hecho y el sujeto agente de tal manera que éste ostentara facultad para ejercer actos dispositivos. Así mismo, repite la clasificación de los actos administrativos para concluir que el ejecutado por su protegida no era definitivo o de ejecución, como que contra él no cabía recurso alguno según lo prevé el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, circunstancias bajo las cuales no debió atribuirse a la sentenciada la autoría del delito de peculado.

Se apoya en las conclusiones de los jueces de primera y segunda instancia en cuanto señalan que otros procesados "determinaron" a *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo* a que produjera un acto contrario a la ley, para afirmar que de esas expresiones se concluye la presencia de un tipo penal distinto al aplicado en el fallo condenatorio, cual es el de prevaricato por acción descrito en el artículo 149 del Código Penal, pues exige un sujeto activo calificado y para cuando elaboró el borrador de proyecto, *Isabel Amparo* sí desempeñaba un cargo oficial y pudo haber emitido una resolución (acto administrativo) o dictamen manifiestamente contrario a la ley, según lo afirmaron los sentenciadores en las instancias.

En las condiciones expuestas, al censor le parece claro que los falladores incurrieron en errada adecuación típica, vicio que no se puede predicar por la causal primera por cuanto la procesada no ha tenido la oportunidad de ejercer la defensa para demostrar si el borrador de proyecto efectivamente es contrario a la ley o si en su elaboración concurrió dolo. Y advierte que escogió la causal de nulidad porque siendo evidente la aplicación indebida de una disposición y la falta de aplicación de la que correspondería, la Corte no podría entrar a casar la sentencia y proferir la de sustitución creando una incongruencia entre el pliego de cargos y la nueva determinación.

Para terminar, el actor solicita se case la sentencia impugnada y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación, inclusive, para que su patrocinada sea indagada por la conducta que los falladores le atribuyen y tenga la oportunidad de ejercer plenamente su defensa.

III. *Demanda de Martha Peñarete Beltrán.*

El impugnante ataca la sentencia de segundo grado con tres reproches; uno formulado a la luz de la causal primera de casación, cuerpo primero, por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal. Subsidiariamente, al tenor del cuerpo segundo de la misma causal acusa una violación indirecta de la ley sustancial por error en la apreciación de determinada prueba; y el tercer ataque, planteado también con entidad subsidiaria dentro del marco de la causal tercera, por estimar que la sentencia se halla afectada de nulidad por violación al debido proceso.

1. *Primer cargo:* violación directa.

Previa descripción de los elementos del tipo de Peculado por apropiación (art. 133 C.P.) el demandante pone en tela de juicio que en este caso concurra el sujeto activo calificado que el requiere, por cuanto la coprocesada, doctora *Bocanegra Jaramillo* dejó de tener la calidad de servidora pública de Caprecundi desde el 12 de mayo de 1989 y el acto administrativo que originó la defraudación estatal se produjo el 27 de diciembre de 1989.

Para respaldar probatoriamente el primer aserto, cita el decreto de insubsistencia de la doctora *Bocanegra Jaramillo* y la certificación que expidió Caprecundi el 26 de marzo de 1993, afirmando que la última actuación de la mencionada abogada fue la elaboración de un proyecto que fue totalmente anulado habiendo quedado sin valor jurídico y que un tercer proyecto lo elaboró la doctora Dilia María González Gómez, el cual se convirtió en la Resolución 6899 del 27 de diciembre de 1989.

De otra parte, el actor explica el alcance de la inflexión verbal "apropiarse" para concluir que el Peculado se agotó el día en que se hizo la respectiva apropiación presupuestal, oportunidad en la cual el Estado perdió la custodia de los dineros que posteriormente le fueron entregados a *Milciades Novoa Rodríguez*, resaltando que la Resolución 6899 de 1989 aparece firmada por la abogada sustanciadora Dilia María González Gómez, por la jefe de la División Jurídica, por el jefe de Pensiones, por el Gerente General y su secretario, pero en ninguna parte figura la firma de la doctora Isabel *Amparo Bocanegra Jaramillo*.

Censura la ostensible negligencia de la doctora Dilia María González Gómez al haberse limitado a transcribir el proyecto que encontró, como ella misma lo admitió, sin haberlo revisado a fondo, lo que en su opinión, no puede convertir en dolosa la conducta de la persona que elaboró ese primer proyecto.

En sentir del recurrente, se aleja y se contrapone a la lógica jurídica que se haya identificado el proyecto de resolución elaborado antes del 11 de mayo de 1989 con el propio acto administrativo que se convirtió en la resolución 6899 del 27 de diciembre de 1989, con el cual se consumó el delito de Peculado.

También hace presente que la doctora *Bocanegra Jaramillo* elaboró el primero de tres proyectos, el cual fue anulado en su totalidad, a pesar de lo cual a las personas que prepararon los dos subsiguientes se les desvinculó del proceso.

Considera necesario dilucidar qué clase de actividad desplegó la abogada sustanciadora dentro del engranaje interno de Caprecundi, en el ámbito de la disponibilidad material o jurídica de los bienes del Estado. Entonces, el censor clasifica y explica los actos administrativos, según su desarrollo, en actos preparatorios (los de trámite) y actos constitutivos (contienen la declaración de voluntad administrativa). Y según el procedimiento, en actos de trámite o preparatorios y actos definitivos o principales. Por ello incluye el proyecto elaborado por la doctora *Bocanegra* en el ámbito de los actos preparatorios, anteriores al acto administrativo, susceptible de ser corregido, modificado, abandonado o anulado, como en realidad lo fue, diferente del acto constitutivo. Así concluye que por sí sola la doctora *Bocanegra Jaramillo* no tenía la capacidad de crear un acto administrativo que fuera expresión de la voluntad de la entidad para la cual trabajaba, lo que en términos del artículo 133 del Código Penal implica que no tenía la disponibilidad jurídica ni material de los bienes del Estado, por lo que no se integró el elemento descriptivo de la conducta.

En opinión del actor, lo anterior significa que no se acreditó la conducta típica atribuida a la doctora *Bocanegra Jaramillo* (art. 133 C.P.) porque no concurren los elementos normativos como descriptivos.

Agrega que la vinculación de los particulares *Martha Esperanza Peñarete y Milciades Novoa Rodríguez* en la comisión de un delito con sujeto activo calificado, se efectuó a través del dispositivo amplificador de la coparticipación, en el entendido de que unieron sus voluntades para obtener, por medios vedados, el reconocimiento de la pensión vitalicia en favor del último de ellos, obteniendo el concurso de la abogada sustanciadora *Isabel Bocanegra Jaramillo*; pero conforme lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, la persona que es víctima de órdenes, mandatos, promesas remuneratorias o consejos, debe tener la totalidad de las condiciones que exige el tipo penal del artículo 133 del Código Penal, y en vista de que la abogada sustanciadora no consumó materialmente la conducta típica, lógicamente se deduce que la autoría moral dejó de existir. Por ello no puede

endilgarse a la doctora *Martha Esperanza Peñarete Beltrán* la coautoría del delito de peculado por apropiación.

De tales argumentos, el actor concluye que se aplicó indebidamente el artículo 133 del Código Penal y por ello solicita a la Corte que case la sentencia y dada la atipicidad de la conducta, profiera la de reemplazo absolviendo a la doctora *Peñarete Beltrán*.

2. *Segundo cargo*: violación indirecta de la ley sustancial.

El censor estima que el Tribunal incurrió en un error de derecho al apreciar la prueba de culpabilidad, porque sin contar con la prueba plena o completa, consideró que *Martha Esperanza Peñarete Beltrán* cometió el delito de peculado por apropiación, en condición de coautora, determinadora.

Las normas violadas son las disposiciones de los artículos 244, 294 y 300 del Código de Procedimiento Penal, cuyo quebrantamiento produjo la violación indirecta del precepto del artículo "247 del C.P.", por cuanto le atribuyó a la prueba de culpabilidad "un alcance diverso al que le asigna la ley".

Después de transcribir el contenido de los artículos 294, 300, 254 y 247 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente recuerda que su patrocinada *Martha Esperanza Peñarete Beltrán* fue condenada como determinadora del delito de peculado por apropiación, quien concertó con ***Milciades Novoa Rodríguez*** un contrato de mandato en la modalidad de asesoría; pero aclara que la prueba de la autoría moral o determinación ha sido inferida judicialmente porque no existe otro medio al respecto, pues ella no actuó como apoderada dentro del proceso administrativo de reconocimiento de pensión.

Entonces entra a rebatir las argumentaciones del ad quem, tales como que un abogado experimentado como *Novoa Rodríguez* no requería de asesoría profesional. En contraposición expresa que cada quien es libre de contratar la asesoría que en su leal saber y entender requiera, más cuando se trata de asunto propio. La tesis contraria expresada por la justicia, va en contravía de la experiencia diaria.

Refiriéndose al valor de la remuneración profesional pactada en ocho millones de pesos, dice el demandante que en esencia, el contrato de servicios profesionales no es gratuito, y que por otra parte el doctor *Novoa Rodríguez* solo pagó tres millones de pesos; el giro del cheque por ocho millones de pesos fue un ardid para asegurarse el consejo de la doctora *Peñarete Beltrán* y las amistades que hubiere dejado en Caprecundi. De ahí, el demandante concluye

que fue *Novoa Rodríguez* quien buscó los servicios de la procesada, una vez retirada de la Institución para aprovecharse de su influencia, y por esa razón aceptó pagar unos honorarios relativamente altos, con la intención malévola de no cancelarlos como en verdad ocurrió.

En cuanto a la determinación ejercida por la doctora *Martha Peñarete Beltrán* sobre la abógada asesora *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo*, el recurrente manifiesta que no existen pruebas como para hacer una inferencia judicial. Lo único que consta es la manifestación testimonial de la secretaria Marina Aurora Martínez de Bacca, quien refirió que después de dejar la institución, la doctora *Peñarete* llamó a la doctora *Bocanegra* en una sola oportunidad.

El actor llama la atención sobre la absolución de la doctora Gloria Amparo Cuéllar Moreno, en cuanto el juez de la causa expresa que no existió acuerdo de voluntad ni unidad de propósito entre la conducta de dicha profesional y la de ***Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo***, para preguntar por qué no se aplica el mismo predicado respecto de ***Marta Peñarete*** y por qué se hace esa discriminación probatoria, pues a su juicio no hay pruebas de la amistad íntima de las dos abogadas, resultando inexistente el hecho de que ***Martha Esperanza*** le hubiera formulado promesa remuneratoria a ***Isabel Amparo***; por ello no encuentra procedente que sin existir un medio de convicción, el ad quem afirme que ***Novoa Rodríguez*** y ***Peñarete Beltrán*** determinaron a ***Isabel Amparo*** a producir el acto contrario a la ley.

Insiste en controvertir la amistad que podía existir entre ***William Parra Durán***, Gerente de Caprecundi y ***Marta Peñarete Beltrán*** o entre ésta y ***Gloria Amparo Cuéllar***.

En lo referente al conocimiento que ***Marta Peñarete*** podía tener del diligenciamiento administrativo de *Milciades Novoa*, el impugnante analiza que ella solo intervino como sustanciadora en ese asunto en dos oportunidades; el 7 de enero de 1987 cuando informó a la jefatura Jurídica sobre la petición de *Novoa*, pidiendo que expidieran copias auténticas de las certificaciones de varias entidades. Y el 10 de junio de 1987 cuando remite el expediente a la sección de liquidación para que se determine si *Novoa Rodríguez* reúne los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación. Luego, en su opinión, la actuación de la abogada fue simplemente mecánica.

Así mismo rebate la inusitada rapidez que se atribuye al trámite administrativo después de que la doctora ***Peñarete Beltrán*** asumió la asesoría del caso; para ello parte del 11 de junio de 1988 fecha

en que fue declarada insubsistente, y efectúa el recuento de la actuación, que duró aproximadamente 18 meses hasta llegar al proferimiento de la resolución 6899 del 27 de diciembre de 1989.

El demandante resalta que para la fecha del retiro de la doctora *Peñarete Beltrán*, el peticionario *Novoa Rodríguez* ya había aportado toda la documentación, y en nada intervino ella para la consecución de las declaraciones extrajuicio con las cuales se acreditó el tiempo servido al Consejo de Estado.

Como con base en la afirmación de *Novoa Rodríguez* en cuanto la doctora *Peñarete Beltrán* un día se apareció en la oficina de aquel con el expediente administrativo haciendo alarde de sus influencias y de que estaba ayudando a proyectar la resolución, se afirmó que la abogada había celebrado el contrato de servicios profesionales para hacer uso de sus influencias, y con fines dolosos, el actor asume la crítica del testimonio de dicho procesado.

En segundo lugar aduce la irascibilidad de *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo* como obstáculo para permitirle a *Martha Peñarete* que se llevara y exhibiera el diligenciamiento administrativo.

Más adelante sintetiza que el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá cometió un error de derecho al no aplicar el contenido del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, pues al evaluar el testimonio de *Milciades Novoa Rodríguez* no tuvo en cuenta los principios de la sana crítica; de lo contrario, habría advertido que sus afirmaciones no contienen hechos verosímiles y son engañosas.

También atribuye al ad quem un error de derecho al darle valor al testimonio de María Aurora Martínez de Bacca, porque no hay una relación de causa a efecto entre la imputación y la culpabilidad deducida.

En igual forma acusa al juez plural de cometer un error de derecho por tener como indicios, razonamientos que no concuerdan con la sana crítica, la experiencia y la hermenéutica judicial.

Así mismo, atribuye al sentenciador de segundo grado otro error de derecho por violar indirectamente la ley sustancial contenida en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, dado que en el proceso no obra prueba que conduzca a la plena certeza del hecho punible y la responsabilidad de la acusada; yerro que incidió sustancialmente en la parte resolutiva del fallo impugnado. Por todo ello, pide a la Corte que case la sentencia conforme al cargo formulado y en su lugar profiera absolución en favor de *Martha Esperanza Peñarete Beltrán*.

3. *Tercer cargo*: causal tercera.

También con el carácter de subsidiario, el casacionista acusa la

sentencia materia de la demanda de estar viciada de nulidad, por haber incurrido en violación al debido proceso, al errar la adecuación típica de la conducta.

El demandante apoya la vía casacional escogida, en el postulado de la sentencia proferida por esta Sala el 3 de diciembre de 1991.

A continuación reitera los argumentos expuestos en el cargo primero, conforme a los cuales en este caso no se reúnen los elementos que estructuran el delito de peculado por apropiación, porque *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo* se retiró de Caprecundi el 27 de diciembre de 1989 y por tanto para el 27 de diciembre siguiente no tenía la calidad de sujeto activo cualificado, desapareciendo así la estructura delictual típica. El proyecto elaborado por la doctora *Bocanegra* es un acto administrativo preparatorio, no definitivo, y no contentivo de una declaración de voluntad de Caprecundi. Tampoco tenía la disponibilidad de los bienes del Estado. De ser contrario a la ley, el proyecto elaborado por dicha abogada representa una conducta atípica frente al delito de Peculado por apropiación.

En las anteriores condiciones, la coautoría atribuida a la doctora *Martha Esperanza Peñarete Beltrán* por desaparición del nexo causal.

De ser cierta la afirmación del fallo, en el sentido de que bajo promesas remuneratorias los determinadores crearon en la mente de la sustanciadora doctora *Bocanegra Jaramillo* la elaboración de un proyecto de acto administrativo sin bases probatorias y legales, y por tanto contrario a la ley, se estaría en presencia de un prevaricato por acción o un cohecho (arts. 149 y 142 del C.P.), pues son conductas que exigen un sujeto activo cualificado y el acto preparatorio pudo ser abiertamente contrario a la ley, elaborado bajo promesa remuneratoria, frente a las cuales la procesada no ha ejercido el derecho de defensa.

Como las manifestaciones de los falladores refieren concretamente la comisión de un delito de prevaricato por acción o de cohecho, diferente a aquel por el cual se dictó sentencia condenatoria e incurrió en flagrante violación al debido proceso, el actor pide a la Corte que case la sentencia materia del recurso extraordinario, y en su lugar decrete la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, de la resolución de cierre de la averiguación, para que prosiga por la verdadera conducta y para que los acusados ejerzan su derecho de defensa.

Concepto de Procurador

Dado que los tres demandantes pretenden quebrantar el fallo aduciendo su nulidad por error en la denominación jurídica del delito, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal inicia su

concepto analizando este aspecto de la acusación.

En cuanto a la situación de *Milciades Novoa Rodríguez y Martha Esperanza Peñarete Beltrán*, quienes al momento de producirse la Resolución de reconocimiento de la pensión de jubilación no tenían la calidad de servidores públicos, el Delegado la analiza relacionándola con la situación de la abogada de la división jurídica de Caprecundi *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo*, quien en diferentes oportunidades conceptuó que debían tenerse en cuenta las declaraciones extrajuicio aportadas para demostrar tiempo de servicios prestados a entidades que certificaron que el requiriente no figuraba en sus archivos; circunstancia que condujo al jefe de liquidación y al auditor especial a devolver el expediente por considerar incompletos los requisitos para acceder a la pensión, no obstante lo cual, la abogada sustanciadora y la jefe de la oficina jurídica dieron paso al trámite, produciendo un reconocimiento ilegal.

Partiendo de los anteriores supuestos, el Delegado encuentra como conductas dolosas de *Novoa* y de *Peñarete* que hubieran determinado a *Isabel Amparo Bocanegra*, ex compañera de labores de la última, para que se abstuviera de dar aplicación a la ley 50 de 1986 según la cual era inadmisible la prueba testimonial para comprobar hechos que deben constar en documentos o pruebas preestablecidas legalmente.

Después de citar el contenido de los artículos 7 y 8 de la ley 50 de 1986, el Procurador advierte que las entidades en donde el requiriente aseguró haber prestado servicios certificaron que no aparecía como dependiente, no que la documentación se hubiera extraviado, condición bajo la cual hubiera sido aceptable la prueba supletoria. No obstante *Isabel Amparo Bocanegra*, aconsejada por *Novoa y Peñarete*, pasando por alto las advertencias del jefe de liquidación y del auditor, optó por aceptar de la prueba supletoria.

En sentir del conceptuante, esa conducta de *Isabel Amparo Bocanegra* resultó lesiva de las funciones a su cargo, originó la defraudación al Estado conforme a la cual se reconoció y pagó una pensión sin que se hubieran llenado los requisitos preestablecidos para el efecto, como la prestación de servicios a entidades estatales por quince años, y estructuró el delito contemplado en el artículo 133 del Código Penal, porque cuando la procesada realizó el estudio del expediente y tuvo a su cargo la elaboración del proyecto de reconocimiento de la pensión de jubilación, se desempeñaba como abogada asesora de la división jurídica de Caprecundi. Ese proyecto fue el que con algunas modificaciones se adoptó como Resolución 6899 del 27 de diciembre de 1989 (resultado que la abogada asesora conocía dada su experiencia en los trámites surtidos en la entidad para la que

trabajaba) porque la Jefe de jurídica le había encomendó la misión de estudiar el asunto, y dada la confianza que le merecían los conceptos de dicha profesional, dio el visto bueno, luego de lo cual el Gerente de Caprecundi suscribió el acto administrativo. Por ello no encuentra razón para no atribuirle a *Isabel Amparo Bocanegra* el delito de peculado por apropiación.

El representante de la sociedad encuentra que el demandante habla de un "proyecto de resolución" que no conlleva disponibilidad material o jurídica y que por ello solo tiene la calidad de acto de trámite, pero advierte que se pasa por alto que la sentencia se refiere a la resolución como acto administrativo final originado completamente en la actividad asesora.

Agrega que la disponibilidad jurídica por la administración de bienes del Estado es una actividad que el gerente de la entidad despliega como ordenador del gasto y que comparte con los empleados, como en el caso de la procesada, cuya labor implicaba la producción de resultados jurídicos que muestran la disposición de bienes del Estado. Por ello, no encuentra razón para desvincular a la doctora *Bocanegra*, con el pretexto de ser una funcionaria sin orden de ejecución, siendo que fue el pilar del irregular reconocimiento de una pensión de jubilación.

Observa que el demandante tácitamente acepta la calidad de empleado oficial de *Isabel Amparo Bocanegra* que inicialmente había puesto en discusión, al expresar que la conducta por ella asumida sería la de prevaricato, y en consecuencia, no le encuentra razón al yerro aducido.

Prosigue manifestando que falta claridad y precisión en la proposición de quebranto basada en el error en la denominación jurídica de la conducta, que considera ajustada a los delitos de abuso de confianza o hurto, pues no indicó el por qué de esa hipótesis y no la atribuida a la procesada *Amparo Bocanegra*. Entonces, para la Delegada no hay obstáculo que impida imputar a *Milciades Novoa Rodríguez* y a *Martha Esperanza Peñarete Beltrán* la calidad de determinadores del delito de Peculado por apropiación cometido por *Amparo Bocanegra*, en vista de que por el dispositivo amplificador del tipo, en ellos no se exige la calidad de empleado oficial.

Por lo demás, resalta el interés de *Milciades Novoa* en que Caprecundi emitiera la resolución de reconocimiento de su pensión de jubilación, en cuyo propósito fue secundado por la ex funcionaria *Martha Peñarete*, quienes convencieron a la doctora *Bocanegra* para producir conceptos aceptando que las declaraciones extrajuicio reemplazaran las certificaciones expedidas por las respectivas entidades públicas,

con lo cual no encuentra duda sobre la determinación ejercida por ellos. Por el contrario, ve un acuerdo de voluntades funcionando hacia la apropiación ilegal de los Bienes del Estado.

Critica al censor por falta de claridad y precisión en otras irregularidades que plantea como originadoras de nulidad, pues no desarrolla su contenido fáctico y jurídico. Así mismo le critica que omita exponer los argumentos para atacar los asertos del fallador y que no indique por qué el determinador particular no es sujeto activo del hecho punible que requiere cualificación en ese elemento del tipo.

Por otra parte, el Ministerio Público rebate la supuesta vulneración del principio de contradicción durante la etapa básica de la investigación, con una denuncia anónima, advirtiendo que antes de ordenarse la apertura de la investigación, *Milciades Novoa* anexó suficientes pruebas en cinco cuadernos, como muestra de que en lo posible se garantizó la actividad probatoria. Pero además opina que la actuación preliminar no supone mayor controversia, como sí ocurre con la investigación en donde se ejerce la actividad defensiva. Agrega que las preliminares se adelantaron durante la vigencia del decreto 050 de 1987 donde se consagraba el principio de contradicción dentro del proceso, pues solo la legislación actual extendió esa garantía a las diligencias previas.

Reprocha al libelista el desconocimiento del expediente cuando alega la violación al derecho de defensa durante las siete sesiones de la audiencia pública, por cuanto advierte que esta se suspendió en numerosas oportunidades por la ausencia de alguno de los defensores y que si bien el apoderado de *Novoa Rodríguez* renunció al mandato, este procesado fue asistido por un defensor de oficio en una sola sesión en la cual no se practicaron las pruebas a que se refiere el censor, sino que se presentaron argumentos en favor de un procesado distinto a *Novoa* y que más adelante la audiencia volvió a suspenderse para permitirle a un nuevo apoderado el estudio del expediente antes de su intervención. De ahí concluye la falta de razón de la censura.

En síntesis el Procurador expresa que las tesis de los libelistas carecen de fundamento y no comprometen el trámite; por ello considera que ninguna de las propuestas de nulidad tiene vocación de prosperidad.

1.1. Al ocuparse de los otros aspectos contenidos en la demanda de *Milciades Novoa Rodríguez*, el Delegado encuentra que el primer cargo por violación indirecta de la ley sustancial se formula antitécnicamente, porque el casacionista no demuestra la tergiversación del hecho revelado por la prueba; no es claro en determinar si todas

las pruebas fueron estimadas o no; el enunciado no corresponde a las explicaciones, y olvida la causal expuesta para dedicarse a la crítica de la valoración probatoria, cual alegato de instancia, desbordando su argumentación hacia un error de derecho por falso juicio de convicción.

1.2. También en el segundo cargo por violación directa postulado en esta demanda, el conceptuante encuentra inconsistencias de orden técnico, en cuanto que al predicar la omisión de pruebas, el actor hace comentarios escuetos y genéricos como que se ignoraron las Gacetas de la Asamblea de Cundinamarca. Y de las alusiones a la inspección judicial practicada en el Consejo de Estado extracta la inconformidad del demandante con las conclusiones judiciales, sin que en ningún caso haya demostrado el quebranto legal, y ni su incidencia en la sentencia.

2.1. Replicando a la demanda de *Isabel Amparo Bocanegra* y en concreto al cargo por violación directa de la ley respecto a la indebida aplicación del artículo 133 del Código Penal, reitera la opinión que expresó al hablar de la cualificación del sujeto activo del delito de peculado por apropiación, apoyándose en el criterio contenido en la sentencia de primera instancia. Por lo demás, reprocha que el censor incluya notas marginales e impertinentes al cargo formulado.

2.2. El Delegado expresa, además, que el cargo por falta de aplicación del principio de igualdad no tiene cabida; pues la absolución de la doctora Gloria Cuéllar no es un parámetro de ese principio; la igualdad comporta una garantía con respecto a las oportunidades legales y procesales para las partes, independientemente de situaciones particulares. En esos términos encuentra incomprensible la acepción del censor quien no destacó el paralelismo de la situación de su prohijada con el de la procesada absuelta.

3.1. Por último y en respuesta a la demanda de *Martha Esperanza Peñarete*, para analizar el primer cargo se remite al análisis ya efectuado sobre el tema de la tipicidad de la conducta de los implicados, la cual encaja en los presupuestos del artículo 133 del Código Penal y en especial en lo atinente a la cualificación del sujeto activo de la conducta punible. En consecuencia concluye que el cargo no prospera.

3.2. El Delegado también descarta la posibilidad de éxito de esta acusación, dada la improcedencia del error de derecho por falso juicio de convicción que el recurrente pregona respecto de la prueba de culpabilidad deducida contra la doctora *Peñarete*, como determinadora del delito de Peculado por apropiación. Observa que el impugnante desvía la valoración del fallador hacia su concepto personal, y después de aprobar las deducciones judiciales, concluye

que la censura no tiene vocación de éxito.

Así las cosas, en criterio del representante del Ministerio Público, no se debe casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como en las tres demandas dirigidas contra la sentencia de segundo grado se plantea de consuno la causal tercera de casación, y de conformidad con la lógica y la tradición jurisprudencial, la eventual procedencia de cualquier otra causal de casación supone el reconocimiento de la legalidad del proceso, inicialmente se asumirá el estudio de este tema, no obstante que el primer demandante lo expone con carácter principal, y los restantes como subsidiario.

I. *La nulidad del Proceso.*

I.1.1. En la demanda de *Milcíades Novoa* el actor estima que la sentencia atacada se encuentra viciada de nulidad, conforme a las causales establecidas en el artículo 304, numerales 2 y 3 del Código de Procedimiento Penal, porque al acusado se le condenó como determinador de un delito de peculado por apropiación, pero por tratarse de un particular no podía incurrir sino en la conducta prevista en el artículo 138 del Código Penal, que contiene descripciones típicas no concordantes con la conducta de este implicado. En su opinión la condena se basa en un criterio jurisprudencial ya controvertido en la sentencia del 3 de diciembre de 1991, y a ello agrega que la interpretación jurisprudencial in malam partem quebranta el principio de legalidad y de la pena.

Técnicamente, tal propuesta de nulidad es desacertada por cuanto el actor no desarrolla una argumentación demostrativa del error in procedendo cometido en la sentencia impugnada. Apenas se conforma con exponer un criterio personal respecto a las modalidades que ofrece la legislación penal sobre la figura del peculado, pero deja de lado su marco conceptual jurídico, de acuerdo con el cual la autoría intelectual o determinación de *Novoa Rodríguez* en la comisión del hecho es deducida de la aplicación del instituto amplificador del tipo consagrado en el artículo 23 del estatuto penal.

Por otra parte, con el argumento de que la condena de *Novoa* en condición de determinador del delito de peculado por apropiación está basada en un criterio jurisprudencial al cual se opone el citado por él, el casacionista esboza un argumento que rompe toda logicidad, en cuanto lleva implícita la afirmación de que la llamada instigación es creación jurisprudencial, desconociendo su origen legal. Por lo demás, la sentencia que invoca explica el por qué la demanda de un error en la adecuación típica de la conducta procede por la

causal tercera de casación, y si bien califica el hecho allí juzgado como hurto, ello responde a un marco fáctico diferente al que es objeto de análisis en este proceso.

Por tanto, si el propósito del demandante era mostrar que la aplicación de la figura de la determinación constituía una falla procedimental atribuible al juzgador de segundo grado, debió apuntar todo su esfuerzo racional a ese objetivo, explicando en qué consistió la irregularidad, la forma como ella conculcó las garantías del procesado y trascendió al contenido de la sentencia atacada. Sin embargo, el libelo no abarca esos matices, cuya presencia es indiscutible cuando se aspira a derrumbar la presunción de acierto y legalidad que protege la estabilidad jurídica del pronunciamiento del ad quem.

En esas condiciones, el reproche se concreta en enunciar como vicio procesal una institución que la propia normatividad sustantiva, en su artículo 23, consagra y ordena aplicar, y que permite deducir responsabilidad penal al particular que determina a un sujeto activo calificado a la comisión de delitos de responsabilidad, como ocurre con el peculado. Por tanto, la censura aparece imprósperа.

I.1.2. El mismo impugnante manifiesta que el principio de contradicción (art. 7 C.P.P.) resultó conculcado por cuanto a *Milciades Novoa* no se le dio participación alguna en la investigación adminis-trativa que la Procuraduría General de la Nación adelantó con base en una denuncia anónima, la que fue el cimiento de la investigación preliminar, no obstante que se puso a disposición de las autoridades desde el 28 de septiembre de 1990. Así mismo advierte que se omitió dar traslado de la prueba remitida como lo dispone el artículo 255 ibidem, lo que en su opinión transgrede el principio de lealtad a que se refiere la disposición número 18 de la codificación en comento.

La crítica anterior no pasa de ser un simple enunciado sin desarrollo o explicación que lleve a la comprobación de la ocurrencia de un vicio procesal que se ajuste a las causales legales de nulidad, y en donde tampoco se encuentran tesis que conduzcan a demostrar la forma y alcance del deterioro sufrido por el sentenciado en lo que respecta a las garantías procesales y su trascendencia en la providencia objeto de este recurso.

La deficiencia de la censura se extiende como lo indica el Ministerio Público, a la invocación de disposiciones que solo cobraron vigencia con posterioridad al trámite que se critica (Decreto 2700 de 1991), desconociendo que la primera averiguación corrió por cuenta de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría a título de Cuerpo Técnico de Policía Judicial, ante la cual,

recuerda también el Delegado, pudo el imputado aportar sus pruebas de descargo.

Por lo demás ha de tenerse en cuenta que el verdadero debate probatorio se iniciaba con el sumario en base a las piezas inicialmente recaudadas, siendo a partir de allí donde resultaba forzosa la vinculación del sindicado como en efecto ocurrió, generando un amplio debate probatorio que efectivizó a suficiencia el alegado principio de contradicción.

I.1.3. El mismo demandante denuncia la violación al derecho de defensa técnica del doctor *Milciades Novoa Rodríguez* en la etapa del juzgamiento, por cuanto, supuestamente, no estuvo asistido por sus defensores principal y suplente durante las siete sesiones de la audiencia pública, pues aquellos solo asistieron a la ampliación de la indagatoria, y presentaron un alegato de conclusión, además de que el defensor principal renunció al encargo; con ello, fueron desobedecidos los contenidos normativos de los artículos 452 y 147 del Código de Procedimiento Penal, y además vulnerado el artículo 7º por falta de contradicción de las pruebas celebradas durante la audiencia.

Son múltiples las fallas de orden técnico que exhibe la formulación de esta acusación y que bien podrían ser enumeradas; sin embargo, ante la falta de veracidad de las circunstancias sobre las cuales se construye el cargo, la Sala se ve relevada de hacerlo, pues ello resultaría totalmente inocuo. Es así como al revisar el expediente se observa que en las diferentes sesiones de la audiencia pública, el implicado *Milciades Novoa Rodríguez* siempre contó con la asistencia de un profesional del derecho, ya fuese el principal, ora el suplente, y aún uno de oficio. En las sesiones del 21 de julio de 1993, del 24 de febrero, del 19 de mayo y del 1o. de junio de 1994 intervino el defensor suplente designado según memorial presentado al Juzgado de conocimiento por el defensor principal el 22 de junio de 1993. A la sesión del 2 de agosto de 1994 asistió el defensor principal, quien renunció al mandato en escrito presentado el 4 de agosto de 1994. Ante esta circunstancia, en la sesión del 18 de agosto de ese año, el doctor *Novoa Rodríguez* fue asistido por un defensor de oficio, y en esa última fecha el procesado le otorgó poder a otro abogado de confianza quien lo asistió en las sesiones realizadas los días 15 de septiembre y 24 de octubre de 1994.

Conocidas estas incidencias, queda en claro que si las firmas de un mismo defensor no aparecen en todas las actas de las sesiones de la audiencia pública, no es porque el doctor *Novoa Rodríguez* haya estado desprovisto de defensa técnica como lo asegura el actor, sino porque fueron profesionales distintos a los citados por él quie-

nes le prestaron ese servicio. Bajo tales supuestos, queda descartada la nulidad por falta de defensa, apenas superficialmente enunciada.

1.2. En las demandas presentadas a nombre de *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo* y *Martha Esperanza Peñarete Beltrán* se alega la concurrencia de la causal tercera de casación, por violación al debido proceso, derivada de un error en la adecuación típica de la conducta. En vista de que uno y otro libelo utilizan argumentos similares para fundamentar la misma acusación, la Sala emitirá una respuesta unificada.

Tal como se expuso en el acápite de las demandas, recuérdese que los dos casacionistas explican los motivos por los cuales en el caso de error en la adecuación típica de la conducta, es procedente acudir a la causal tercera de casación y no a la primera. Y predican el error de los jueces sobre la base de que los elementos del delito de peculado por apropiación no concurrieron en la conducta de *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo* por varias razones; tales como que para el momento en que se profirió la Resolución que reconoció la pensión de jubilación a *Novoa Rodríguez*, ella había perdido la condición de servidora pública; que tampoco se le hizo entrega de bienes; que no existió una relación jurídica que le permitiera ejercer actos dispositivos y por tanto carecía de disponibilidad material o jurídica de los bienes del Estado, pues de conformidad con la clasificación de actos administrativos contenida en el Código Contencioso Administrativo, el realizado por la abogada en referencia solo podría tener el carácter de trámite o preparatorio, carente de potencialidad para comprometer los intereses de la entidad. Agrega que si eventualmente *Isabel Amparo* fue determinada a cometer un acto contrario a la ley, esto constituye un prevaricato.

Con esos mismos argumentos, el demandante que actúa representando a *Martha Esperanza Peñarete Beltrán* asegura que el nexo causal de la coautoría atribuida a su representada desaparece. Y agrega que, conforme a las afirmaciones de los sentenciadores, la conducta realizada por *Isabel Amparo Bocanegra* pudo ser la de prevaricato por acción, si es que el proyecto de resolución o acto preparatorio contraría abiertamente a ley, o un delito de cohecho.

En uno y otro caso, los demandantes impetran la nulidad de la actuación desde el cierre de la investigación para que al restaurar el proceso, los implicados puedan ejercer el derecho a la defensa.

Efectivamente, como aparece en los libelos, la vía para atacar la errada adecuación típica de la conducta sería la de la causal tercera de casación, si demostrada la prosperidad de ese error, el proceso se trastorna al punto de resultar imposible subsanarlo con la simple

sustitución de la sentencia, dado que la acusación resultaría incongruente con el fallo.

En lo que respecta con la cualificación del sujeto activo del delito de Peculado objeto de juzgamiento en este proceso, es de admitir que para el mes de diciembre de 1989, cuando se profirió la Resolución definitiva que reconoció a *Milciades Novoa Rodríguez* la pensión de jubilación sin tener derecho a ello, ya *Isabel Amparo Bocanegra* y desde hacía tiempo había sido desvinculada de CAPRECUNDI; pero ello no altera su responsabilidad penal, por cuanto ésta se le dedujo en relación con la emisión de un concepto previo que habilitó el reconocimiento pensional, mas no porque hubiese proferido la Resolución; y como para el momento en que realizó aquella conducta, si se desempeñaba como abogada sustanciadora de la División Jurídica de la referida institución, ello coloca en evidencia su relación comportamental con el ejercicio efectivo y coetáneo de funciones oficiales.

Ahora bien, se niega el poder dispositivo que la abogada asesora tenía sobre los bienes del Estado no solo porque no le fueron entregados sino porque el acto cumplido por ella apenas ostenta la calidad de una actuación de trámite o preparatorio de un acto administrativo, pero a ese respecto se incurre en una impropia confusión del concepto especializado de acto administrativo, con la actividad compleja de administrar que le interesa al derecho penal.

En la configuración del delito de peculado por apropiación, la circunstancia modal que con el vocablo "administración" describe el vínculo entre el sujeto agente y el objeto material del hecho punible, no circunscribe el proceder delictual a la emisión de un "acto administrativo" con validez jurídica ni a la participación exclusiva y excluyente de una sola persona, pues la expresión tiene un amplio sentido gramatical, como que involucra a todos aquellos que intervienen y participan permitiendo la ejecución compleja de la función pública.

Bajo una óptica general, la ejecución dentro de la organización estatal se cumple por todos los servidores públicos, así le corresponda a cada uno un grado de participación diverso, relacionado con su función específica asignada, pues lo que cabe reconocer es la imposibilidad de que un solo funcionario pueda realizar íntegramente una gestión determinada. Por lo tanto, como esa administración se debe cumplir en los términos y condiciones impuestas para ejercer las obligaciones propias del respectivo cargo, su desvío en materia de patrimonio estatal, bien puede conducir a la comisión por una pluralidad de personas, de un delito de peculado. Entonces, no se trata de un delito de exclusiva comisión de aquellos funciona-

rios a quienes la ley en sus diferentes manifestaciones ha asignado la específica función de suscribir los "actos administrativos", sino que en él pueden incurrir otros servidores públicos que intervienen en la compleja y amplia actividad de la administración pública (preparando, revisando, conceptuando, liquidando, ordenando, ejecutando, etc), siempre que actúe por razón de sus funciones, y ellas guarden una relación determinante sobre el resultado relevante.

Para el caso de *Isabel Amparo Bocanegra* se afirma que no le fueron entregados bienes del Estado para administrar, y que por ello carecía de disponibilidad sobre ellos. Pero con tal aserto se pretende ignorar que la disponibilidad jurídica no exige un contacto material o directo con los bienes objeto de la distracción. De no ser así, los únicos servidores públicos que podrían cometer un delito de peculado por apropiación sobre dineros del erario, serían los ordenadores del gasto, o los pagadores o tesoreros encargados de emitir títulos valores, lo que ignora que a la efectividad de la gestión pública concurre toda una gama de empleados, sin cuya participación resultaría imposible la distracción punible.

En tal sentido y de tiempo atrás esta Sala de la Corte ha sostenido y reiterado luego que

"... la administración es una actividad compleja que con frecuencia se encomienda a una persona, pero que en ocasiones requiere la participación de varias. La actividad estatal con su necesario mecanismo de controles lleva a la conclusión de que la tarea de administrar bienes se encarga con frecuencia a un número plural de agentes. Por ese motivo, además del empleado de manejo que tiene la disponibilidad material, pueden cometer el delito de peculado todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto, por cuanto éste tiene respecto de aquellos la disponibilidad jurídica.

Un concepto amplio de administración supone, pues, que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumplen la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos compete, dentro de los límites propios de sus atribuciones, la genérica función de administrar.

En estos casos la vinculación previa del individuo a la administración pública, asume una señalada importancia en cuanto si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad determinados bienes que, de otra manera,hubieran escapado a su

acción, esa relación lo hace responsable, a título oficial, por la suerte de los mismos y si se los apropia, los usa indebidamente, o les da aplicación oficial diferente de la que les corresponde, incurre en peculado como si la ley los hubiera puesto expresamente a su cargo y lo hiciera, en forma explícita, responsable de su suerte."(sent. 6-12-82 Magistrado Ponente Dr. Luis E. Aldana Rozo).

Tal fue, precisamente, y no otra, la situación que vió, analizó y calificó la Fiscalía de segunda instancia frente a las pruebas recaudadas, cuando acusó a la doctora *Bocanegra Jaramillo* como coautora del delito de peculado, tras acreditar el desempeño del cargo de Abogada Sustanciadora de la Oficina Jurídica de Caprecundi encargada de revisar y emitir concepto sobre la solicitud de pensión que ya en ocasión anterior le había sido negado al doctor *Novoa Rodríguez*, pero sobre el cual éste insistió, luego de que junto con la co-procesada doctora *Martha Esperanza Peñarete*, determinaran a la funcionaria a emitir criterio oficial contrario a la ley.

De ahí que en el pliego acusatorio se insista en que dentro de las funciones de los abogados de la División Jurídica estaba la de revisar documentación y emitir en los casos necesarios los conceptos que se les solicitaren, lo que vino a ocurrir con fundamento en la nueva solicitud del doctor *Novoa* del 14 de diciembre de 1988, la que emitió la acusada afirmando que "se ha agotado la prueba principal según lo preceptuado en la Ley 59 de 1886 por lo cual se procede a tener en cuenta las declaraciones extrajuicio...."

Como la liquidación realizada con base en ese concepto resultara una vez más objetada, al regresar en enero 17 de 1989 las diligencias a manos de la doctora *Bocanegra*, ésta volvió a concluir en que debía reconocerse el tiempo servido y demostrado con las declaraciones extrajuicio, y ello condujo a la culminación del trámite y la expedición de la Resolución de reconocimiento, lo que llevó a concluir a la Fiscalía, refiriéndose a esta intervención de la procesada, que

"...sus actuaciones eran tan necesarias e indispensables que sin ellas el gerente a la postre no hubiese firmado la resolución que reconocía ilegalmente la pensión a *Milciades Novoa Rodríguez*.", pues:

"Dentro de ese engranaje administrativo, no se trata de cualquier función las que desempeñan los funcionarios de la Oficina Jurídica, respecto a la tramitación de las solicitudes de Pensión de Jubilación; era fundamental, necesaria, al punto que sin ella no se hubiese podido llevar a cabo ésta defraudación..." (cfr. hojas 7 a 14 de la Resolución de segunda instancia).

Lo que reitera el Juzgado en su sentencia, cuando resalta que la conducta reprochable de la acusada se dió esencialmente cuando

"apartándse de sus verdaderas funciones le dió pleno reconocimiento de prueba principal a los documentos que por su misma naturaleza no eran admisibles..."

lo que ubica inequivocamente el juzgador, no en el proyecto de resolución sino al

"...dictar auto de trámite informando a la Jefe de la Oficina Juridica *(Gloria Amparo Cuéllar)* (Ver cuaderno No.1 Anexos. Folio 200)en la que consideraba suficiente las Gacetas de Cundinamarca que habia allegado *Novoa Rodríguez* y disponia enviar a la Oficina de Liquidación para que se computara el tiempo de servicio..."

Lo indicado disipa la alegada posibilidad de que el cargo se centre en la sola preparación de un proyecto de Resolución que luego serviría de base para formalizar el reconocimiento, o que el hecho se de por realizado solamente con la expedición de ese acto administrativo en una fecha para la cual ya se había retirado la acusada de Caprecundi, pues que ninguna duda cabe en cuanto es a su intervención funcional rindiendo el concepto definitorio para el reconocimiento ilegal de la pensión (folios 111 o 112 del cuaderno de anexos de reconocimiento de pensión), a la que se otorga trascendencia dentro de un trámite que poco y nada importaba que viniera a culminar tiempo después, como tampoco interesa que el resultado final se haya alcanzado por la contribución de otros funcionarios que con su negligencia o descuido terminaron por facilitarlo, pues la doctora *Bocanegra* habia ya cumplido la parte más trascendental dentro de la estructura de la defraudación patrimonial del ente afectado.

Que la conducta de *Isabel Amparo Bocanegra Jaramillo* estructurara un prevaricato por acción, es una afirmación bastante atendible, si se tiene en cuenta que dicha funcionaria emitió un concepto manifiestamente contrario a la ley, en este caso a los artículos 7,8 y 9 de la Ley 50 de 1886 (no 1986 como lo pregonan varios funcionarios) para la admisión de la prueba testimonial con el carácter de supletória y los de la Ley 6ª de 1945 sobre los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. Pero aún siendo ello así, ese hecho para nada afecta el cargo de peculado por el cual se profiere la condena, pues a lo sumo conduciría a compulsar las copias que permitieran la investigación aparte del prevaricato, conducta que apenas le sirvió de medio a la comisión del fraude al erario, de no sér porque la Fiscalia consideró que quedaba subsumida e integrada al peculado, haciendo improcedente la represión del concurso ideal de estas dos infracciones, o su investigación por separado, porque tratándose de un hecho valorado y definido, la doble investigación conllevaria a violentar el principio del non bis in idem.

Implica lo anterior, que ningún fundamento tiene el reproche de la errónea calificación de la conducta, y por lo mismo tendrá que desestimarse la nulidad propuesta.

II. *Demanda a nombre de Milciades Novoa Rodríguez.*

Los dos cargos restantes contenidos en esta demanda merecen la réplica que sigue:

II.1. Para el actor se dio una violación indirecta de la ley mediante la comisión de errores de hecho y de derecho por tergiversación de unas pruebas y desconocimiento de otras.

En concreto el libelista censura al Tribunal por calificar de informales las fotocopias de las Gacetas de la Asamblea de Cundinamarca, considerándolas como prueba deficiente, siendo que fueron tomadas en una inspección de la Procuraduría, documentos que ubican a *Milciades Novoa* como diputado electo y quien ejerció durante los períodos que allí se registran. Igualmente critica que el sentenciador refiera los pocos expedientes que se encontraron en el Juzgado Promiscuo Municipal de Ubaque tramitados de 1938 a 1940 en los cuales participó *Novoa Rodríguez*, pues por esa razón no se puede desmentir la versión del sentenciado. Y aún acusa a los juzgadores de primera y de segunda instancia por incurrir en un falso juicio de valoración de la prueba al hacer uso de conjeturas, como que se aprovechó la quema del Palacio de Justicia para rechazar las declaraciones extraprocesales de Carlos Camacho, Alberto Echavarría, Pedro Ahumada y Rómulo Anzola.

Este enunciado es una mezcla de modalidades de error que el libelista no consigue dilucidar más adelante. Por el contrario, cuando trata de darles fundamento, parece desarrollar algún error de hecho, sin individualizarlo, y en definitiva termina por criticar las conclusiones de los jueces respecto de la valoración de algunos elementos de prueba como las Gacetas de la Asamblea de Cundinamarca, la inspección judicial cumplida en el Juzgado Promiscuo Municipal de Ubaque y la credibilidad negada a los testigos extraproceso que utilizó *Novoa Rodríguez* para acreditar tiempo de servicio ante CAPRECUNDI. Pero en ningún caso el actor demuestra como le corresponde, en qué consiste el error del fallador, en dónde y bajo qué circunstancias se tergiversa la prueba, ni cuál su incidencia en la decisión de condena, reduciendo el esfuerzo a un esbozo de opiniones personales que solo muestran su inconformidad con la deducción de responsabilidad, método impropio por deficiente y ajeno a las taxativas causales de casación que tolera el debate en esta sede.

II.2. En la segunda crítica, el casacionista acusa una omisión de prueba respecto a los documentos que acreditan que el doctor

Novoa Rodríguez sí desempeñó las actividades laborales que le permitían obtener la pensión de jubilación, como unas certificaciones expedidas por la Contraloría Departamental, las Gacetas de la Asamblea de Cundinamarca allegadas en la etapa del juicio y la inspección judicial realizada en las dependencias del Consejo de Estado.

En este reproche el demandante focaliza su acusación en un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión; pero igual aquí tampoco traspasa el enunciado del cargo que quiere formular, pues aparte de expresar la inconformidad, no hace manifiesto el yerro ni su trascendencia en el fallo de condena. Mas aún: Las sentencias no niegan que *Novoa Rodríguez* sí le prestó servicios al Estado; solo que reconocen no haber alcanzado a hacerlo por el tiempo requerido para acceder a una pensión de jubilación. Por lo que al inconforme le incumbe detallar cómo cada uno de los elementos de convicción allegados comprueba cada período de servicio hasta establecer el tiempo total, y no restringir la argumentación a una proposición general que a la postre deja infundada.

Por lo demás, es el actor quien propone la distorsión de la inspección judicial cumplida en el Consejo de Estado, en cuanto aspira a que de ella se concluyan hechos y situaciones que esa prueba no está en capacidad de establecer. Es lo que ocurre cuando expresa que debió admitirse la afirmación de que su protegido sí trabajó en esa Corporación por el solo hecho de que los nombres de los Consejeros que aquel había mencionado, coincidían con los titulares de esos cargos.

Las últimas tachas que formula el recurrente tampoco se ajustan a las exigencias del recurso extraordinario, pues no conllevan la demostración de los errores supuestamente cometidos por los sentenciadores, dentro de las opciones teóricas previstas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. Son simples comentarios dirigidos en contra de la denuncia anónima que permitió la iniciación de la averiguación adelantada por la Procuraduría, y sobre la afirmación de que el implicado aprovechó la tragedia del Palacio de Justicia para presentar la prueba testimonial supletoria, que bajo ningún aspecto constituyen un ataque contra los fundamentos de la condena.

La deficiencia técnica y argumentativa de los cargos presentados en esta demanda, no da lugar para que la Sala abunde en otra respuesta distinta a su desestimación.

III. *Demanda a nombre de Isabel Amparo Bocanegra.*

III. 1. Como cargo principal de esta demanda el actor postuló la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo

133 del Código Penal, por atipicidad de la conducta, basada en los mismos argumentos esgrimidos para fundamentar el cargo de nulidad, en cuyo estudio se concluyó que el proceder de la sentenciada si se ajusta a la descripción de la disposición cuya infracción se denuncia.

Por consecuencia, la Sala se remitirá en su respuesta a la argumentación contenida en el último aparte de los cargos propuestos por nulidad, si bien a lo allí anotado puede aún añadirse que además de hallarse demostrada la vinculación real y efectiva de la doctora *Bocanegra Jaramillo* como Abogada Sustanciadora de la División Jurídica de Caprecundi, cargo en el cual tenía que estudiar y conceptuar sobre la legalidad de la documentación que los solicitantes aportaban, y su idoneidad para el reconocimiento prestacional, en el caso de la especie esa fue , precisamente, la conducta que realizó y le ha sido reprochada, en la medida en que sin su concepto reiterativo no hubiera sido posible decretar la pensión del doctor *Milciades Novoa*, pues ya otras dependencias de la entidad habían objetado las pruebas supletorias, de modo que el regreso del expediente a su Despacho significaba la necesidad de expedir un criterio definitorio que por parte de la Oficina especializada dirimiera el tema. Así lo hizo la acusada, pero de modo contrario a derecho, permitiendo con ello el trámite siguiente de liquidación, resolución y pago, con el cual culminó el fraude al fisco, sin que cuente para nada el que para el momento de girarse los dineros, ya se hubiese desvinculado de la entidad.

En tal sentido es la conclusión de la Fiscalía en la resolución acusatoria:

"...a flo. 107 del cuaderno de anexos encontramos un informe de *Amparo Bocanegra* diciendo que la prueba principal se agotó, que debe tenerse en cuenta la prueba supletoria enviando en forma inmediata el proceso a la Oficina de Liquidación. Es más en alguno de los estudios a la documentación presentada la sindicada *Amparo Bocanegra*, sobre las tantas veces citadas declaraciones, afirma que los declarantes eran quienes nombraban sus empleados desempeñando cargos de Magistrados o Secretarios de la misma Corporación. Sin embargo, esos supuestos testigos de acuerdo al texto de los testimonios, jamás hicieron afirmación alguna en el sentido de haber ocupado cualquiera de esos cargos; esto nos demuestra una vez mas el afán por analizar y tener en cuenta estas pruebas en forma desviada y trata de demostrar el tiempo exigido para la pensión.

El señor *Carlos Antonio Gutiérrez Morales*, confirma lo antes dicho: "Las declaraciones no concretaban con exactitud los tiempos que solicitaban se tuvieran en cuenta, de todas maneras la oficina jurídica ordenaba al final tener o no en cuenta determinadas prue-

bas.." "En conclusión como ya se enunció, estos cuatro sindicados deben ser acusados como coautores del punible de peculado por apropiación, unos como determinadores y los otros por ser los autores materiales de la conducta..."(sic).

Y si como ya se expuso, dentro del concepto de administración como actividad compleja que exige la intervención de diferentes personas con una distribución racional de trabajo para el cumplimiento de los fines de Estado, cada una de ellas responde por el resultado en una distracción punible de bienes del erario, en la medida en que contribuya dolosa o culposamente a su pérdida, daño o aplicación oficial diferente, no puede someterse a duda la tipicidad del comportamiento que se le imputa a la acusada, a quien correspondía definir un punto de derecho previo a la liquidación y el reconocimiento, el cual realizó de manera dolosa y contrariamente a derecho, constituyéndose en causa del daño patrimonial económico cumplido.

La formulación de una violación directa en este sentido implica que el censor acoge la prueba de la misma manera como la analizó el censor, y ello equivale a admitir que los elementos externos de la infracción de peculado, conforme queda visto, solo hacen reiteración de acierto en la decisión controvertida.

III.2. El segundo cargo de esta demanda se funda en la causal primera de casación, cuerpo primero, denunciando la violación directa del principio de igualdad consagrado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal y 13 de la Constitución Política, porque a la acusada se le debió tratar como a las co-sindicadas Gloria Amparo Cuéllar Moreno y Dilia María González Gómez, a quienes se exoneró.

Es evidente que este reproche no se sujeta a la técnica del recurso extraordinario, por cuanto la invocación de la infracción directa de la ley, tiene como supuesto la aceptación de los hechos como han sido considerados por el fallador, radicando privativamente la desavenencia en la aplicación de la disposición vulnerada. En este punto, no obstante, el demandante discute la situación procesal de tres de las implicadas, dos de las cuales fueron eximidas de responsabilidad penal.

La opción que podría tener el actor para atacar la sentencia del ad quem en este aspecto tendría que condicionarse a que la situación fáctica y jurídica de las tres implicadas hubiera sido idéntica, y que a pesar de ello se les hubiera dado un tratamiento desigual. Sin embargo, las providencias muestran lo contrario, pues cada imputada se ubica en la realización de una conducta distinta frente a sus propios deberes y frente al hecho punible perseguido. Bajo ese solo aspecto se hace imposible otorgar prosperidad a la demanda analizada.

IV. *Demanda a nombre de Martha Esperanza Peñarete*

IV.1. El libelo formulado a nombre de *Martha Esperanza Beltrán* propone por vía de violación directa una indebida aplicación del artículo 133 del Código Penal, porque a la procesada se le imputa la determinación en un delito de peculado, cuando el autor no podía cometerlo porque al producirse la resolución de reconocimiento de pensión ya la doctora *Bocanegra* no tenía la calidad de sujeto activo para la comisión de un delito de responsabilidad, y mucho menos suscribió la resolución de reconocimiento prestacional.

Como prolijamente se ha explicado que el cargo contenido en la resolución de acusación no imputa a la doctora *Bocanegra Jaramillo* el hecho de haber expedido la resolución de pensión, sino la emisión de un concepto contrario a la ley que fue el que sirvió de base para tomar en cuenta unas pruebas supletorias improcedentes y deficientes, concepto que a su vez se utilizó para la liquidación y expedición de la tan referida resolución de pensión, es claro que el cargo que se comenta no corresponde con la realidad de los hechos ni de los cargos que comprometen la radicación en juicio y por lo mismo resulta inapropiado para controvertir el fallo de condena.

Ya insistentemente se ha precisado que la proposición de la violación directa de la ley supone en el actor la aceptación de los hechos y de las pruebas de la misma manera como se indican en el fallo. Por tal motivo no le es posible al censor entrar a plantear la atipicidad de la conducta sobre el supuesto de unos hechos que son ajenos a los que constituyen el cargo de la acusación y la condena, y mucho menos discutir en derecho sobre esa clase de supuestos acomodaticios, pues al hacerlo ataca en realidad una sentencia imaginaria y no la que se profirió en el plenario, reclamando la aplicación del derecho sobre un supuesto distinto de aquel que el fallador tomó en cuenta.

Esta equivocada forma de alegar impide avocar de fondo la alegación propuesta, como entrar a proferir fallo de mérito, porque también se ha recordado ya y repetidamente en esta providencia, que el principio de limitación restringe al juzgador la posibilidad de rectificar o modificar los términos de la demanda, siendo de la exclusiva iniciativa del censor su proposición íntegra dentro del recurso extraordinario.

IV.2. En la segunda censura se acusa al Tribunal de incurrir en un "error de derecho" respecto de la apreciación de la prueba con la que se dedujo la culpabilidad de *Martha Peñarete* en condición de determinadora del delito de Peculado por apropiación, por habérsele atribuido "un alcance diverso al que le asigna la ley". Entonces, el actor asegura que la prueba de la determinación fue inferida

judicialmente por cuanto no existe demostración distinta.

Tratándose, como se enuncia, de la formulación de un error de derecho, lo que remite a una equivocación centrada en las regulaciones normativas, es de esperar que el casacionista ofrezca una comparación que enfrente la regulación legal de la prueba que acusa con la que aplicó o concedió el sentenciador; pretensión que en el caso examinado se frustra cuando el actor varía su crítica de la valoración específica de la prueba a las conclusiones de los jueces, desatendiendo de añadido que en el sistema procedimental vigente, no existe una prevaloración legal que supedite unos a otros los diferentes medios de convicción, lo que, al menos en principio, hace improcedente en casación la alegación de un error de derecho por falso juicio de convicción.

Por otra parte, los argumentos que aporta para acreditar la equivocación judicial, tampoco aciertan a construir un reproche que se ajuste hipótesis de esta clase de error que puedan subsanarse en esta sede (vgr. darle a un medio de prueba un mayor o menor valor que la ley no le concede), pues lo que se ataca son las consideraciones sobre las cuales el Tribunal dedujo a *Martha Peñarete* la condición de determinadora para la comisión del peculado, a través de una personal valoración del acervo probatorio, incurriendo así en el manido defecto de reelaborar la motivación del fallo, pero sin lograr resquebrajar su contenido.

En tal sentido se manifiesta el desacuerdo con argumentos tales como que el abogado *Novoa Rodríguez* no requería de asesoría profesional, dada su experiencia en el área laboral o haciendo una reinterpretación del monto de los honorarios pactados para esa prestación de servicios, aduciendo que cada quien es libre de contratar la asesoría que estime, que la prestación de servicios no es gratuita, y que la cuantía de ocho millones de pesos fue un ardid de *Novoa*, pues *Martha Peñarete* solo recibió tres millones de pesos de honorarios.

En igual forma aduce que la prueba de la determinación ejercida por *Martha Peñarete* sobre *Amparo Bocanegra* fue inferida judicialmente, lo que hace suponer que era inexistente, pues lo único que consta es una llamada que aquella le hizo a la segunda después de retirarse de CAPRECUNDI, según lo declaró Marina Aurora Martínez de Bacca, como tampoco existe prueba de amistad que uniera a las dos abogadas, con lo que parecería trasladar el cargo a los errores de hecho por suposición de pruebas, desatendiendo la ilogicidad que supone una alegación coetánea de errores de hecho y de derecho, cuando no encierra una contradicción al pretender que no existe prueba de la existencia de nexos entre las dos abogadas, cuando a

la vez reconoce la llamada telefónica, y que una y otra abogadas habían trabajado en la misma entidad y conocido del mismo expediente, e inclusive admite que a la doctora *Peñarete* se le había declarado insubsistente por deshonesta.

Sobre este aspecto —conocimiento de *Martha Peñarete* sobre el expediente administrativo de *Milciades Novoa*—, argumenta además que las dos veces que intervino como sustanciadora lo hizo en forma mecánica, manifestando su inconformidad con la rapidez que los jueces le atribuyen al trámite pensional una vez que la doctora *Peñarete* asumió la asesoría del caso, porque en definitiva se tomó 18 meses. Por lo demás advierte que su defendida no intervino en la aportación de las declaraciones extraprocesales porque cuando se retiró de la entidad oficial, ya *Novoa Rodríguez* había presentado toda la documentación. Y prosigue criticando el testimonio del sentenciado hasta advertir que dada la irascibilidad de *Amparo Bocanegra*, no era posible que *Martha Peñarete* hubiera exhibido a aquel el expediente administrativo.

Para terminar atribuye como errores del ad-quem el valorar el testimonio de María Aurora Martínez de Bacca; considerar como indicios razonamientos no concretos, en desacuerdo con la sana crítica, la experiencia y la hermenéutica judicial; y haber violado el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal por no obrar en el proceso la prueba que conduce a la certeza del hecho punible y la responsabilidad de la procesada.

En estos términos, bien se advierte que la fundamentación del cargo es un listado de inconformidades y de opiniones personales opuestas al fallo de condena, pero salidas de todo marco técnico que comprometa una causal concreta de casación, pues no se esboza con claridad la clase de error que se aduce, ni coherentemente se demuestra. Es más: la insuficiente fundamentación es evidente, porque a pesar de abundar en afirmaciones, no se acierta en la demostración de los yerros que se atribuyen a los jueces, variando más de una vez la alegación del error de derecho al de hecho, como cuando propone que es de la primera especie el desacato de las reglas de la lógica y la experiencia, a sabiendas de que en tal caso se incurriría en error de hecho por falso juicio de identidad.

En las anteriores condiciones, la Sala debe prescindir por informal, de la consideración meramente conceptual de los aspectos esbozados por el actor, lo que conlleva la demanda al fracaso.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll Ricardo Calvete Rangel, Jorge Cordoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Paez Velandia, Mario Mantilla Nougues,Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PORTE ILEGAL DE ARMAS / FAVORABILIDAD

1. La pistola y el revólver, si se atiende a su caracterización por la forma de cargar, se distinguen porque la primera se alimenta por proveedor mientras que el segundo lo hace por un tambor. De modo que la ausencia del tambor y la presencia del proveedor, no significa que el arma corta sea automática, simplemente indica que es una pistola y no un revólver.

2. Frente al recaudo probatorio que obra en el proceso y habida cuenta de la imposibilidad física y legal para aportar otros elementos de convicción, sensatamente se impone la aplicación del apotegma universal del favor rei, para indicar que el arma de fuego en cuestión sólo admite la clasificación en la categoría de defensa personal y no de uso privativo de la fuerza pública.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 13486Aprobado Acta N° 118 (2 de octubre)

En relación con los individuos *Armando Vargas y Jaimes Torres*, se adelanta este proceso por un concurso de hechos punibles de *hurto calificado-agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal*, según hechos acaecidos en la ciudad de Cali. Celebrada la sentencia anticipada por la que optaron ambos procesados, diligencia que estuvo a cargo de la Fiscal Doce Seccional de la mencionada ciudad, la Juez Diecinueve Penal del Circuito, por medio de auto fechado el 4 de julio pasado, se negó a conocer del asunto con el escueto argumento de que el señor *Francesco Paolo Rubbi*, testigo principal de los hechos, con énfasis había dicho que los asaltantes utilizaron "un arma automática" durante el despojo, razón por la cual el conocimiento de las diligencias correspondía al juez regional asignado, a quien de una vez le propuso colisión de competencia negativa.

El Juez Regional a quien le correspondió el asunto aceptó la colisión propuesta. Antes de analizar la argumentación recíproca de los funcionarios en controversia, conviene saber sobre los hechos lo siguiente:

El 26 de marzo del año en curso, aproximadamente a las 11:20 horas de la noche, la señora *Claudia Hernández Becerra* y su esposo *Francesco Paolo Rubbi*, ciudadano italiano, se desplazaban por las calles de la ciudad de Cali en el automóvil marca renault 4, modelo 83, color habano y de placas MDD 149, vehículo que era conducido por el segundo de los mencionados. Detenida la marcha en el semáforo de la avenida "Roosevelt" con la calle 5ª, los paseantes fueron abordados por dos individuos, uno de los cuales exhibió un arma de fuego, quienes de esa manera los intimidaron y los obligaron a abandonar el automotor. Rápidamente los despojados avisaron a la policía del centro de atención inmediata, CAI, del parque Panamericano, guarnición desde la cual se alertó a las patrullas de servicio y se produjo entonces la captura de los imputados a la altura de la transversal 29 con la autopista suroriental, cuando aún se movilizaban en el vehículo hurtado. En la huida, los perseguidos se desprendieron de la pistola cuyo porte y utilización aceptan para el momento del apoderamiento del carro.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Juzgado Regional declina la competencia con fundamento en las siguientes razones:

1. Por cuanto el arma de fuego no fue decomisada, tampoco ha sido posible la práctica de una inspección judicial sobre el instrumento, pero se sabe por la versión de la señora *Claudia Hernández Becerra*, el testimonio de oídas de uno de los policías, y aún por la confesión de los procesados, que éstos utilizaron una pistola o revólver en el desapoderamiento del automotor.

2. De modo que no puede decirse con certeza si se trataba de una pistola, un revólver o un arma automática, característica esta última que refiere uno de los ofendidos, pero lo cierto es que no podría dictarse sentencia con desconocimiento del principio de *in dubio pro reo*, máxime que ese señalamiento del afectado es aislado en el contexto de la prueba. Además, no resulta contundente la conclusión de que el arma es automática porque "no le observó tambor", según la manifestación del testimoniante, dado que las únicas armas con ese dispositivo son los revólveres, y la diferencia entre una pistola automática y otra semiautomática sólo puede establecerse "al escuchar los disparos en ráfaga o al examinar los mecanismos de disparo del arma, pero no con la mera observación externa de la misma a menos que sea un experto conocedor de armas" (fs. 79).

Vista la actitud irreflexiva que asume la Juez Diecinueve Penal del Circuito de Cali, la Sala hace ver que resulta lamentable e injusto que los funcionarios judiciales rehusen la competencia de esa manera, pues la provocación ligera de conflictos de esta índole genera insatisfacción en el cumplimiento de la función.

Basta saber que el testigo *Francesco Paolo Rubbi* incurre en la generalizada confusión lega sobre las características de las armas de fuego, pues dice el deponente que la pistola con la cual fue amenazado era un arma automática porque "se observaba que no tenía tambor" (fs. 12v.). La pistola y el revólver, si se atiende a su caracterización por la forma de cargar, se distinguen porque la primera se alimenta por proveedor mientras que el segundo lo hace por un tambor. De modo que la ausencia del tambor y la presencia del proveedor, no significa que el arma corta sea automática, simplemente indica que es una pistola y no un revólver.

Cosa completamente diferente es la individualización por el funcionamiento de las armas, las cuales serán de acción manual (o de repetición), semiautomáticas y automáticas. Las primeras requieren una operación del hombre para cada disparo; las segundas quedan de una vez listas para la próxima acción después de cada disparo; y las últimas son aquellas que accionan en ráfaga. De este modo, razón asiste al señor juez regional para postular que, si no se es un experto manipulador de armas o un perito en la materia, no basta la observación externa para distinguir entre instrumentos de estas categorías.

El testigo destacado por la juez de circuito no revela un nivel de conocimientos técnicos suficientes para controvertir el señalamiento ambientado en el proceso, en el sentido de que se les hizo víctima del atentado patrimonial por medio de una pistola, pues el dato distintivo de la ausencia de tambor no es tan categórico para hablar de la automaticidad del arma, como equivocadamente lo señala aquella funcionaria judicial, sino que, todo lo contrario, exterioriza que el ofendido y testimoniante es tan profano en la materia como el común de los ciudadanos.

Si bien las pistolas pueden ser de funcionamiento automático o semiautomático, lo cierto es que la prueba testimonial y referencial apenas alcanza para decir que se hizo uso de un arma de fuego de defensa personal, tal como lo revelan la denunciante *Claudia Hernández Becerra* (fs. 4), los mismos sindicados (fs. 23 y 25) y el policía *Rodrigo de Jesús Villa* (fs. 56), acorde con la delimitación legal por mínimas y máximas características que se hace en los artículos 6 y 11 del Decreto 2535 de 1993.

Frente al recaudo probatorio que obra en el proceso y habida cuenta de la imposibilidad física y legal para aportar otros elementos de convicción, sensatamente se impone la aplicación del apotegma universal del *favor rei*, para indicar que el arma de fuego en cuestión sólo admite la clasificación en la categoría de defensa personal y no de uso privativo de la fuerza pública.

Con todo, los señalamientos que hace la Corte apenas se constituyen en paso obligado para dirimir una controversia de facultades, pues los juicios definitivos sobre el injusto y la culpabilidad de los procesados conciernen ahora exclusivamente a la juez diecinueve penal del circuito, funcionaria a la cual la Sala asignará el conocimiento de este proceso, de conformidad con el artículo 68, numeral 5° del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, *La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,*

RESUELVE:

Asignar el conocimiento de este proceso a la Juez Diecinueve Penal del Circuito de Cali. De esta manera queda resuelto el conflicto de competencia planteado.

Envíese copia de la decisión al Juez Regional de la misma ciudad.

Cópiese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSO DE HECHO/ CASACION DISCRECIONAL

Si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68.3 del C.P.P., compete a la Corte conocer del recurso de hecho cuando se deniegue el de casación, tratándose de la casación excepcional, debe decirse, que no es posible la procedencia de dicho recurso, como que es de su resorte exclusivo conceder discrecionalmente el mismo cuando se trate de sentencias de segunda instancia respecto de las cuales no procede la casación ordinaria, ya sea que se trate de aquellas dictadas por los jueces del circuito o que la pena impuesta sea inferior a 6 años o no sea privativa de la libertad.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 13547. Aprobado Acta No. 120

VISTOS:

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de hecho interpuesto por el defensor de *Myriam González Medina*, contra el auto del 30 de julio del año en curso, proferido por el Juez 4º Penal del Circuito de Armenia, por medio del cual se le negó el extraordinario de casación.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia del 28 de junio anterior, el juzgado 4º Penal del Circuito de Armenia, confirmó el fallo de primera instancia en el que la Juez 1º Penal Municipal de la misma ciudad, condenó a *Myriam González Medina* a la pena principal de 14 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de los perjuicios ocasionados como autora del delito de hurto agravado, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Contra tal decisión, el defensor de la procesada interpuso "recurso extraordinario de casación", manifestando que en el proceso

"nunca se probó real y debidamente" la relación entre *Myriam* y las señoras *Amparo Yepes Arrubla* y *Cármen Cecilia Gutiérrez*, quienes dentro de la investigación aparecen como las beneficiarias del cheque entregado a la acusada.

Afirma también que la norma aplicada al caso concreto exige que se obtenga provecho para sí o para otros, iincluyéndose en esta última acepción el consiguiente provecho del sindicado, el cual debe probarse debidamente, lo que no se hizo en el presente caso, pues el fallador incurrió en error de hecho en la valoración probatoria, ya que los testimonios recibidos en la investigación presuntamente prueban que la procesada recibió un cheque de $2'000.000,oo, pero no la "conexidad entre su conducta" la de las señoras *Yepes Arrubla* y *Emilia Gutiérrez*.

Así, apoyándose en los incisos 1º y 2º del artículo 218 del C.P.P. por auto del 30 de julio del año en curso, el Juez negó el recurso extraordinario, y agregó que no daba aplicación a lo dispuesto en el inciso 3º ibidem, "porque en el memorial impugnatorio el profesional del derecho que atiende los intereses de la defensa, no hizo mención alguna al recurso de casación excepcional o discrecional que eventualmente podría surgir en el presente asunto, bien sea para el desarrollo de la jurisprudencia o para la garantía de los derechos fundamentales".

Contra el auto anterior, el defensor interpuso el recurso de hecho, advirtiendo que en forma previa solicitaba la reposición del mismo, pues cumple con los requisitos para recurrir extraordinariamente, esto es, lo hizo dentro del término y mediante memorial dirigido al sentenciador , pasando de inmediato a citar doctrina sobre la procedencia de dicho recurso, y advierte finalmente que "el auto que se pide sea repuesto , es un auto incompleto. Efectivamente, el Juzgador de segunda instancia, cuando a través de su auto interlocutorio deniega el recurso extraordinario de casación, debe inmediatamente ordenar el cumplimiento de la condena".

Por ello, por auto del 13 de agosto pasado, el Juez se abstuvo de resolver la reposición y dispuso el envío de las copias solicitadas con destino a esta corporación para que se resuelva el recurso de hecho propuesto.

Durante el término de traslado para sustentar, el apoderado de la procesada presentó escrito en el que se manifiesta inconforme con el argumento del Juez para negar el recurso de casación en el sentido de que no se hizo alusión si se trataba de la casación discrecional, circunstancia, que en su criterio, es obvia ya que la segunda instancia no la resolvió un Tribunal y además cumplía con los requisitos decantados por la jurisprudencia como hacerlo oportunamente y en memorial dirigido al ad quem.

De otro lado, reitera su convencimiento de que a su defendida se le ha condenado sin que se halle demostrado uno de los elementos típicos de la conducta, es decir, no se le ha probado relación alguna con las señoras Amparo Yepes y Emilia Gutiérrez.

CONSIDERACIONES

1°. Si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68.3 del C.P.P., compete a la Corte conocer del recurso de hecho cuando se deniegue el de casación, tratándose de la casación excepcional, debe decirse, que no es posible la procedencia de dicho recurso, como que es de su resorte exclusivo conceder discrecionalmente el mismo cuando se trate de sentencias de segunda instancia respecto de las cuales no procede la casación ordinaria, ya sea que se trate de aquellas dictadas por los jueces del circuito o que la pena impuesta sea inferior a 6 años o no sea privativa de la libertad.

2°. Así las cosas, cuando en casos como el presente, se desconoce esa competencia exclusiva de la Corte para conceder o no discrecionalmente el recurso de casación, de conformidad con los postulados previstos en el inciso tercero del artículo 218, la procedencia del recurso de hecho, es obvio, emana de una decisión viciada de nulidad por incompetencia del funcionario que la profiere, y por ello, no le queda otra alternativa a la Sala que declararlo así, devolviendo la actuación para que el funcionario ad quem remita el expediente a fin de estudiar si el recurso interpuesto se aviene a los presupuestos excepcionales para su concesión.

3°. No obstante lo anterior, debe precisarse, que aunque en el caso concreto no fue expreso el impugnante en manifestar que el recurso de casación interpuesto lo era de manera discrecional, es claro que habiéndolo hecho dentro de los quince días siguientes a la notificación por edicto del fallo de segunda instancia proferido por el juzgado 4° Penal del Circuito de Armenia, por un delito con pena superior a los 6 años y exponiendo suscintamente las razones de su procedencia, debía entenderse como discrecional, pues en este caso la única razón para que lo fuera de esa manera, y así lo expresa el impugnante en la sustentación del recurso de hecho, es que el fallo de segundo grado procediera de un Juzgado del Circuito, pues en esas condiciones, no procede la casación ordinaria.

Esa es entonces, la razón por la que, el Juez del Circuito, no podía de ninguna manera arrogarse una competencia que de manera exclusiva, la ley le ha conferido a la Corte.

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

RESUELVE:

1º. Declarar la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto del 30 de julio del año en curso, inclusive, por medio del cual el Juzgado 4º Penal del Circuito de Armenia negó el recurso extraordinario interpuesto por el defensor de *Myriam González Medina*.

2º. Vuelvan las diligencias al juzgado de origen, para que con ellas se remita el expediente a ésta Corporación a efectos de resolver sobre la concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto.

Notifíquese y cúmplase

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD - Técnica en casación / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

1. Múltiples pronunciamientos irrigan la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que la causal tercera de casación, por simple que sea su enunciado legal, no se sustrae a la técnica del recurso; la censura en este orden no es de libre formulación, pues, quien pretenda su reconocimiento, debe fundamentar y demostrar la razón de su planteamiento, lo que significa indicar la existencia de las irregularidades sustanciales y la manera como éstas afectan la estructura del proceso, o decir de qué manera se han afectado las garantías de los sujetos procesales o se ha faltado a la competencia, que es en lo que consiste el ***principio de trascendencia*** *expresamente recibido en el numeral 2° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.*

2.- Pacífica ha sido la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que al optar el casacionista por el quebrantamiento directo de la ley sustancial, debe prescindir del debate probatorio, pues se supone que admite los hechos tal como los consideró demostrados el fallador, para trasladar la controversia al campo inmediatamente legal, bien porque hubo un error de diagnosis o de sentido, ora por exclusión evidente de la norma. Pero se advierte que el casacionista abandonó el plano de lo estrictamente jurídico para elaborar proposiciones que lo colocaron de manera indudable en la violación indirecta de la norma sustancial, planteamientos contradictorios que no permiten la prosperidad del cargo.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 10977 Aprobado Acta N° 120

VISTOS

Habilitado por la norma procesal penal, el defensor del procesado *Norberto Ruiz Sanabria* interpuso el recurso de casación contra la

sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma localidad, por medio de la cual lo halló responsable como coautor del punible de peculado en concurso homogéneo, sancionándolo con cinco (5) años de prisión, multa de ciento cincuenta mil ($ 150.000.oo) pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por lapso igual al señalado para la privativa de la libertad, como penas principales. Sobre esta impugnación decide ahora la Corte.

A pesar del contenido igualmente desfavorable, no recurrieron la decisión los coprocesados *José Rubén Sánchez Sánchez* y *Gilberto Moreno Velasco*, a quienes se les condenó respectivamente a las sanciones principales de 32 y 26 meses de prisión, multas de setenta y cinco mil ($ 75.000.oo) y veinte mil pesos ($ 20.000.oo) e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al dispuesto como privación de la libertad.

ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a la actuación procesal los narró el Tribunal así:

"De autos se infiere que el Concejo Municipal de Bolívar (Santander) asignó a la Junta de Acción Comunal de la vereda el Trapal de esa Municipalidad (sic), un auxilio de seis millones de pesos ($6.000.000) para la electrificación rural. El dinero fue retirado de la Tesorería por *Gilberto Moreno Velasco*, tesorero de la junta, y por *José Rubén Sánchez Sánchez*, auditor fiscal departamental ante aquel municipio, los cuales lo consignaron en la Caja Agraria del lugar, pero luego a instancias de *Norberto Ruiz Sanabria*, lo convirtieron en (sic) C.D.T. No 06211 de la Caja Popular Cooperativa, oficina de Bucaramanga, el 28 de noviembre de 1988, autorizando por escrito, como titulares de dicho documento al mencionado *Ruiz Sanabria* para el cobro, no solamente de los intereses, sino del capital, suma esta última que aquel retiró el 4 de diciembre de 1989. Cuando *Rubén Sánchez Sánchez* firmó la autorización para la entrega de los dineros había dejado de ser auditor, no obstante ello, utilizó el sello correspondiente al cargo oficial que no ejercía desde seis meses atrás. El extravío de los dineros del auxilio fue detectado mediante visita de la contraloría Departamental."

ACTUACIÓN PROCESAL

El 5 de septiembre de 1990, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Bolívar, departamento de Santander, inició la correspondiente investigación y, escuchados en indagatoria los imputados *Gilberto Moreno Velasco y José Rubén Sánchez Sánchez*, se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento

consistente en detención preventiva con beneficio liberatorio, a título de coautores del delito de peculado (cuaderno N° 1, fs. 10, 31, 38 y 126; cuaderno N° 2, fs. 324 y cuaderno N° 3, fs. 462).

El 17 de octubre de 1990, asumió la investigación el entonces Juzgado Tercero de Instrucción Criminal y, por medio de auto fechado el 30 de octubre siguiente, en atención a la solicitud del defensor de ambos sindicados, el instructor revocó la medida de aseguramiento vigente en contra de éstos y dispuso la libertad inmediata, bajo el impropio condicionamiento de una caución prendaria (cuaderno N° 2, fs. 263 y 272).

El 25 de junio de 1991, el juzgado investigador vinculó por medio de indagatoria al imputado *Norberto Ruiz Sanabria* (cuaderno N° 3, fs. 478).

Cerrada la investigación, se calificó el mérito sumarial el día 15 de junio de 1992, proveído en el cual se puso en evidencia la comisión de un delito de peculado por apropiación extensivo, hecho delictivo en el cual actuaron *Ruiz Sanabria*, como determinador, *Moreno Velasco*, como ejecutor material, y como cómplice el señor *Sánchez Sánchez*, quien además debía responder por el hecho punible de "uso fraudulento de sello oficial". En la misma providencia, se proveyó de nuevo sobre la situación jurídica de los dos últimos procesados, y por primera vez se abordó la del determinador, por medio de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, pero a los tres se les tributó el beneficio de la libertad provisional (cuaderno N° 3, fs. 407 y 523).

Recurrida la decisión por el defensor del acusado *Ruiz Sanabria*, la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga la confirmó el 9 de noviembre de 1992, pero le introdujo modificaciones, pues estimó el *ad quem* que se trataba del punible de peculado por apropiación cometido en concurso material y homogéneo, determinado sustancialmente por *Norberto Ruiz Sanabria* y cumplido materialmente por *Gilberto Moreno Velasco* y *José Rubén Sánchez Sánchez*, además de endilgarle a este último la comisión de una falsedad en documento público, conductas estructuradas en los artículos 133, inciso 2° y 138 y 220 del Código Penal, atenuada la primera por haberse operado el reintegro antes de proferirse sentencia de primera instancia, de conformidad con el inciso 2° del artículo 139 mismo ordenamiento. En relación con el acusado *Sánchez Sánchez*, expresamente se hizo la aclaración de que por la apropiación de los intereses respondía a título de coautor de peculado, pero en relación con la toma final de los seis millones ($ 6.000.000.oo), por cuanto ya no fungía de servidor oficial encargado de la administración de dicho caudal, apenas era

incriminable a título de cómplice de ese otro hecho punible concurrente de peculado (Cuaderno N° 4, fs. 19 y ss.).

Rituada la etapa de la causa por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, se evacuó la audiencia pública el 28 de julio de 1994 y culminó la instancia con el fallo de primer grado que antes se reseñó.

Apelado el fallo por el defensor del procesado *Ruiz Sanabria*, el Tribunal lo confirmó en lo que fue materia de impugnación y ordenó suprimir la expresión "y con uso fraudulento de sello oficial", que equivocadamente, sin motivación alguna sobre el particular, se había deslizado en la parte resolutiva del fallo impugnado, en relación con el acusado por el cual se acudía.

LA DEMANDA

Cuatro cargos presenta el libelista contra la sentencia, en los siguientes términos:

El primero de ellos lo argumenta al amparo de la causal tercera de casación, pues es su opinión que el fallo se ha dictado en un juicio viciado de nulidad, reproche que, en el evento de progresar, daría lugar a que la Corte casara la sentencia para decretar la nulidad a partir de la providencia fechada el 9 de noviembre de 1992, obra de la Fiscalía Sexta Delegada ante el Tribunal de Bucaramanga, por medio de la cual se decidió el recurso de apelación impetrado en contra de la resolución de acusación del 15 de junio del mismo año, proferida por el desaparecido Juzgado Tercero de Instrucción Criminal, ya que el competente para proveer en segunda instancia era el Tribunal Superior y no la Unidad de Fiscalía Delegada ante dicha corporación.

Para demostrar la razón de ser de la censura, después de citar los artículos 4° y 29 de la Carta Política y 11 del Código Penal, los cuales refiere como reproducidos por los artículos 1° y 22 del Estatuto Procesal Penal, dice que el artículo 304 de esta codificación "...consagra como causales de nulidad la falta de competencia del funcionario judicial, la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y la violación del derecho de defensa...", razones por las cuales considera que se ha producido un motivo de invalidación de la actuación procesal, pues el competente para desatar el recurso de alzada interpuesto en contra del pliego de cargos no podía ser otro organismo diferente a la Sala Penal del Tribunal de aquella ciudad, por ser el superior funcional del juez calificador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 69, numeral 1°, 203 y siguientes del Decreto 50 de 1987 (anterior Código de Procedimiento Penal), que rigió hasta el último día del

mes de junio del año de 1992 y permanecía como ley vigente para el posterior rito procesal, dado que era el ordenamiento más favorable frente a la decisión que debía emitirse, pues resulta preferible que la determinación haya sido adoptada por el juez colegiado de antes (tribunal preexistente), en lugar del órgano individual que proveyó (fiscal ante tribunal).

Cuestiona la constitucionalidad del artículo 9° transitorio del Decreto 2700 de 1991, que en apariencia autorizaba a la Fiscalía para asumir el conocimiento de los procesos en trámite al momento de entrar a regir el nuevo ordenamiento procesal, siempre que no hubiera cobrado ejecutoria la resolución de acusación, por cuanto la disposición se encuentra en abierta oposición con los principios que la Carta Política consagra para la validez de las investigaciones como son los de la legalidad, del juez natural, del debido proceso, de la favorabilidad y del derecho de defensa, situación de choque que por lo fundamental de los referentes obliga al funcionario a inaplicar el precepto legal, lo que trae como resultado la incolumidad de la competencia de quien actuaba como *ad quem*, o sea la Sala Penal del Tribunal respectivo.

Sostiene que ninguna influencia desvirtuadora de este planteamiento tienen los artículos 40 de la Ley 153 de 1887 y 5° del Decreto 050 de 1987, pues se trata de normas de rango legal que se oponen al artículo 29 de la Constitución Política y como tales ceden en su aplicación.

Agrega que existen otras irregularidades sustanciales "...como son la indebida calificación del reato delictivo por el cual se dicta resolución de acusación el que en ningún momento debe especificarse, individualizarse, encajarse en un artículo por su denominación concreta legal, sino citar el título y el capítulo, con todas las circunstancias, sin tipificar según orden del numeral 3° del artículo 471 del Decreto 050 de 1987 y 1° y 3° del artículo 442 del decreto 2.700 de 1991...". Por acudir a la denominación específica del artículo 133 del Código Penal, concluye el demandante, se precondiciona al fallador e irregularmente se vulnera el debido proceso y el derecho de defensa como derechos fundamentales.

Acusa también como irregularidad sustancial la intervención deficitaria, según su criterio, cumplida por el anterior acudiente judicial en la audiencia pública, pues no "...le hizo caer en cuenta al fallador que no hubo uso indebido del capital y de los otros dineros percibidos como interés...", detalle que hubiera traído como consecuencia un fallo absolutorio dada la limitante de tipicidad impuesta en la resolución de acusación, razón por la cual indudablemente se terminó por violar el derecho de defensa.

El segundo cargo lo plantea con apoyo en la causal primera y enuncia que "La sentencia objeto del recurso violó de modo directo los artículos 246, 247, 254, 294 y 445 del Código de Procedimiento Penal, por falta de aplicación, 230 de la Constitución Nacional en la misma forma y de modo directo, los artículos 23, 26, 36, 133 y 138 del Código Penal por aplicación indebida y el artículo 1° de la misma obra por falta de aplicación."

Asegura el impugnante que el Tribunal abandonó el análisis conjunto de los medios, como lo impone el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, al no estimar un sector importante de la prueba testimonial como es la constituida por la indagatoria de su asistido judicial, las versiones juradas de *Mario Ruiz Vargas, Efraín Moncada Mateus, Darío González Ariza* y *Rubén Darío Ariza*, a quienes les constaba "... la entrega o pago de los intereses por parte de Norberto Ruiz para la consecución de los materiales para la ejecución de las obras de electrificación de la vereda de El Trapal."

Reprocha de igual modo que la segunda instancia no se ocupara de prueba documental importante, como es la certificación de la Caja Popular Cooperativa, el título valor extendido por ésta a favor de *Ruiz Sanabria* y los comprobantes que acreditaban que éste había entregado el capital con sus réditos a la junta de acción comunal, los primeros días del año de 1990, antes de iniciarse la respectiva investigación penal, situación que le permitía al procesado, en el evento de una condena, acceder a la reducción de las tres cuartas partes de la sanción, pero producida ésta se le desconoció tal derecho proporcional. Dice igualmente que no fueron sopesadas las actas de dicha junta, cuyo contenido permitía probar el contrato de adquisición de materiales para la electrificación, celebrado entre su poderdante y el señor *Mario Ruiz Vargas*.

Estas omisiones, según el recurrente, condujeron al fallador a cometer un evidente error de hecho, al dar por probado un inexistente delito de peculado por apropiación extensivo, siendo que dichas pruebas demostraban lo contrario, esto es, que *Norberto Ruiz Sanabria* y los demás procesados, entre el 4 de diciembre de 1989 y los primeros días de enero de 1990, no ejecutaron ningún acto de disposición sobre los dineros de la comunidad de la vereda El Trapal. De esta manera, se propició la violación de las normas citadas al despuntar el cargo.

Como subsidiario, el libelista presenta el *tercer cargo*, con fundamento en la causal primera, por aplicación indebida de los artículos 23, 26, 27, 61, 64,65, 66, 67, 68, 133 y 139 del Código Penal.

El actor argumenta, como demostración del cargo, que si se aceptara la existencia del delito de peculado, no sería posible hacer

otro tanto en relación al concurso de esa clase de hechos punibles, "puesto que el manejo irregular se dio a la suma de *seis millones de pesos* ($ 6.000.000.oo) desde el día en que se abrió la cuenta o se tomó el título: 29 de noviembre de 1988, para hacer que la suma indicada produjera frutos objeto de apropiación". Además, no se tuvo en cuenta por el fallador que el reintegro se produjo en el mes de enero de 1990, es decir, antes de que se iniciara la investigación penal y, en el peor de los casos, la atenuación sería de las tres cuartas partes (fs. 62).

Dice que en las "consideraciones de la Sala", el fallador no hace relación ni examen de pruebas tales como testimonios, indicios, confesión, presunciones, o algo que hubiera fundamentado la sentencia condenatoria para demostrar el hecho delictuoso y la responsabilidad. Y esto es apenas razonable, porque, si se hace análisis probatorio, sobre todo en relación con los ya citados medios de convicción y la indagatoria de *Ruiz Sanabria*, sin duda se habría llegado a la convicción de su inocencia. De acuerdo con los artículos 1°, 247 y 445 del C. de P. P., agrega el recurrente, se imponía la absolución.

Señala que "no se necesita hacer una exposición extensa para demostrar que el bien objeto del delito fue la suma inicial recibida y que fue reintegrada acrecida... Fue una sola acción: Tomar el dinero y ponerlo a producir y luego reintegrarlo con intereses... No hubo pluralidad de delitos de peculado" (fs. 75). Sugiere que, como los procesados no estaban obligados a capitalizar el auxilio, entonces el delito hubiese sido menos grave si ellos se guardan el capital y lo van gastando sin que produzca réditos.

Después anota que, desaparecida la pluralidad de infracciones, ha de proceder la variación de la pena en sus justos parámetros, pues el sentenciador no explicó la razón que tuvo para imponerle al determinador un quantum punitivo muy superior al del autor material, violando con ello el artículo 23 del Código Sustantivo Penal.

Además expone que el fallador aplicó indebidamente el artículo 133 del Código Penal y dejó de aplicar el artículo 61 *idem*, pues, de acuerdo con este último texto, debió partir del mínimo legal, reduciéndolo en las tres cuartas partes por haberse operado el reintegro antes de la apertura de la investigación, lo que impone decrecer la sanción en cuatro años, o sea que la medida definitiva no puede superar el año de prisión, tope que permite conceder el sustituto de la condena de ejecución condicional.

Concluye que el fallador violó de manera directa la ley por aplicación indebida del numeral 11 del artículo 66 del Código Penal,

al tener en cuenta una agravante no expresada en la resolución de acusación; por falta de aplicación del artículo 64 *idem*, en razón de la desestimación que hizo en la tasación de la pena de los numerales 1°, 6°, 7° y 8°, que tratan de la buena conducta previa a la ejecución del punible, de la morigeración voluntaria de las consecuencias del hecho criminoso con resarcimiento del daño y presentación espontánea ante las autoridades; por falta de aplicación del artículo 67, omisión que lo llevó a desconocer los mínimos legales en perjuicio de *Ruiz Sanabria* y, finalmente, que "se violó" el artículo 68 al no concederle al sentenciado la condena de ejecución condicional, habida consideración de la pena que debió imponérsele.

Lo anterior conduce al impugnante a solicitarle a la Corte se case la sentencia y se redosifique la sanción, con el fin de imponerle al procesado una condena inferior a tres años de prisión, que además aparejaría la suspensión de su cumplimiento.

El cuarto y último cargo lo invoca por la causal segunda, debido a que en su apreciación la sentencia no se halla en consonancia con el pliego de cargos.

Después de referirse a la calificación sumarial impartida en primera y segunda instancia, dice que en ninguna de ellas se consignó circunstancia de agravación diferente a la normada en el inciso segundo del artículo 133 del Código Penal, precepto que dispone el incremento de la pena en razón de la cuantía; empero, el *a quo* agregó otra al momento de tasarla, yerro que en su opinión debió corregirse por el *ad quem*, pero no lo hizo, lo cual repercute en la desarmonía entre las dos piezas procesales fundamentales.

En la acusación se dice que *Norberto Ruiz Sanabria* incurrió en un delito de peculado agravado por la cuantía y atenuado en razón del reintegro, además que la pena no superaría los tres (3) años de prisión y el acusado tendría derecho a la condena de ejecución condicional prevista en el artículo 68 del Código Penal. Sin embargo, como en la sentencia se consignaron otras agravantes y se impuso una pena superior a los tres (3) años de prisión, esta decisión final no está en consonancia con la resolución de acusación.

Además, enfatiza, que esa particular manera de imponer la punibilidad, le restó al procesado el derecho a gozar de la suspensión de la condena a la cual no se opuso la Fiscalía en la audiencia pública, por lo cual reclama una sanción que consulte el mismo rasero aplicado a los demás condenados, en cuanto todos ellos fueron juzgados por hechos cometidos en idénticas circunstancias de agravación y atenuación, identidad que hace imperar la aplicación igualitaria de los artículos 23, 61, 133, 138 y 139 del Código Penal. Ese quantum punitivo reclamado, que estima debe ser igual al

merecido por *Gilberto Moreno Velasco*, deberá ir acompañado de la liberación de su defendido, efecto para el cual se debe casar la sentencia.

El Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal conserva en su estudio de la demanda el orden establecido por el libelista, examen que, en acatamiento a la técnica de casación, se inició por el respectivo ataque de la sentencia con fundamento en la invocación una nulidad, para sugerirle a la Corte que no se case el fallo, dado que ninguna de las causales propuestas tiene vocación de éxito. Las razones de la representación social son las siguientes:

Con respecto al cargo asentado en la *causal tercera* de casación, el Delegado en lo Penal le recuerda al casacionista que su proposición no se encuentra exenta de la técnica que gobierna el recurso, por ende no puede constituir una "simple exposición atropellada de ideas", haciéndole ver que se precisa, además de su invocación, "calificar la trascendencia de la irregularidad al orden de los principios fundamentales conculcados y el señalamiento por cuenta del censor del momento a partir del cual considera, débese rehacer la actuación afectada." Estos aspectos no fueron atendidos por el actor, prueba de ello es el desacierto de involucrar los "tres tópicos que constituyen la crítica de este cargo" en una sola formulación, puntos diferentes que debió separar en procura de obtener la claridad apropiada al fin propuesto. Para destacar la insuficiencia de la censura por vía de nulidad, el Ministerio Público cita dos de los muchos pronunciamientos de esta Corporación sobre el tema específico (marzo 3 de 1993 y 24 de enero de 1996).

A efecto de enseñar sin dubitación las falencias que hacen írrito el cargo, el Procurador se refiere, además de los defectos de técnica, a la "improsperidad sustancial" de cada uno de los ataques que en criterio del impugnante invalidarían la actuación. Se ocupa, en primer lugar, de la falta de competencia que acusa el censor con respecto al funcionario que tenía la capacidad funcional para desatar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación, cuando estando en trámite la impugnación empezó a regir un nuevo ordenamiento procesal, para resaltar su equívoco planteamiento, pues todo tránsito legislativo se caracteriza por las normas concretas que lo viabilizan tras despejar cualquier obstáculo por medio de la derogatoria expresa de las disposiciones que le sean contrarias, que en el asunto sometido a estudio implicaba dejar sin vigencia el código procesal penal anterior, incluidas las normas complementarias, para facilitar así la aplicación inmediata del nuevo ordenamiento, por ser su contenido de "...altísimo interés público",

característica que extiende sus efectos inclusive a los procesos en curso o pendientes.

Luego se refiere el procurador a las otras irregularidades propuestas por el censor, así:

La primera de ellas está centrada en el aspecto formal de la resolución de acusación, por hacerse de manera específica y no genérica la calificación del delito, como lo ordenaba el artículo 471, numeral 3° del C. de P. P., pero tales señalamiento críticos "... no sólo carecen de un debido respaldo en punto de demostración de garantías procesales y principios rectores conculcados, sino que también, la irregularidad que se achaca -desde todo punto de vista formal-, fue convalidada por la defensa a lo largo de la causa, para venir a ser debatida en esta sede extraordinaria, con lo cual inexorablemente se desconoce uno de los principios que orienta el instituto, particularmente el consignado en el numeral 3° del art. 308, "convalidación de los actos irregulares". Menos posible resulta que la pregonada anomalía trascienda al plano de la vulneración del derecho a la defensa, "pues independientemente de tratarse de una irregularidad, la afectación de garantías es nula, como que indubitablemente se manejó la figura del peculado por extensión del art. 138 (entre otras razones por la calidad de los sujetos activos), a su vez remitente al art. 133 del C.P., en consideración a la apropiación de los dineros destinados al auxilio, sobre lo cual en momento alguno dentro de las fases ordinarias del proceso se levantó protesta alguna."

Sobre la segunda falla, el Procurador puntualiza que con los mismos defectos de proposición, el actor plantea una nulidad por falta de defensa técnica, falencia que dizque se consolidó en la audiencia pública, pues el acudiente judicial que le antecedió en dicho encargo, no se desempeñó adecuadamente, críticas descalificadoras que sólo corresponden a su personal criterio, carentes de fundamento objetivo por falta de respaldo en la realidad procesal, ya que el acusado gozó de manera satisfactoria de una defensa técnica que campeó a través de todo el trámite procesal.

Ocupado el Ministerio Público del *segundo cargo*, advierte que el accionante se mueve en el terreno de la confusión por la falta de una comprensión de la técnica del recurso, pues si lo que pretendía era la violación directa de la ley sustancial como lo iteró a través de su desarrollo, le estaba vedado desconocer los hechos y la valoración probatoria realizada por el juzgador, por lo tanto no podía cuestionar las probanzas, porque esta manera de proceder es propia de la violación indirecta de la ley sustancial, sin que pueda la Corte con gran laxitud entender que el impugnante se refería a este tipo de

ataque. Mas ni aún bajo esta óptica es posible el análisis de la censura, porque el actor no determinó, en relación con las pruebas, el tipo de error en que incurrió el sentenciador, bien por un falso juicio de existencia o de identidad y en el punto de su fundamentación tan sólo opuso su personal criterio al del fallador. Allanar libérrimamente estas falencias, significaría ignorar los principios que rigen la materia.

El tercer cargo, a juicio de la delegada, evidencia de igual manera fallas de técnica, así se haya planteado de manera subsidiaria, pues resulta evidente "la desinformación del casacionista en torno a su procedencia, lo que se explica en el hecho de haberse ventilado y demostrado con fundamento en la causal primera, cuerpo primero, con similares falencias a las anotadas en el capítulo precedente". Estos defectos no pueden ser salvados por interpretación oficiosa de la demanda, pues así lo impide el principio de limitación que rige el recurso.

El errado desarrollo de la causal se hace palpable en la manera como se aproximó a la crítica del concurso de punibles, pues "...el casacionista debate sobre la forma de ocurrencia de los hechos, bajo consideraciones hipotéticas, contrarias a las advertidas por el Tribunal y en el fallo de primer grado, para llegar a conclusiones particulares no cercanas al objetivo de legalidad a estudiarse en la sede extraordinaria". Este método de discrepancias fácticas para renegar del concurso de hechos punibles contra la administración pública, "implicaría una controversia al amparo de la vía por violación indirecta y no directa que es la que emprende en este cargo que denomina subsidiario".

Al mismo cuadro de inconsecuencia corresponde la distorsión fáctica en la que incurrió el censor, cuando argumenta que se trata de una sola acción porque lo que realmente se ejecutó fue tomar el dinero, colocarlo a rendir frutos para después reintegrarlo, pues esa no fue la forma como el Tribunal halló probados los hechos, por cuanto la estructura del concurso sucesivo y homogéneo de peculado surge a partir de la apropiación de los intereses que se cumplió desde el segundo mes de suscrito el certificado de depósito a término —hecho que está demostrado en el proceso—, lo que hizo el procesado *Norberto Ruiz Sanabria* mediante la autorización de *Sánchez Sánchez y Moreno Velasco*.

Agrega el Procurador, que el reintegro del objeto material del delito no se discute al interior de las categorías delictivas, pues es un factor de incidencia en la medida de la sanción, que en orden a la claridad se reconoció en la sentencia, sin que resulte viable ingresar a una nueva dosificación únicamente en aras de obtener

el subrogado de la condena de ejecución condicional, máxime que tal devolución se produjo tras haberse impulsado la investigación judicial.

Se evidencia en esta propuesta, al igual que en las anteriores, el desconocimiento fatal del sentido y alcance de la causal que se invoca, defecto que no puede superarse sin correr el riesgo de que la Delegada y la Corte le enmienden oficiosamente la plana a la demanda.

Este cargo también debe desecharse.

Con respecto al *último cargo*, la conclusión del Ministerio Público no es diferente a la de las ausencias técnicas antes advertidas, porque el censor invoca la incongruencia de la sentencia con la resolución acusatoria, pero no especifica la agravante que motivó el presunto desequilibrio, lo cual significa que su expresión fue incompleta, al omitirse la indicación clara y precisa no sólo de la trascendencia del error, sino del objetivo de su señalamiento.

No obstante lo anterior, el Ministerio Público apreció prudente ocuparse del tema que se vislumbra en el escrito, para resaltar que el obstáculo a la aplicación del mínimo legal de la pena aparecía debidamente tratado por las instancias que estimaron su improcedencia al estar demostrado el presupuesto del numeral 11 del art. 66 del Código Penal, que erige como motivo de agravación la posición sobresaliente del sentenciado en su comunidad, circunstancia que fue objeto de valoración por los juzgadores, para recordar que los factores de incremento punitivo que se oponen a la congruencia a que alude la causal segunda son los específicos, en el claro entendimiento de que "...las agravantes genéricas, que sólo son trascendentes en el ámbito punitivo para que el juzgador se pueda mover con libertad en el campo oscilatorio de máximos y mínimos de las penas, y no, en la calificación, lo cual representa indudablemente que no son generantes de incongruencia, pues su adjudicación en la sentencia condenatoria implicaría un vicio de garantía afectante al derecho a la defensa, sólo atacable a través de la causal tercera de casación."

Le parece a la Delegada que la sentencia del 2 de agosto de 1995, obra de esta Corporación, con alguna amplitud hace extensiva la congruencia de cara a las causales genéricas de agravación, razón por la cual opina que debe matizarse la interpretación de dicho fallo, precisamente en el sentido de otra tesis que hace carrera en esta misma Sala, plasmada en la sentencia del 9 de noviembre de 1994, de acuerdo con la cual las denominadas circunstancias genéricas de agravación no trascienden la calificación dada a la conducta investigada. De este modo, si en la sentencia se deducen circunstancias de

agravación que impliquen valoración, sin haberlas advertido en la resolución de acusación, ello constituye un desafuero que afecta la defensa, antes que un problema de congruencia, y que como tal se ventilaría por la causal tercera de casación y no por la segunda.

Argumenta su concepción del siguiente modo:

"...La explicación de nuestra postura, se encuentra en que, su indeterminación (de las circunstancias genéricas, se aclara) no resulta incidente en la calificación provisional de la conducta -ella connatural al acto calificatorio-, como sí las circunstancias específicas de agravación, que además representan una sanción adicional al "quantum" punitivo, predeterminada, preestablecida en montos siempre taxativamente precisados en la ley; no sucede los mismo, con las agravantes genéricas, que sólo son trascendentes en el ámbito punitivo para que el juzgador se pueda mover con libertad en el campo oscilatorio de máximos y mínimos de las penas, y no, en la calificación, lo cual representa indudablemente que no son generantes de incongruencia, pues su adjudicación en la sentencia condenatoria implicaría un vicio de garantía afectante al derecho a la defensa, sólo atacable a través de la causal tercera."

Luego concluye la Delegada:

"...Y más aún, esta representación también está de acuerdo con que dicha irregularidad, en concatenación con lo antedicho, no entraña afectación a la calificación jurídica de la conducta, pero sí, se edifica lesiva del aspecto punitivo, engendrante entonces de un conculcamiento del derecho a la defensa, lo que implica de contera, su planteamiento en los linderos de la causal tercera de casación por vía de nulidad..."

Estos argumentos, en sentir del señor Delegado, no hacen viable la petición del casacionista al amparo de la causal segunda.

CONSIDERACIONES

Respetado el principio de prioridad por el impugnante, la Corte se ocupará de analizar en el mismo orden los reproches que se formulan a la sentencia, el primero de ellos por haberse dictado ella sobre un proceso viciado de nulidad, glosa que de prosperar haría innecesario acometer el estudio de los restantes cargos, invocados dos de ellos por la violación directa de la norma sustancial y el último por estimar que la sentencia no guarda congruencia con la resolución de acusación.

1. *De la Nulidad.*

Múltiples pronunciamientos irrigan la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que la causal tercera de casación,

por simple que sea su enunciado legal, no se sustrae a la técnica del recurso; la censura en este orden no es de libre formulación, pues, quien pretenda su reconocimiento, debe fundamentar y demostrar la razón de su planteamiento, lo que significa indicar la existencia de las irregularidades sustanciales y la manera como éstas afectan la estructura del proceso, o decir de qué manera se han afectado las garantías de los sujetos procesales o se ha faltado a la competencia, que es en lo que consiste el *principio de trascendencia* expresamente recibido en el numeral 2° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

Se tiene, por tanto, que si el accionante hallaba configurados los tres motivos que conducen a que el proceso pierda eficacia de conformidad con el artículo 304 del Estatuto Procesal Penal, debió presentar las censuras en cargos separados y su demostración y trascendencia estar fundamentada con los argumentos atinentes a cada uno de ellos, sin entremezclarlos en forma desordenada, por cuanto lo único que logra en medio de tal confusión es evidenciar la falta de claridad sobre los vicios que afectan la sentencia, que si bien guardan alguna relación entre sí, el desgreño de formulación obstaculiza su estudio y la argumentación pierde su fuerza demostrativa.

Así entonces, no se ha dicho, en atención a un cotejo sustancial de las normas, la razón por la cual el artículo 9° transitorio del Código de Procedimiento Penal (y el 12 transitorio que es más pertinente al caso), son preceptos abiertamente incompatibles con el artículo 29 de la Carta Política, en lo que atañe a la garantía del juez natural o legal.

No se ha discernido el contenido rector y constitucional de la garantía del juez natural, que apunta a asegurar una justicia imparcial, por cuyo efecto se prohibe la imposición de jurisdicciones *ex post facto* o la sustracción discriminatoria del caso del conocimiento del funcionario judicial que retiene la competencia para casos semejantes.

El recurrente no ha desvirtuado el sentido constitucional que se le adjudica a la máxima del juez competente, según la cual se reconoce la necesidad de la preexistencia del órgano judicial, pero que ello no riñe con la aplicación inmediata de nuevas normas generales de competencia, salvo los trámites ya cumplidos o la favorabilidad de ciertas disposiciones procesales de efectos sustanciales. No se conoce la impresión del actor sobre la consolidada enunciación jurisprudencial de que el valor del juez legal y preexistente no interfiere la potestad de cambiar las leyes procesales, la cual emana de la soberanía..

Por el sentido general que contienen reformas como la introducida por el Decreto 2700 de 1991, se dice que no puede verse lastimado el principio del juez natural, pues, al fin y al cabo, aunque una Unidad de Fiscalía ante el Tribunal haya asumido la facultad de decidir en segunda instancia sobre la calificación, se ha preservado la jurisdicción ordinaria para el caso debatido y no se han constituido tribunales especiales *ex post facto*. Cosa distinta es que se hubiesen perfilado discriminaciones o manipulaciones de la competencia judicial en este caso, pero ni sobre tales acaecimientos ni sobre el juicio de generalidad esbozado se dan reflexiones del impugnante.

Ahora bien, la división funcional acordada en la Constitución Política y en el Código de Procedimiento Penal, dentro del ejercicio del poder punitivo del Estado, de acuerdo con la cual la Fiscalía investiga y acusa, si a ello hubiere lugar, y los jueces y tribunales juzgan, se ha concebido como un esquema de garantía que tiende a asegurar la imparcialidad del juzgador. Si ello es así, de modo que existe perfecta coincidencia con el fin propuesto en la garantía del juez natural (imparcialidad), cuál sería entonces la afrenta infligida a los derechos fundamentales del procesado?.

Finalmente, no fue posible conocer la expresión concreta de la favorabilidad que alega el recurrente, pues ni pensar que si hubiesen sido tres magistrados los encargados de la decisión del recurso de apelación, en lugar de una solitaria fiscal ante tribunal, entonces estaría garantizada la revocatoria de la acusación. Lo importante es la garantía judicial de la acusación, siempre a salvo en este proceso, que no se viene a menos por el carácter colectivo o unipersonal del órgano acusador, pues, si en eventuales desaciertos o yerros de procedimiento se incurre, la corrección de los mismos se puede lograr por la vía de los recursos o en el debate del juzgamiento, pero para nada tocarían tales imperfecciones con la máxima del juez natural.

Tampoco pueden concebirse en el rango de nulidades las demás irregularidades señaladas, porque, como lo resalta el Ministerio Público, no sólo carecen de un debido respaldo tendiente a demostrar la violación de las garantías procesales y principios rectores, sino que fueron convalidadas por la complacencia de la defensa en el curso de la causa, como sucede con la supuesta informalidad del pliego de cargos al desbordarse el aspecto formal por la concreción de los tipos penales vulnerados. Ni más faltaba, la paradoja es sinigual, cuando precisamente se concreta la tipicidad de los hechos, es para facilitar el ejercicio del derecho de defensa, que no se dispersa en un género de delitos, sino que se concentra

en la especie, y, por el contrario, la limitación se la impone el propio Estado-jurisdicción, pues el juicio sólo podrá versar sobre prueba orientada a desvirtuar, degradar o corroborar esos específicos cargos (Sentencia agosto 2 de 1995, M. P. *Ricardo Calvete Rangel*).

Menos aún puede afirmarse que hubo violación del derecho a la defensa, sólo porque los planteamientos expuestos en la audiencia pública no gozaron de aquiescencia en el fallo, pues ello significa la aceptación de la entidad de un tal derecho por los resultados positivos, cuando todo se mide por los medios y esfuerzos desplegados por el defensor técnico, pues, pensar lo contrario, conduce al absurdo de que las sentencias siempre serían absolutorias o complacientes.

De lo anterior se concluye que no prospera el cargo.

2. *De la violación directa.*

En iguales yerros de técnica incurre el censor cuando dice acudir a la causal primera por violación directa de la ley sustancial, pero su desarrollo lo orienta por la violación mediata, como de manera atinada lo reseña el Ministerio Público.

Pacífica ha sido la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que al optar el casacionista por el quebrantamiento directo de la ley sustancial, debe prescindir del debate probatorio, pues se supone que admite los hechos tal como los consideró demostrados el fallador, para trasladar la controversia al campo inmediatamente legal, bien porque hubo un error de diagnosis o de sentido, ora por exclusión evidente de la norma. Pero se advierte que el casacionista abandonó el plano de lo estrictamente jurídico para elaborar proposiciones que lo colocaron de manera indudable en la violación indirecta de la norma sustancial, planteamientos contradictorios que no permiten la prosperidad del cargo.

Si el censor estimó que se había violado la ley, a través de la mala articulación de la prueba por el sentenciador, era su deber postularlo así de manera clara, pues se trataba de una violación indirecta, lo que implicaba precisar su sentido, o sea si provenía de un error de hecho por falso juicio de existencia (la prueba obra en el proceso y se ignora o no está y se supone) o de identidad (se tergiversa o distorsiona el sentido de la prueba), o si por el contrario se presentaba un error de derecho por un falso juicio de legalidad o de convicción (éste, en principio, no atendible por la carencia de tarifa legal), además de mostrarle a la Corte que sin la presencia de tales yerros el fallo resultaría opuesto o sustancialmente diverso al cuestionado.

Pero como ya se vio, el casacionista transmutó la presentación de la causal, además de olvidar que el fallo de primera instancia

forma una unidad inescindible con el proferido por el superior en aquellos asuntos que no hayan sido modificados o revocados, por cuanto significan su acogimiento por el *ad quem*. En efecto, el fallo de segunda instancia no hizo las estimaciones probatorias que echa de menos el recurrente, las que si aparecen en la sentencia de primer grado, sencillamente porque, de acuerdo con el artículo 217 del C. de P. P., el recurso de apelación se circunscribió al planteamiento de algunas nulidades, y, de propósito, el entonces defensor impugnante aclaró que ignoraría las "consideraciones relacionadas con la estructura de los hechos punibles y con el proceso de estimación probatoria..." (cuaderno N° 6, fs. 82), manifestación que se respetó enteramente, como legalmente obliga, en el fallo del tribunal (cuaderno de segunda instancia, fs. 21 y 31).

Es la razón por la cual en la sentencia de segundo grado no se podían encontrar las referencias y análisis de los testimonios de *Mario Ruiz Vargas, Efraín Moncada Mateus, Darío González Ariza y Rubén Darío Ariza*. Tampoco era posible hallar en dicha decisión las impresiones sobre la certificación de la Caja Popular Cooperativa y las actas de la junta de acción comunal de la vereda El Trapal. El examen integral de dichos medios de prueba aparece en el fallo de primera instancia, pero a él no se refirió el impugnante para controvertirlo por cualquiera de las vías adecuadas en casación en materia de prueba, vacío que revela la carencia de razón suficiente para alentar su análisis en esta sede extraordinaria.

Conviene recordar que el principio de la lealtad procesal, de consagración Constitucional y legal, rige también en la interposición del recurso extraordinario, pues no puede distraer el censor a la Sala con argumentos falaces tendientes a favorecer a su defendido a cualquier precio, pues desagrada la distorsión que hizo sobre la fecha en que se operó el reintegro de los dineros apropiados, tras ubicarla en el mes de enero de 1990, cuando en verdad ese hecho procesal se cumplió a partir del 6 de marzo del año de 1991 y la investigación venía en curso desde el 5 de septiembre de 1990, aspecto debatido y probado que no merece reparo alguno, para luego aducir especiosamente que se había violado el inciso 1° del artículo 139 del Código Penal. Ahora, si su aspiración estaba orientada en tal sentido, que así no lo parece, era su deber demostrar a través de la vía indirecta por un falso juicio de identidad, la tergiversación que hizo el fallador de la prueba que lo condujo a no aplicar la norma sustancial.

El cargo se desestima.

3. *De la violación directa como planteamiento subsidiario.*

Para fundamentarlo el censor parte del relato personalísimo que de los hechos hizo en el acápite correspondiente de la demanda,

por tanto mal puede corresponder su desarrollo a una correcta aceptación del aspecto fáctico que debe unirse al análisis que de la prueba efectuaron las instancias, lo que se torna imprescindible para acudir a la violación directa de la norma sustancial, aspectos que como lo expresó el Ministerio Público son ajenos al casacionista.

Lo anterior significa que, aceptados aquellos dos supuestos, lo único que resta es indicar los errores de juicio, de razonamiento, de lógica jurídica en que incurrió el juzgador y que lo condujeron a interpretar mal el precepto, a no aplicarlo o hacerlo indebidamente, tal como se acotó en el precedente cargo, labores confundidas por el actor que a toda costa pretende hacer prevalente su particular visión del suceso punible, cuyo único logro es dar al traste con el recurso, porque, como así lo expresa la Delegada, acomoda de tal manera el acontecer punible que el resultado no es otro diferente al de incursionar en la violación indirecta, aunque no con la plena observancia de sus exigencias para hacerlo apto en las consecuencias. Dijo el Ministerio Público:

"En este sentido y para concretar más la idea expuesta, no resulta aceptable la proposición del recurrente en la que para significar que no hubo pluralidad material de delitos de peculado, argumenta con ligereza que se trató de una sola acción, el tomar el dinero y ponerlo a producir y luego reintegrarlo con los intereses (reintegro procesal), pero para advenir a esa conclusión, implicante de distorsión fáctica en la forma como fueron aceptados por el Tribunal, debió abordar el aspecto probatorio, pues todo el andamiaje de estructura del concurso de hechos punibles versa sobre la apropiación a partir del segundo mes de constituido el certificado de depósito a término, de los intereses -hecho que está demostrado en el proceso- con la autorización que en tal sentido libraron Sánchez Sánchez y Moreno Velasco, con la descalificación razonada que merecen las declaraciones de miembros activistas -coordinadores zonales del excongresista- y la manifestación del gerente de la cooperativa, en el sentido de que los mismos serían cancelados, al para aquel entonces candidato, con el propósito de sufragar en buena parte los gastos inherentes a su campaña.

"Frente a lo anterior no se puede concebir llanamente la inexistencia del concurso homogéneo, toda vez (sic) ciertamente el procesado no limitó su actuar punible a la indebida apropiación de los dineros de la partida, los que determinó en consignar en un depósito a término en una ciudad diferente a la del destino del auxilio, tanto que, el propósito velado era conseguir sus frutos para el auspiciamiento de su objetivo político. Así fue aceptado en las instancias con un sólido soporte probatorio, comportamientos que escenifican un concurso sucesivo y homogéneo de hechos punibles."

Se tiene, por tanto, que la falta de técnica impide acceder a las presuntas vulneraciones de las normas sustantivas, pues, al partir de una premisa errada, el desarrollo también se ofrece equivocado y, por ende, el cargo no fructifica.

4. *Incongruencia de la sentencia con la resolución de acusación.*

La causal segunda de casación puede configurarse cuando el fallador excede la carga de responsabilidad, de acuerdo con los límites que le ha impuesto la resolución de acusación, ocasionándose una pérdida de identidad de la conducta endilgada, al punto que toma por sorpresa a los intervinientes con grave lesión para el interés del procesado, sea porque se condene por un delito diverso o se le atribuyan circunstancias modificadoras de la punibilidad no consideradas en la pieza calificatoria.

Esta relación de causa a efecto, es la que el censor debe indicarle a la Corte para que ella pueda ocuparse de la inconsonancia, pero tan elemental preceptiva fue ignorada por el censor para referirse de manera indistinta a una agravante, sin decir nada sobre su naturaleza, presuntamente apreciada por el juzgador y que terminó por incrementarle la pena, factor que, según su criterio, estaba ausente del pliego de cargos.

Pero si repara el escrito de impugnación en esta parte, fácilmente se lee que el agravio no se exterioriza por la capitalización arbitraria de la agravante dispuesta en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, sino que curiosamente se refiere a las manifestaciones de la resolución de acusación sobre la eventual pena imponible al procesado y el derecho a la liberación provisional con fundamento en la evaluación anticipada de los requisitos de la condena de ejecución condicional.

Sólo para efectos de la libertad provisional, el funcionario calificador valora anticipadamente los requisitos objetivos y subjetivos de la condena de ejecución condicional (C. P. P., art. 415-1), pero la sede adecuada para proveer sobre la pena y el subrogado es la sentencia. Por ello, en el curso de la resolución de acusación, el calificador no dosifica pena (compete exclusivamente al juez), simplemente hace un cálculo aproximado e interino para mirar la procedencia de la excarcelación; tampoco reconoce el subrogado penal, sino que lo evalúa provisionalmente como factor anticipado de libertad.

De ahí que, si el funcionario calificador concedió la libertad provisional, ésta se conservará hasta que el juez provea en la sentencia sobre el subrogado de la condena de ejecución condicional, caso en el cual se podrá mantener la excarcelación, ya como consecuencia del sustituto penal, o se revocará, por obra de la negación

del mismo. De modo que las apreciaciones transitorias del acusador sobre la pena y el subrogado no son, ni podrían serlo, vinculantes para el juez, pues allí no se trata de los temas propios de la sentencia que no ha llegado, examinados por el juez competente, sino de una eventualidad y un pronóstico para los exclusivos fines de reconocer o negar una libéración provisional.

De esta manera, si lo analizado en la resolución de acusación fue la posible pena y el eventual subrogado como *medios* de excarcelación provisional, no dichos factores como *objeto y fines* de la sentencia, se tiene que es absurdo sostener una anhelada congruencia del fallo con esas manifestaciones interinas, sobre todo porque, como dichos elementos jurídicamente no constituyen cargos y no tocaron con la calificación del comportamiento delictivo, no se pone en riesgo ni la contradicción ni la defensa.

Aunque el afán de incongruencia expresado por el actor no se refería a la causal genérica de agravación prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, vale la pena disuadir la presunta contradicción que sugiere el Ministerio Público entre las sentencias del 9 de noviembre de 1994, cuya ponencia estuvo a cargo del magistrado *Dídimo Páez Velandia*, y la del 2 de agosto de 1995, impulsada por el magistrado *Ricardo Calvete Rangel*. En relación con las circunstancias genéricas de agravación punitiva, ambas decisiones insisten en que, si se trata de un factor objetivo, que como tal siempre está involucrado en la dialéctica de las providencias, no es imperativa una cita específica ni por nominación jurídica; pero, si se trata de hechos necesitados de juicios de valor para poder declarar su existencia, obviamente se reclama su apreciación judicial como cargo en la resolución acusatoria. Solo que la última sentencia, a pesar de reconocer el bifronte tratamiento jurisprudencial de las circunstancias genéricas de agravación punitiva, no se vio abocada al tema de las vías de reclamo en sede de casación. Es decir, allí no se definió si la ausencia de una causal de agravación sujeta a valoración, en el contexto de la resolución de acusación, y su deducción amañada en la sentencia, generaba un problema de incongruencia (causal 2ª) o una disputa por afección al derecho de defensa (causal 3ª), pero ya se sabe de la opción recurrente de la Sala por esta última hipótesis, dado que lo circunstancial y genérico no compromete el núcleo de la calificación de la conducta ni su individualización o especificidad.

Tampoco puede prosperar este cargo.

En mérito de lo expuesto, oído el concepto del Ministerio Público, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida por el defensor del acusado *Norberto Ruiz Sanabria*.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel* (no firmó), *Jorge Cordoba Poveda*. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Dídimo Paez Velandia* (no firmó), *Mario Mantilla Nougues*,*Juan Manuel Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONTRAVENCION / CAMBIO DE RADICACION

Las normas que establecen el trámite de los procesos por las contravenciones especiales a que se refieren las leyes 23 de 1.991 y 228 de 1.995, no regulan expresamente el cambio de radicación de esa clase de actuaciones procesales, ni menos aún señalan el funcionario competente para resolver las respectivas peticiones.

De conformidad con el artículo 83 ibídem, el cambio de radicación podrá disponerse cuando, en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal-Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Poceso NO. 13629 Aprobado Acta No. 120

Vistos

La Sala resuelve la solicitud de cambio de radicación elevada por el Juez Promiscuo Municipal de Capitanejo Santander, respecto del proceso que su despacho adelanta contra *Guillermo Tarazona Mejía*, por la contravención especial de lesiones personales.

Antecedentes

El Juzgado Promiscuo Municipal de Capitanejo adelanta proceso contra *Guillermo Tarazona Mejía*, por la contravención especial de lesiones personales en *Blanca Hernández Almeyda*, según hechos ocurridos en esa localidad el día catorce de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

En el mes de enero del presente año, aproximadamente a las dos de la tarde, miembros de un grupo guerrillero efectuaron una

reunión en el parque principal y luego de lanzar toda clase de ataques contra el gobierno nacional, señalaron como objetivo militar a *Guillermo Tarazona Mejía*, acusándolo de paramilitar. Seguidamente varios guerrilleros entraron a su residencia con el propósito de retenerlo, pero como no lo encontraron optaron por apoderarse de varios objetos.

El Despacho ha adelantado la actuación contravencional a través del Juzgado 54 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, por cuanto el encartado reside actualmente en esta ciudad, pero no ha podido realizar la audiencia de juzgamiento, en razón a que se hace necesaria la presencia del procesado, quien por las razones anotadas no ha podido volver a dicha localidad.

El señor Juez eleva la presente solicitud de cambio de radicación, debido al riesgo que representa para la integridad personal del sindicado su desplazamiento a ese municipio. Para demostrar esa circunstancia adjuntó copia de un memorial suscrito por el implicado, constancia del Secretario del Juzgado y declaración del señor *José del Carmen Cruz Rincón*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el presente caso se plantea un cambio de radicación de un proceso contravencional, por lo que resulta necesario determinar si corresponde a la Corte resolver dicha solicitud.

Las normas que establecen el trámite de los procesos por las contravenciones especiales a que se refieren las leyes 23 de 1.991 y 228 de 1.995, no regulan expresamente el cambio de radicación de esa clase de actuaciones procesales, ni menos aún señalan el funcionario competente para resolver las respectivas peticiones.

Sin embargo, el artículo 38 de la ley 228 dispone que *en lo no previsto en la presente ley se aplicarán las disposiciones del código de procedimiento penal* y las normas sobre desistimiento, prescripción y nulidades contenidas en la ley 23 de 1.991, siempre que no se opongan al carácter oral del procedimiento establecido en ella. Negrillas de la Sala.

De acuerdo con la norma transcrita las disposiciones del estatuto procesal que regulan el cambio de radicación son aplicables a los procesos que adelanten los Jueces Penales o Promiscuos Municipales por las contravenciones especiales a que se refieren las leyes 23 de 1.991 y 228 de 1.995, por lo que de conformidad con el artículo 68 numeral 8º del Código de Procedimiento Penal, incumbe a la Sala entrar a resolver la presente solicitud, en razón a que el Juez Promiscuo de Capitanejo Santander pretende que el proceso contravencional se radique en el Distrito Judicial de Santafé

de Bogotá, donde actualmente reside el procesado *Guillermo Tarazona Mejía*.

De otra parte, corresponde a esta instancia decidir el cambio de radicación en virtud a su carácter de superior común de los dos Distritos Judiciales envueltos en el mencionado incidente.

De conformidad con el artículo 83 ibidem, el cambio de radicación podrá disponerse cuando, en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal.

En el caso concreto las pruebas allegadas a la solicitud muestran sin duda alguna que la vida del procesado *Guillermo Tarazona Mejía* corre peligro en caso de que decida desplazarse al municipio de Capitanejo a fin de acudir a la audiencia de juzgamiento, pues el grupo guerrillero que opera en ese sector lo declaró objetivo militar, razón por la cual debió abandonar la región para radicarse en esta ciudad.

La Sala estima procedente la petición de cambio de radicación que eleva el señor Juez, pues existen en esa comprensión municipal circunstancias que no solamente pueden afectar la vida del sindicado, sino que también impiden el ejercicio de sus garantías procesales, en la medida en que no puede ir a esa localidad para atender el proceso contravencional que se adelanta en su contra.

En consecuencia, se dispondrá el cambio de radicación solicitado, para el Juzgado Penal Municipal - Reparto - del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, lugar donde reside el sindicado *Tarazona Mejía*.

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

RESUELVE:

Ordenar el Cambio de Radicación del proceso adelantado contra *Guillermo Tarazona Mejía*, al Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Comuníquese esta decisión al Juzgado Promiscuo Municipal de Capitanejo Santander.

Cópiese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSO ORDINARIO- Reposición / **REGIMEN DISCIPLINARIO /CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

1. Los recursos ordinarios buscan corregir los yerros cometidos en las providencias judiciales, mediante un nuevo examen. La reposición constituye un mecanismo que permite al funcionario judicial volver a analizar la solución adoptada para revocarla, reformarla, aclararla, o adicionarla. El estudio de su viabilidad exige, además de la oportunidad, la sustentación, o sea, la exposición de las razones jurídicas por las cuales la providencia se considera errada total o parcialmente, a fin que el funcionario mediante nueva valoración de los hechos y las pruebas la corrija si es el caso.

2. Claramente la Carta le ha otorgado tanto a los Consejos Seccionales como al Consejo Superior de la Judicatura la calidad de órganos judiciales de instancia (art. 254-3) en materia disciplinaria y por eso la ley que desarrolla el precepto respectivo le asignó a aquella entidad el conocimiento de la consulta y los recursos de apelación y de hecho de los asuntos que en primera instancia tramitan las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: *Mario Maritilla Nougues*

Proceso No. 12313 Aprobado Acta Nº 120

ASUNTO POR DECIDIR

Se procede a resolver el recurso de reposición interpuesto contra el auto del 21 de agosto de 1997, mediante el cual la Corte rechazó la acción de revisión ejercida en su propio nombre por el abogado *Oscar Perlaza Alvarez.*

HECHOS

En Barranquilla, *Adolfo Mancilla Garcés* fue sorprendido como "polizón" por un vigilante que le propinó un disparo con arma de

fuego que le interesó la columna vertebral y le produjo invalidez permanente. Por este motivo contrató los servicios profesionales del abogado *Oscar Perlaza Alvarez* con el fin que lo representara dentro del proceso penal. El profesional desafortunadamente desistió de la acción civil y recibió $5'000.000 de la empresa de vigilancia como indemnización de perjuicios. Suma de la cual sólo le entregó $1'200.000 al poderdante, apoderándose del saldo $3.800.000.

ANTECEDENTES

Por los hechos anteriores, la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico adelanto el respectivo proceso, en donde sancionó al doctor *Oscar Perlaza Alvarez*, con exclusión del ejercicio de la profesión, por falta contra la honradez del abogado y ordenó compulsar copias de lo pertinente con destino a la justicia ordinaria, con el fin de que se investigara penalmente su conducta. Decisión apelada por el afectado y confirmada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el 20 de abril de 1995.

Inconforme con dicha sanción, el abogado presentó ante la Corte demanda de revisión para que se declarara sin ningún valor las sentencias emitidas por la jurisdicción disciplinaria. El 21 de agosto de 1997, fue rechazada la acción, por lo que el doctor *Oscar Perlaza Alvarez* interpone recurso de reposición.

PROVIDENCIA RECURRIDA

Considera la Corte que los artículos 68-2, 232, 233, 234-2, 240 y 241 del Código de Procedimiento Penal claramente se refieren a la competencia asignada para conocer de la acción de revisión de las sentencias y algunas cesaciones de proceso o preclusiones ejecutoriadas de única o segunda instancia proferidas por esta corporación, o el Tribunal Nacional, o los Tribunales Superiores con relación a conductas tipificadas como delitos. Normatividad que hacen referencia al marco del proceso penal exclusivamente.

En lo atinente a la acción de revisión no es procedente tratándose de contravenciones ni faltas disciplinarias, sino únicamente respecto a delitos.

FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

El doctor *Oscar Perlaza Alvarez* solicita que el auto que rechazó la acción de revisión que instauró sea revocado porque el artículo 68 del Decreto 196 de 1971 estableció que mientras la ley organiza el funcionamiento del Tribunal Disciplinario, sus funciones deben

ser ejercidas por la Corte Suprema de Justicia y su artículo 90 dice que en lo no previsto en el presente título, se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 256-3 de la Carta dispone que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley.

De los preceptos invocados se deduce que "hasta ahora la ley no ha determinado quien es el órgano competente para conocer de las decisiones proferidas por el Consejo Superior de la Judicatura"; sin embargo, está en manos de la Corte resolver la situación.

CONSIDERACIONES

Los recursos ordinarios buscan corregir los yerros cometidos en las providencias judiciales, mediante un nuevo examen. La reposición constituye un mecanismo que permite al funcionario judicial volver a analizar la solución adoptada para revocarla, reformarla, aclararla, o adicionarla. El estudio de su viabilidad exige, además de la oportunidad, la sustentación, o sea, la exposición de las razones jurídicas por las cuales la providencia se considera errada total o parcialmente, a fin que el funcionario mediante nueva valoración de los hechos y las pruebas la corrija si es el caso.

En el caso en estudio el recurrente realiza vanos esfuerzos para demostrar que es factible la revisión del fallo condenatorio disciplinario, por la Corte. Acude a la invocación de preceptos legales y constitucionales, pero a la postre le otorga razón a la Sala al concluir que la legislación no especifica cual es el órgano competente para conocer de las demandas de revisión contra las sentencias del Consejo Superior de la Judicatura.

A sabiendas de ello, formula el recurso de reposición y expone algunos argumentos, no convincentes aún para él, con la finalidad de que la decisión sea revocada.

El artículo 68 del Decreto 196 de 1971, invocado por el impugnante, era un precepto temporal que facultaba a la Corte para conocer de las faltas disciplinarias cometidas por los abogados mientras iniciaba funciones el Tribunal Disciplinario. El artículo 7°-2 de la Ley 20 de 1972 le atribuyó a dicho organismo el "conocimiento de los procesos que se adelanten contra los abogados por contravenciones a la ética o a sus deberes profesionales, conforme al estatuto del ejercicio de la abogacía ..." Una vez inició funciones ese Tribunal, cesó la competencia de la Sala de Casación Penal y la norma perdió vigencia, pues ya había cumplido con la finalidad para la cual fue expedida.

De ahí que equivocado resulta pretender, en la actualidad, que la Corte conozca de conductas antiéticas imputadas a los abogados cuando constitucionalmente la competencia ha sido otorgada al Consejo Superior de la Judicatura y a los Consejos Seccionales; la situación conyuntural que llevó al legislador a conferir esas facultades a la Sala fueron superadas hace mucho tiempo y el artículo 68 citado perdió vigencia cuando entró en funcionamiento el otrora Tribunal Disciplinario. Imposible resulta aplicar una norma derogada que regulaba una realidad que hoy es totalmente distinta.

Es cierto que el artículo 90 del Decreto 196 de 1971 dispone que "en lo no previsto en el presente título se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal"; sin embargo, ello no significa que todos y cada uno de sus preceptos tengan cabida en materia disciplinaria.

La competencia en actuaciones disciplinarias contra abogados actualmente no está fijada por el Decreto 196 de 1971 sino por normas posteriores de mayor jerarquía, como son el artículo 256 de la Constitución Nacional y los artículos 112 y 114 de la Ley Estatura de la Administración de Justicia.

Claramente la Carta le ha otorgado tanto a los Consejos Seccionales como al Consejo Superior de la Judicatura la calidad de órganos judiciales de instancia (art. 254-3) en materia disciplinaria y por eso la ley que desarrolla el precepto respectivo le asignó a aquella entidad el conocimiento de la consulta y los recursos de apelación y de hecho de los asuntos que en primera instancia tramitan las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales.

De tal manera que el constituyente ni el legislador consideraron necesario, en materia disciplinaria, consagrar la casación ni la revisión que, como se sabe, no son mecanismos jurídicos de instancia.

A la Constitución le corresponde determinar la estructura básica y el funcionmiento del Estado en forma tal que le permitan alcanzar los fines y desarrollar los valores consagrados en su marco funcional. Es así como establece las facultades y atribuciones de cada uno de los órganos fundamentales. Si la Carta definió que el Consejo Superior y los Consejos Seccionales de la Judicatura conocen de las conductas antiéticas de los abogados, es evidente que ha querido que sean estas autoridades y no otras las encargadas de ejercer tales funciones.

La Corte no puede desempeñar una función, que no le ha sido asignada en la ley, porque violaría los postulados de organización y

distribución seguidos por el constituyente para fijar la estructura del poder estatal y la asignación de competencias.

Bastan estas breves consideraciones para concluir que la impugnación no está llamada a prosperar y debe mantenerse la providencia atacada.

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

RESUELVE:

NO REPONER el auto del 21 de agosto del año en curso.

EXPEDIR, por Secretaría, copia de esta providencia con destino al impugnante, de conformidad con lo solicitado.

Copiese, notifíquese y cumplase

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REAPERTURA DE LA INVESTIGACION/ REFORMATIO IN PEJUS

1. El artículo 473 del Decreto 050 de 1987, modificado por el artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, disponía que vencido el término de reapertura, debería ser cerrada la investigación y fenecido el traslado a las partes, el juez "decretará la cesación del procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación". Es decir, no bastaba el simple transcurso del tiempo ni la invariabilidad probatoria para que operara la cesación del proceso porque era indispensable una nueva valoración de la prueba y que no existiera mérito para acusar. Imposible determinar la ausencia de fundamentos para proferir resolución de acusación sin analizar la prueba obrante en el sumario, así no se hubiera recaudado ninguna durante la reapertura.

2. La no prohibición de la reformatio in pejus, sufrió modificación sustancial con la promulgación de la Constitución Nacional de 1991 (artículo 31) en cuanto no permite la agravación punitiva cuando el condenado sea apelante único y el artículo 34 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 217 del Código de Procedimiento Penal vigente, que otorga competencia al superior para revisar en vía de apelación únicamente los aspectos impugnados, reforma inspirada en el principio según el cual quien apela a una instancia superior tiene por finalidad la de mejorar su situación jurídica, más no empeorarla.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Murillo Nougues*

Proceso No. 10052 Aprobado Acta No.120

VISTOS:

Superadas múltiples incidencias propiciadas por el procesado *Narciso Salustio Ibarra Fernández* y su defensor, decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el primero de ellos, contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto de 15 de

julio de 1994, que lo condenó por los delitos de peculado por apropiación y falsedad de documentos, en concurso.

HECHOS

Por los meses de enero y febrero de 1986, siendo Secretario de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, agencia de Sibundoy (Putumayo), el individuo *Narciso Salustio Ibarra Fernández*, se hicieron tres giros telegráficos con destino a la Sucursal de la misma entidad en Samaniego (Nariño), los cuales fueron abonados a las cuentas corrientes y de ahorros que el nombrado *Narciso Salustio* había abierto en ésta última población; estableciéndose que los giros fueron elaborados apócrifamente por él, apropiándose ilícitamente de esa manera de la suma de cuarenta y siete millones de pesos ($47.000.000.oo).

TRAMITE PROCESAL

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibundoy, a ella se vinculó mediante indagatoria al nombrado *Ibarra Fernández*, y a los directores encargado y titular de la oficina de la Caja Agraria en Samaniego *Jaime Ernesto Mera Baccay Horacio Arquímedes Melo Mondroñero*, como también al padre y hermanos del primero de ellos, cerrada la instrucción fue calificada el 19 de abril de 1989 por el Juzgado 24 de Instrucción Criminal de Mocoa con reapertura de la investigación por el término de sesenta días, de acuerdo al artículo 473 del Decreto 050 de 1987 entonces vigente.

Meses después, el 22 de junio de 1990 el mismo Juzgado calificó por segunda vez el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de *Narciso Salustio Ibarra Fernández* por los delitos de falsedad en documento público en concurso con estafa; contra *Jaime Ernesto Mera Bacca* y *Horacio Arquímedes Melo Mondroñero* por peculado culposo y contra *Segundo Juan Ibarra Rosero, Marianita de Jesús* y *Leovar Ulpiano Ibarra Fernández* como cómplices del delito de estafa; enjuiciamiento reformado por el Tribunal Superior de Pasto mediante el suyo de *5 de abril de 1991* (fs. 1126 y ss. del expediente) en el sentido de acusar a *Narciso Salustio Ibarra Fernández* por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, realizados en concurso; revocó la resolución de acusación que pesaba contra el padre y hermanos de aquél, confirmando la decisión en los demás puntos.

Celebrada audiencia pública, correspondió al Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Mocoa (Putumayo) poner fin a la instancia condenando a *Narciso Salustio Ibarra Fernández* a la pena principal de 14 años de prisión y multa de seiscientos mil pesos, interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de diez años y al

pago en concreto de los perjuicios causados en favor de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Condenó además a *Jaime Ernesto Mera Bacca* y *Horacio Arquímedes Melo Mondroñero* a la pena principal de un año y seis meses de arresto y multa de veinte y diez mil pesos respectivamente, otorgándoles el subrogado de la condena de ejecución condicional. Apelado el fallo por *Ibarra Fernández* y su defensor fue reformado por el Tribunal Superior de Pasto, decisión que es objeto del recurso de casación. Rebajó el Tribunal la pena a 7 años 6 meses de prisión para *Ibarra Fernández* por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documentos privados, y rebajó a 8 meses, 10 días de arresto la correspondiente a *Jaime Ernesto Mera Bacca*, confirmándo la sentencia en los demás puntos.

DEMANDA DE CASACIÓN

Con fundamento en la causal tercera de casación se formulan dos cargos a la sentencia impugnada, el uno como principal y el otro como subsidiario, a saber:

Cargo Principal:

Nulidad de la actuación por la comprobada existencia de una irregularidad sustancial violatoria del debido proceso y el derecho a la defensa, consistente en haberse calificado por segunda vez el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado *Narciso Salustio Ibarra Fernández*, después de transcurridos doscientos setenta días contados a partir de la providencia que ordenó la reapertura de la investigación por el improrrogable término de sesenta días, conforme al artículo 473 del decreto 050 de 1987 entonces vigente, sin haberse practicado ninguna de las pruebas decretadas, cuando lo indicado hubiese sido cesar procedimiento en su favor, de acuerdo al criterio dominante de la Corte sobre el particular, consignado en algunas decisiones cuyos principales apartes reproduce el impugnante.

Luego expresa:

"En el caso la reapertura se produjo el 19 de abril de 1989 (f.665), y en el perentorio término de los sesenta días siguientes no se produjo ninguna prueba por lo que era imperioso cesar procedimiento, una vez cerrada la investigación por contener esa norma Artículo 473 C.P.P. un derecho y no se procedió de esa manera por lo que se menoscabó gravemente la estructura del proceso de esa época y se perjudicó en forma tan grave el derecho de defensa que de no ser por esa arbitrariedad de cerrar la investigación cuando quiso el Instructor Narciso Ibarra Fernández estuviera (sic) absuelto y de esa manera perjudicó y socabó la estructura del proceso

inaplicando una norma sustancial por contener un derecho y afectando en forma grave al procesado, que de no ser por esa grave falla hoy no estaría condenado".

Solicita en consecuencia casar la sentencia recurrida y declarar la nulidad del proceso a partir del auto de 30 de agosto de 1988 que declaró tardiamente cerrada la investigación, absolviendo al procesado.

Cargo Subsidiario:

Nulidad del juicio por violación del principio de ejecutoria de las providencias judiciales puesto que el Tribunal Superior al desatar el recurso de apelación interpuesto por los procesados *Jaime Mera Baccay Horacio Melo Mondroñero* contra la resolución de acusación proferida por el Juzgado 24 de Instrucción Criminal de Mocoa el 22 de junio de 1990 por peculado culposo "decidió en detrimento de la defensa de Narciso Salustio Ibarra Fernández reformar la resolución de acusación para acusarlo de falsedad documental y peculado y no de falsedad documental y estafa como lo hizo la providencia de primera instancia"; pese a no ser sujeto procesal apelante.

Afirma el censor que el Tribunal podía revisar integramente la situación jurídica de los apelantes *"pero no podía revisar la situación jurídica de los no apelantes* porque había adquirido ejecutoria la providencia de primera instancia...".

Y agrega que dicho proceder vulneró gravemente la estructura del debido proceso y afectó el derecho a la defensa de *Ibarra Fernández* pues de haber persistido la acusación por falsedad y estafa no hubiese sido condenado por peculado, siendo absuelto por la estafa por no configurarse dicho delito; irregularidad que generó la nulidad del procéso la que debe ser declarada a partir de la resolución de acusación dictada por el Tribunal el 5 de abril de 1991.

Respuesta del Ministerio Público.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se opone a la pretensión anulatoria del censor porque ninguno de los cargos formulados a la sentencia está llamado a prosperar.

Respecto al cargo principal de nulidad por haberse demorado el nuevo cierre de la investigación más allá del término de reapertura y no haberse evacuado las pruebas decretadas expresa que:

"la situación presentada en éste caso no deja de ser una irregularidad que no es de tal entidad como para invalidar la actuación o para que se afecte el debido proceso, más bien, el hecho de que se haya prolongado el término previsto para la práctica de pruebas en la reapertura de investigación, es una garantía mayor para el

procesado que no redunda en el derecho de defensa en el evento de que con tales probanzas se hubiere demostrado su inocencia, pero cómo ocurrió todo lo contrario, de ahí se desprende la inconformidad del actor...".

Aludió antes a la importancia de las pruebas decretadas durante la reapertura de la investigación, la dificultad de su recaudo y la intrascendencia de la irregularidad denunciada.

En cuanto al cargo subsidiario de nulidad por violación del principio de ejecutoria de las resoluciones judiciales manifestó que "no comparte los planteamientos del demandante en el sentido de que para los no apelantes ya se encontraba en firme el primer proveído, pues desde el mismo instante en que uno solo de los procesados impugne la decisión, ésta providencia que es una sola para todos, conserva su unidad jurídica, que no se rompe ni desconoce por el hecho de que uno de ellos no haya interpuesto los recursos que le otorga la ley y otros sí,...".

Agrega que el artículo 538 del ordenamiento procesal penal vigente para la época de proferirse la providencia de segunda instancia, atribuía competencia al juez o tribunal ad-quem para decidir sin ninguna limitación sobre la providencia impugnada; es decir, que no existía limitación para la reformatio in pejus, enfatizando que el término de ejecutoria de autos y sentencias es común para todos los sujetos procesales no existiendo ejecutorias parciales o sectorizadas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo Principal

Asiste razón al señor Procurador Delegado que descarta la nulidad del proceso por haberse calificado por segunda vez el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado recurrente *Narciso Salustio Ibarra Fernández*, excediéndose el término de reapertura de la investigación y dejado de recaudar las pruebas decretadas, pues dicha irregularidad procesal carece de la connotación requerida para invalidar la actuación por desconocimiento del debido proceso o afectación del derecho a la defensa.

Efectivamente, la considerable mora en clausurarse por segunda vez el ciclo instructivo para calificarse en definitiva el mérito del sumario, como lo preveía el artículo 473 del decreto 050 de 1987, en cierto modo tolerada por los sujetos procesales intervinientes, podía considerarse en determinadas circunstancias como falta de carácter disciplinario contra el funcionario moroso, pero en ningún caso generar nulidad de la actuación.

El debido proceso no resultó vulnerado o sufrió menoscabo porque en su tramitación se produjo una segunda calificación del sumario, que era la formalidad contemplada para estos casos por el artículo 473 ya mencionado. Cosa diferente es que la nueva calificación no sea ahora del agrado del defensor del procesado recurrente, quien en la debida oportunidad procesal la consintió, al no haberla protestado a través de los medios de impugnación consagrados en la ley.

La cesación de procedimiento por dudas, consagrada en el inciso segundo del artículo 473, duramente criticada por su nocividad e inconveniencia, solo resultaba viable cuando al momento de la segunda calificación no existiera mérito probatorio para formular resolución de acusación, pues existiendo éste, se imponía la formulación de cargos sin que el acusado pudiese alegar la aplicación de dicha medida desconociendo la realidad probatoria pues en tal caso la calificación se haría contrariando esa realidad procesal.

En el hipotético evento de retrotraerse el proceso a partir del segundo cierre de la investigación, como propone el demandante, no podría cesarse procedimiento en favor de su asistido por existir prueba concluyente que lo compromete como el autor de los hechos investigados, tal como puntualizó el funcionario instructor en la providencia calificatoria no protestada por la defensa.

Ya la Corte ha tenido oportunidad de referirse en varias ocasiones a situaciones como la planteada. En providencia del 28 de junio de 1995 dijo:

"No siendo el derecho una ciencia exacta como las matemáticas, se pueden exponer interpretaciones varias sobre las normas aplicables o sobre los medios de convicción y que cuando se presentan cambios de los funcionarios en un determinado despacho, como es apenas obvio quien llega al mismo, no queda comprometido con los criterios sostenidos por su antecesor; e incluso aunque se tratara del mismo funcionario que realiza las dos calificaciones es perfectamente posible que en la segunda ocasión advierte hechos y circunstancias no vislumbradas en la primera oportunidad que lo llevan a cambiar el criterio expresado en el calificatorio inicial, sin que por ello se pueda afirmar como se hace por el censor que se vulnera el debido proceso. Lo contrario sería concluir que si se incurrió y un yerro en la primera decisión, el funcionario estaba en la obligación de persistir en el, lo que evidentemente no es razonable ni lógico" (M.P. doctor *Edgar Saavedra Rojas*).

El artículo 473 del Decreto 050 de 1987, modificado por el artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, disponía que vencido el término de

reapertura, deberá ser cerrada la investigación y fenecido el traslado a las partes, el juez "decretará la cesación del procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación". Es decir, no bastaba el simple transcurso del tiempo ni la invariabilidad probatoria para que operara la cesación del proceso porque era indispensable una nueva valoración de la prueba y que no existiera mérito para acusar. Imposible determinar la ausencia de fundamentos para proferir resolución de acusación sin analizar la prueba obrante en el sumario, así no se hubiera recaudado ninguna durante la reapertura.

Precisamente eso fue lo que hizo el instructor, valorar la prueba como lo ordenaba la norma. Valoración que lo llevó a concluir la presencia de elementos probatorios para dictar resolución acusatoria. Simplemente dio aplicación a la ley y la inconformidad con la forma como fue calificada por segunda vez la conducta endilgada al procesado *Ibarra Fernández* no es error in procedendo que pueda afectar la validez de la actuación.

De lo dicho se colige que el cargo de nulidad enrostrado al sentenciador es infundado pues no se advierte que en la hipótesis planteada por el impugnante hubiese sufrido mengua o quebranto el debido proceso adelantado con estricta sujeción al procedimiento previsto en el decreto 050 de 1987, ni mucho menos que el derecho a la defensa del procesado hubiese sido conculcado, ya que por el contrario, éste gozó a plenitud de todas las prerrogativas inherentes a dicha garantía.

No prospera el cargo formulado.

Cargo Subsidiario

El 5 de abril de 1991, fecha en la que el Tribunal Superior de Pasto reformó la resolución de acusación proferida por el Juzgado 24 de Instrucción Criminal de Mocoa, acusó a *Narciso Salustio Ibarra Fernández* por los delitos de peculado por apropiación y falsedad documental en concurso, regía el artículo 538 del decreto 050 de 1987 que decía:

"*Competencia del superior:* El recurso de apelación otorga competencia al Juez o Tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna, sobre la providencia impugnada"

Quiere ello significar que la modificación del pliego de cargos formulados al procesado *Ibarra Fernández* se consolidó en vigencia de la norma citada que otorgaba competencia al superior para decidir sin limitación alguna la apelación, por lo que el reproche a la sentencia es totalmente injusto.

La no prohibición de la *reformatio in pejus*, sufrió modificación sustancial con la promulgación de la Constitución Nacional de 1991

(artículo 31) en cuanto no permite la agravación punitiva cuando el condenado sea apelante único y el artículo 34 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 217 del Código de Procedimiento Penal vigente, que otorga competencia al superior para revisar en vía de apelación *únicamente* los aspectos impugnados, reforma inspirada en el principio según el cual quien apela a una instancia superior tiene por finalidad la de mejorar su situación jurídica, más no empeorarla.

Tampoco prospera la impugnación.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel* (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia*, *Mario Mantilla Nougues*, *Juan Manuel Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRESCRIPCION

El citado artículo 80 del estatuto punitivo, al regular las bases de la prescripción de la acción penal, permite observar que el límite temporal máximo es aplicable tanto a la etapa instructiva como a la del juicio.

De manera que si el lapso mayor de prescripción de la acción penal es de veinte años en su previsión para la fase instructiva, de acuerdo con la remisión que al artículo 80 hace el 84 ejusdem el término extintivo cimero en la etapa de la causa es de 10 años, equivalente a la mitad del máximo fijado en el referido 80.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr: *Mario Mantilla Nougues.*

Proceso No. 12813 Aprobado Acta No. 120

VISTOS

Procedía decidir sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Juan de Pasto, por medio de la cual confirmó la de primera instancia dictada el 24 de abril del mismo año por el Juzgado Penal del Circuito de La Unión, que condenó a *Hugo José Raúl Villada Torres y Luis Alberto Martínez Quintana* a la pena principal de 19 años de prisión cada uno, a la accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años y a la indemnización en concreto de los perjuicios causados, como coautores del delito de homicidio agravado de que fue víctima *Rosa Ilia Díaz*. Sin embargo, resulta imperioso pronunciarse sobre la viabilidad de proseguir la acción penal.

ANTECEDENTES

1°. Los hechos materia del proceso pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

El 28 de marzo de 1982, en el cañón de la quebrada San Pedro, vereda El Olivo, municipio de Arboleda (Berruecos, Nariño), fue encontrado el cadáver de *Rosa Ilia Díaz*, que en inspección practicada el siguiente día por la Juez Promiscuo Municipal evidenció avanzado estado de embarazo y ocho heridas "causadas con cuchillo o puñal" (f. 2v. cd. inicial), deduciéndose que había sido ultimada tres días antes en el camino veredal que por arriba de dicho cañón, al cual fue arrojada según las huellas y prendas que se hallaron, conduce a la carretera La Unión-Pasto, ciudad hacia donde la víctima dijo que salía, para comprar ropa ofrecida por *Hugo José Villada Torres*, padre extra-marital de la criatura que esperaba y de otros seis hijos comunes.

2°. El proceso fue iniciado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Arboleda (Berruecos), que por los anteriores hechos vinculó mediante indagatoria a los indiciados *Hugo José Raúl Villada Torres* y la persona que éste habría enviado a acompañarla, *Luis Alberto Martínez Quintana*, absteniéndose de decretarles detención preventiva (fs. 20 y ss. ib), que sí les impuso en septiembre 13 de 1984 (f. 307 y Ss. cd. 2) el entonces Juzgado 3° Superior de Pasto, cuando calificó el mérito del sumario en el sentido de abrir causa criminal con intervención de jurado de conciencia contra los indagados, por el delito de homicidio agravado por indefensión de *Rosa Ilia Díaz*, enjuiciamiento que al ser recurrido y en contra de la opinión del agente del Ministerio Público, quien propendía por sobreseimiento temporal, recibió confirmación del Tribunal Superior de Pasto, Sala Penal, por auto de *marzo 28 de 1985* (f.335 y Ss. ib.), quedando ejecutoriada el *12 de abril* de aquél año, esto es, 3 días después de la última notificación.

3°. El Juzgado 3° Superior de Pasto declaró "debidamente ejecutoriado el auto de proceder" referido, mediante providencia de 17 de abril de 1985 (f. 348 ib.). Celebrada la audiencia pública con intervención de jurado, el veredicto mayoritario para cada uno de los enjuiciados, de "no es responsable", fue declarado contraevidente (auto de marzo 4/86 fs. 425 y ss.), providencia que sometida al grado jurisdiccional de consulta, recibió confirmación el 14 de julio de 1986, con salvamento de voto de uno de los integrantes de la Sala de Decisión Penal (fs. 447 y ss. ib).

De conformidad con lo previsto por el artículo 453.6 del C. de P.P. entonces vigente (D.409/71, modificado por L. 2a./84), los acusados fueron favorecidos con libertad provisional mediante caución prendaria (feb. 19/86, fs. 421 y Ss. ib.).

Luego de algunos intentos de celebrar la segunda audiencia pública, el antes Juzgado 3° Superior de Pasto, convertido en 7°

Penal del Circuito, por auto de 15 de julio de 1992 remitió el proceso por competencia al Penal del Circuito de La Unión (f. 481 ib.); presentadas nuevas dificultades y aplazamientos, al fin se lleva a cabo el debate público, el 14 de marzo de 1996 (f. 515 y Ss. ib.), cuando ya, como se verá, estaba prescrita la acción penal.

4ª. No obstante lo anterior, el Juzgado Penal del Circuito de La Unión, profirió sentencia el 24 de abril de 1996 (f. 530 y Ss. ib.), mediante la cual condenó a los enjuiciados en el sentido inicialmente indicado, providencia contra la cual el defensor del procesado *Villada Torres* interpuso recurso de apelación.

Por auto del 24 de mayo de 1996 fue concedido el recurso, al tiempo que se dispuso librar, como en efecto ocurrió, orden de captura contra el implicado *Luis Alberto Quintana Martínez*, bajo la consideración -por cierto adicionalmente equivocada- de que con respecto a él el fallo había alcanzado ejecutoria (f. 555 ib.).

5º. El Tribunal Superior de San Juan de Pasto, Sala Penal, tampoco advirtió la extinción de la acción y en fallo de 4 de septiembre de 1996 (f. 562 y Ss. ib.), resolvió la impugnación, confirmando la sentencia recurrida.

6º. Inconforme el defensor del implicado *Villada Torres* impugnó en casación por "error en la apreciación de las pruebas", recurso que el a quo concedió por auto de 7 de octubre siguiente (fs. 579 y 580 ib.), surtiéndose el trámite previsto por la ley al cabo del cual el asunto fue remitido a la Corte el 29 de enero de 1997 (f. 1 cd. de esta corporación), en donde fue recibido el 7 de febrero y repartido el día 12 del mismo mes y año.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El inciso primero del artículo 80 del Código Penal establece que:

"*La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.*".

A su turno, el artículo 84 ejusdem, determina:

"*Interrupción del término prescriptivo de la acción.* La prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado.

Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80. En este caso el término no podrá ser inferior a cinco (5) años."

Aplicando las anteriores disposiciones al asunto tratado, se tiene:

El auto de llamamiento a juicio proferido contra *Hugo José Raúl Villada Torres y Luis Alberto Martínez Quintana*, por el delito de homicidio agravado, al ser apelado fue confirmado por el Tribunal Superior de Pasto, Sala Penal, el 28 de marzo de 1985, quedando ejecutoriado, según las disposiciones entonces vigentes, el 12 de abril de aquel año y generándose la prescripción en la misma fecha de 1995.

El citado artículo 80 del estatuto punitivo, al regular las bases de la prescripción de la acción penal, permite observar que el límite temporal máximo es aplicable tanto a la etapa instructiva como a la del juicio

De manera que si el lapso mayor de prescripción de la acción penal es de veinte años en su previsión para la fase instructiva, de acuerdo con la remisión que al artículo 80 hace el 84 ejusdem el término extintivo cimero en la etapa de la causa es de 10 años, equivalente a la mitad del máximo fijado en el referido 80.

Así viene determinándolo la Corte, como puede apreciarse en providencias de fecha septiembre 29 de 1994, casación No. 9164, M.P. Jorge Enrique Valencia M. y octubre 30 de 1996, casación No. 9500, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

En estas condiciones, abatido por el tiempo el ius puniendi de que es titular el Estado, situación que se consolidó, en este caso, aún antes de celebrarse la segunda audiencia pública (marzo 14 de 1996, fs. 515 y ss. cd. 2), se impone así declararlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del C. de P.P., situación que impide el estudio sobre la admisión de la impugnación extraordinaria y cualquier otro desenvolvimiento de la extinguida acción penal.

Como obvia consecuencia de lo anterior deberá el funcionario de primer grado devolver las cauciones prendarias que los implicados prestaron al momento de obtener su liberación provisional (fs. 425 y 426 cd. 2) y esta corporación ha de cancelar las órdenes de captura libradas contra *Luis Alberto Martínez Quintana*.

Por último, como es ostensible la dilación en la tramitación de la etapa del juicio que soportó este asunto, al extremo que conllevó la prescripción de la acción penal, la Secretaría compulsará copias de lo pertinente con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Pasto, para lo de su cargo.

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

RESUELVE:

1°. DECLARAR prescrita la acción penal en el proceso adelantado por el Juzgado Penal del Circuito de La Unión, Nariño, contra *Hugo José Raúl Villada Torres* y *Luis Alberto Martínez Quiniana*, por el delito de homicidio agravado cometido en la persona de Rosa Ilia Díaz.

2°. Como consecuencia de lo anterior, decretar cesación de procedimiento.

3°. El Juzgado Penal del Circuito de La Unión dará cumplimiento a la devolución de las cauciones prendarias prestadas por los implicados al ser otorgarda su libertad provisional.

4°. Comuníquese a las dependencias correspondientes la cancelación de las órdenes de captura que fueron libradas contra *Luis Alberto Martínez Quintana*.

5°. Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR DE HECHO

Los errores de apreciación probatoria, llamados de hecho, pueden ser de existencia o identidad. Son de existencia, cuando el juzgador supone una prueba que materialmente no está en el proceso, o ignora una que lo integra. Son de identidad, cuando el elemento probatorio es distorsionado en su contenido fáctico, bien porque se le hace decir más de lo que su texto reza, menos de lo que su contenido encierra, o algo totalmente distinto de aquello que en realidad expresa.

Estas modalidades de error de hecho son entre sí incompatibles y por consiguiente imposible de ser alegadas al tiempo y en relación con unos mismos medios de convicción, ya que si la prueba no existe o existiendo ha sido ignorada, mal puede, a la vez, haber sido distorsionada en su contenido fáctico. Para que esta última hipótesis se presente será necesario que la prueba exista materialmente en el proceso y además que haya sido apreciada por el Juzgador.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Proceso No. 10115 Aprobado acta No. 120

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 3 de agosto de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó al procesado *Jorge Enrique Malagón Bermúdez* a la pena principal privativa de la libertad de 3 años de prisión, al declararlo responsable del delito de homicidio culposo agravado, en concurso material homogéneo.

Hechos y Actuación Procesal

El 27 de septiembre de 1991, aproximadamente a las 6:30 horas de la mañana, sobre la autopista norte con calle 131 de esta ciudad,

Jorge Enrique Malagón Bermúdez, quien conducía en estado de embriaguez el vehículo de su propiedad tipo automóvil, marca Dodge Dart, modelo 1972, de placa NS6651, invadió la berma y atropelló a *Hilda María Páez de Guerrero, Yulieth Mariana Guerrero Páez, Germán Orlando Guerra López* y *Luis Guillermo Rodríguez Rojas*, causando la muerte instantánea de las dos primeras, madre e hija de 46 y 4 años de edad, respectivamente, y heridas a los últimos.

Por estos hechos, el Juzgado 87 de Instrucción Criminal de Santa Fe de Bogotá abrió investigación, escuchó en indagatoria al imputado y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, en concurso (fls.40, 67 y 186).

Dentro de las pruebas allegadas al proceso deben destacarse los testimonios de los heridos Luis Guillermo Rodríguez Rojas y Germán Orlando Guerra López (fls.61 y 197), de los compañeros de trabajo de éstos *Lucio Arcadio Torres Ortega* y *Jaime Enrique Barrera Fajardo* (fls.152 y 176), de los Agentes de Tránsito *William Henao Bernal* y *Orlando Simbaqueva Castillo* (fls.107 y 113), y del Agente de la Policía Nacional *Mauricio Humberto Rodríguez Peña* (fls. 58).

Luis Guillermo Rodríguez afirma que hallándose con su compañero Germán Orlando Guerra López a la espera del bus de la empresa que los llevaría al lugar de trabajo en Tocancipá, sobre el costado oriental de la autopista norte, fueron arrollados por un vehículo del que no sabe cómo ni por qué razón invadió el paradero. Solo recuerda que el automotor fue a parar a una zanja y que en ese momento llegaba el bus de la empresa. Cuando despertó se encontraba en la clínica (fls.61 y ss).

Germán Orlando Guerra López coincide con el dicho de su acompañante. Sostiene que cuando ya se disponían a tomar el bus de la empresa, un vehículo que inesperadamente se metió por el lado derecho los atropelló, cuando todavía se encontraban parados sobre la berma. No puede precisar de dónde salió éste automotor, ni recuerda lo sucedido en seguida, puesto que quedó inconsciente (fls.197 y ss).

Lucio Arcadio Torres Ortega, explica que para llegar al paradero de la empresa debe cruzar el puente peatonal que se encuentra sobre la autopista norte con calle 129, y que antes de empezar a hacerlo pudo observar que sus compañeros Luis Guillermo Rodríguez y Germán Orlando Guerra López ya se encontraban en dicho lugar. Mientras atravesaba el puente no percibió nada extraño, pero al terminar su recorrido encontró a Germán Orlando tirado en el piso y a Luis Guillermo recién incorporado. Corrió hasta el lugar

de los hechos, en donde pudo apreciar un vehículo en una zanja con las llantas todavía patinando. Pretendía indagar por la suerte de Jaime Enrique Barrera, otro compañero suyo de trabajo que debía concurrir al mismo sitio, quien llegó tan pronto ocurrió el accidente. Ambos trataron de auxiliar a Germán Orlando, hasta cuando unos compañeros de la Comisión Hospitalaria que viajaban en los buses de la empresa se encargaron de subir a los heridos a una patrulla de la policía. En ese momento se percató que Luis Guillermo había sufrido también una lesión en una pierna. Sostiene que las unidades de la policía al igual que las de tránsito se hicieron presentes aproximadamente a los cinco o diez minutos, y que en el lugar del insuceso pudo ver también al conductor del vehículo cuando salió de su interior sin ayuda de ninguna índole y empezó a caminar en forma anormal pidiendo que lo auxiliaran. Informa que el paradero se encuentra debajo del puente peatonal, pero que los buses de la empresa paran 100 o 150 metros adelante del puente, hacia el norte, para obviar las congestiones de gente (152 y ss).

Jaime Enrique Barrera Fajardo cuenta que el día de los hechos se dirigía a pie por la berma del costado oriental de la autopista, en dirección norte-sur, cuando vio que un vehículo que viajaba de sur a norte invadió la zona de seguridad atropellando a una señora que caminaba por el borde de la autopista hacia la calle 129, y a dos compañeros suyos que se encontraban esperando el bus de la empresa. Inmediatamente corrió en ayuda de éstos, sobre todo de Germán Orlando Guerra, quien yacía inmóvil en el piso, con quien estuvo hasta cuando los compañeros de la empresa se hicieron cargo de la situación. Fue el primero en llegar al sitio del accidente, a donde, al poco tiempo, llegó una patrulla de circulación y casi simultáneamente una de la policía. Al conductor del vehículo solo lo vino a ver después de un rato, cuando se acercó a hablarle, siendo su reacción golpearlo, enviándolo hacia la zanja. Preguntado sobre el estado del tiempo y la presencia o no de vehículos recogiendo pasajeros, o cualquier obstáculo que hubiera impedido la marcha del automóvil, contestó: " Delante del vehículo no había nada que impidiera su marcha, no había reparación de carretera ninguna, y los transeúntes se encontraban en la orilla de la carretera sobre la berma, era una mañana clara sin neblina y el piso se encontraba seco, no había llovido" (fls.179). Afirma que en el lugar no hay paradero señalizado y que personalmente no le consta que el conductor del vehículo estuviera ebrio, aún cuando los rumores eran que lo estaba (fls.176 y ss).

El Agente de Tránsito William Henao Bernal afirma que al llegar al sitio de los hechos observó el cadáver de una niña al lado de la vía y adelante un vehículo, de cuyo interior trataba de salir un

señor, a quien le abrió la puerta para que lo lograra. Una vez afuera, pudo advertir que se encontraba bastante desorientado, muy asustado, y que tenía olor a trago, además de que no se le entendía lo que hablaba. En esos momentos llegó al lugar un Superior suyo, quien les ordenó trasladar al retenido hasta el CAI de la 134, a donde de inmediato lo llevaron. Regresaron luego al lugar para colaborar en la dirección del tránsito y la elaboración de los informes, hasta aproximadamente las 10:30 de esa mañana, cuando les ordenaron llevar al conductor a medicina legal para examen de alcoholemia. Por boca de éste, se enteró que era ingeniero de vuelo y que esa noche había asistido a una reunión en Avianca, de donde salió para su casa, habiendo cogido la carrera 30 y luego la autopista de sur a norte, hasta llegar al lugar de los hechos. También les dijo que una flota de la empresa Rápido Santa Fe lo había cerrado y que por este motivo se había presentado el accidente (fls.107 y ss).

En términos similares declara el otro Agente de Tránsito *Orlando Simbaqueva Castillo*, quien coincide además en señalar que en el lugar de los hechos no se apreciaban huellas de frenada, solo el carreteo de las llantas sobre el pasto (fls.113 y ss).

El Agente de la Policía *Mauricio H. Rodríguez Peña* informa que el Comandante del CAI de la 134 les hizo entrega del caso alrededor de las 7 de la mañana, por lo que procedieron a brindarle seguridad al sindicado quien se encontraba en dichas instalaciones. De allí se trasladaron al lugar del atropellamiento donde pudieron constatar la existencia de dos cadáveres, el de una niña, claramente visible, y el de una señora, oculto debajo del vehículo. Al dialogar en el CAI con el retenido, les manifestó que era Ingeniero de Vuelo y que venía de una reunión, donde se había tomado unos tragos (fls.58 y ss).

Del proceso hacen igualmente parte el Croquis levantado por los Agentes de Tránsito y Transporte (fls. 27); las actas de las inspecciones judiciales practicadas en el lugar de los acontecimientos (fls.19,20,22,254); los planos y álbumes fotográficos correspondientes a dichas diligencias (fls.161 y ss); el dictamen de medicina legal sobre alcoholemia, con resultado positivo para embriaguez aguda de primer grado (fls.173 y 174); y, la versión del procesado, quien atribuye los hechos a la imprudencia del conductor de una flota que le cerró el paso haciéndolo salir de la vía.

Preguntado sobre los momentos antecedentes y concomitantes al insuceso, dijo que ese día, como de costumbre, se levantó a las 5 de la mañana, saliendo de su casa hacia donde su progenitora aproximadamente una hora después, con el fin de recoger un dinero para cumplir unos compromisos. Tomó la autopista norte por la

calle 170 hacia el sur, pero como en el trayecto recordó que debía hacerle entrega de unas boletas a su esposa, decidió regresar a su casa por la misma vía, haciendo giro en la calle 127. A la altura del puente peatonal de la calle 134, en dirección sur norte, sobre la calzada derecha, se presentó el episodio con la flota que lo obligó a salirse de la vía, perdiendo el control del vehículo. Solo recuerda que quedó bastante aturdido, debido a un golpe que recibió en la cabeza al parecer con el espejo retrovisor y que un Agente de Tránsito lo ayudó a salir del carro. Preguntado por las actividades desarrolladas esa noche, manifestó haber asistido a una reunión de Ingenieros de Vuelo y de allí haberse dirigido a su casa, a donde llegó alrededor de la media noche. No ingirió licor esa noche, ni se encontraba bajo sus efectos al momento de los hechos, pero explica, al ser interrogado por su aliento alcohólico, que esa mañana, cuando salía de la casa, unos amigos le ofrecieron dos o tres tragos de Whisky. Afirma que ese día no debía trabajar y que cuando se presentó el accidente viajaba a no más de 50 kilómetros por hora (fls.67 y ss).

Cerrada la investigación, se la calificó el 28 de diciembre de 1992 con resolución acusatoria por el delito de homicidio culposo, agravado conforme a la circunstancia prevista en el artículo 330.1 del Código Penal, en concurso material homogéneo. Respecto de las lesiones personales de que fueron víctimas Luis Guillermo Rodríguez Rojas y Germán Orlando Guerra López, la Fiscalía dispuso expedir copias con destino a las autoridades de Policía, por competencia (fls. 32 y ss-2).

En el período probatorio de la causa se ordenó y practicó el avaluó de los daños y perjuicios ocasionados con los delitos de homicidio, siendo cuantificados los de orden material por concepto del lucro cesante derivados de la muerte de la menor Yulieth Mariana, en $3'870.975.40. La liquidación de los gastos funerarios (daño emergente), del lucro cesante por la desaparición de la señora Hilda María Páez de Guerrero, y los perjuicios de orden moral, fueron dejados a criterio del Juez (fls.63 y ss.-2).

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado Cuarenta y Seis Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia de 4 de mayo de 1994, condenó a Jorge Enrique Malagón Bermúdez a las penas principales de 3 años de prisión, suspensión del ejercicio del arte de conducir durante el mismo término, y multa de cinco mil pesos, como autor responsable de los delitos de homicidio culposo agravado, de que hizo víctimas a Hilda M. Páez de Guerrero y Yulieth Mariana Guerrero Páez. De igual manera, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, prohibición de consumir bebidas alcohólicas y suspensión de la patria potestad, por un tiempo igual a la pena privativa de la

libertad. Se le condenó, así mismo, al pago del equivalente a un mil gramos oro por concepto de perjuicios morales, y de dos mil gramos por los de orden material, y le fue otorgada la condena de ejecución condicional (fls.136 y ss-2).

Apelado este fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Superior, mediante el suyo de 3 de agosto de 1994, que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación, lo confirmó con las siguientes modificaciones: a) Fijó en dos años la pena de suspensión en el arte de conducir vehículos; b) Dejó sin efecto la pena accesoria de suspensión de la patria potestad; y, c) Ordenó tener como parte de los perjuicios materiales, independientemente del monto fijado por el a quo, los pagos hechos al perjudicado en virtud de la póliza de seguro obligatorio (fls.10-3).

LA DEMANDA

Dos cargos, uno principal y otro subsidiario, presenta la demandante contra la sentencia impugnada. El principal, dentro del marco de la causal primera, apartado segundo del artículo 220 del estatuto procesal penal; el subsidiario, con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

Cargo primero:

Violación indirecta de las normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 2º, 4º, 5º, 22, 329 y 330 del Código Penal, 445 del de Procedimiento, y Decreto 1344 de 1970, adicionado por la ley 33 de 1986, Decretos Leyes 1809, 1951, 2591 de 1991 y ley 53 de 1989 en sus artículos 120 y 123, por errores de hecho provenientes de la tergiversación del contenido y alcance de las pruebas.

Al precisar el concepto de la violación, sostiene que los juzgadores de instancia valoraron erróneamente los elementos de juicio allegados al proceso, lo que permitió cimentar el falso juicio de existencia que llevó al fallo condenatorio.

Se refiere a las argumentaciones de la sentencia sobre la inverosimilitud de las explicaciones suministradas por el procesado en indagatoria, para sostener, a manera de réplica, que la defensa no discute su estado de embriaguez, sino la apreciación aislada de los elementos de prueba, en cuanto llevó a concluir que el estado de alicoramiento no posibilitó el control del vehículo y que por este motivo se presentaron los trágicos hechos. Este aislado análisis de los medios probatorios, condujo a la inapreciación de algunos de ellos que eran favorables al acusado, o hacían derivar conclusiones diversas, concretándose "un falso juicio de existencia de responsabilidad" (fls.43).

Afirmar, dice, que una persona es responsable de un ilícito culposo por el solo hecho de hallarse embriagada, es "entronar" (sic) la responsabilidad objetiva y admitir que con esa sola prueba y la existencia de la materialidad se tiene la certeza para condenar, sin atender al aspecto subjetivo, la relación de causalidad y la actividad de la víctima, aspectos sobre los cuales existe abundante prueba en el proceso.

A continuación se refiere a las afirmaciones del procesado relativas a la irrupción sorpresiva de la flota como condición causal del resultado, para asegurar que su versión encuentra respaldo en las declaraciones de los Agentes de Tránsito Orlando Simbaqueva Castillo y William Henao Bernal, quienes recibieron información en tal sentido del procesado y de las personas que se encontraban en el sitio de los hechos; y, en los testimonios de los heridos Luis Guillermo Rodríguez Rojas y Germán Orlando Guerra López, quienes informan del arribo del bus de la empresa en el momento en que se producía el accidente, lo cual permite pensar que fue ese vehículo el que "cerró" al sindicado. Ilustra sus asertos con transcripciones de estos medios de prueba y descalifica los testimonios de *Jaime E. Barrera Fajardo y Lucio Arcadio Torres Ortega*, por estimar que el primero no fue realmente testigo presencial de los hechos, puesto que no da cuenta de la razón por la cual el carro invadió la berma, y que el segundo se contradice con sus compañeros sobre el momento preciso en que habría llegado el bus de la empresa y la presencia de Jaime E. Barrera en el lugar del siniestro.

Dentro del mismo contexto argumentativo alude también a la inspección judicial practicada en el lugar de los acontecimientos con la asistencia del procesado y los dos lesionados, para sostener que, según lo constatado en esta diligencia, no solo las flotas desconocen los paraderos autorizados, sino que la gente espera los vehículos en zonas no demarcadas, así sea al interior de la berma.

En cuanto al estado psicofísico del procesado cuando ocurrieron los hechos, sostiene que la prueba es generosa en señalar que presentaba aliento alcohólico y lucía bastante desorientado, y que no obstante haber suministrado su defendido los nombres de los vecinos con quienes ingirió licor esa mañana, el Estado no adelantó actividad alguna orientada a comprobar la veracidad de su aserto.

La afirmación de la sentencia, en el sentido de que los testimonios de los Agentes de Tránsito no respaldan el dicho del procesado sobre la acción obstaculizadora de la flota, porque solo llegaron al sitio una vez ocurridos los hechos, y que la "Flota Santa Fe", según certificación expedida por la empresa, no presta servicio de transporte de pasajeros en esa ruta, no son plena prueba de que por allí

no hubiera pasado uno de estos vehículos, "ya que pese a no haber ruta por esos sectores, puede estar contratada particularmente o para un expreso, o sencillamente pasar por allí sin estar prestando servicio" (fls.48).

Otro de los argumentos del fallo, dice relación con el estado de aturdimiento alegado por el procesado, del que se afirma, habría sobrevenido no antes sino después del arrollamiento de los peatones, cuando chocó contra el muro de contención que finalmente lo detuvo. Esta apreciación es equivocada, puesto que Malagón Bermúdez en ningún momento atribuyó el accidente al golpe que recibió en la cabeza con el espejo retrovisor. Lo cierto es que este adminículo quedo destruido, según constancia dejada en la inspección judicial practicada el día de los hechos, y que el estado de aturdimiento provenía del golpe, no de la ingestión de bebidas alcohólicas.

También afirma la sentencia que el automóvil era conducido a exceso de velocidad, como lo enseña el croquis y los destrozos causados al cuerpo de la menor, y porque si hubiese sido moderada, fácilmente habría superado cualquier imprevisto. Esta conclusión, carece de respaldo probatorio, pues los testigos sostienen que el vehículo se desplazaba por la calzada derecha de la vía, y por ella, no se puede andar a mayor velocidad, debido a la afluencia de flotas, como quedó establecido en la inspección judicial. Además, no quedaron huellas de frenado que permitieran determinar la velocidad probable, y Germán Orlando Guerra López, quien afirma que el vehículo "venía rápido", se contradice cuando sostiene que no se dio cuenta de dónde provino éste. Por tanto, el sentenciador no puede deducir velocidad distinta de la mencionada por el procesado en la injurada.

En punto a las consideraciones del fallo sobre la ausencia de actividad culposa de las víctimas, afirma que esta sí existió, presentándose de esta manera una ruptura del nexo o relación causal, sin que se trate de pregonar compensación de culpas, o sostener que las víctimas fueron las exclusivas causantes del daño, simplemente "concluir que sin su necesaria presencia y actividad nunca hubiere ocurrido el hecho dañoso aquí investigado".

Apoya esta aseveración en la versión del testigo Jaime Enrique Barrera Fajardo, conforme a la cual la occisa Hilda María caminaba por la orilla o borde de la autopista "por fuera de la berma", posiblemente dirigiéndose hacia la calle 129, contraviniendo así lo normado en el Decreto 1344 de 1970, adicionado por la ley 33 de 1986, Decretos Leyes 1809, 1951, 2591 de 1991 y Ley 53 de 1989, que dicen en sus artículos 120 y 123, respectivamente: "El tránsito

de peatones por las vías públicas se hará por el lado izquierdo fuera del pavimento o zona destinada para el tránsito de vehículos, en las zonas rurales, salvo disposición en contrario del Ministerio de Obras Públicas, y en los perímetros urbanos, por las aceras". "Está prohibido a los peatones: 1) Invadir la zona destinada al tránsito de vehículos".

Se pregunta si en las anotadas condiciones puede afirmarse la existencia de un nexo causal entre su conducta y el daño recibido, para autoresponderse positivamente, en el entendido que la víctima estaba aceptando el riesgo que implicaba transitar por lugares prohibidos, siendo su actuar, por tanto, liberatorio de la responsabilidad del procesado.

Alude a los testimonios que sostienen que en el lugar del insuceso no existe paradero autorizado, así como a la inspección judicial, en donde, además de llegarse a igual conclusión, se estableció que muchos vehículos de servicio público superaban incluso la zona de la berma.

Apoyado en estas consideraciones solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, para declarar, en su lugar, que el procesado no puede ser objeto de condena, por no existir certeza del contenido culpable de la conducta investigada.

Cargo segundo:

Violación indirecta de las normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 1625, 1626, 1635 y 2357 del Código Civil; 94 y siguientes del Decreto 1344 de 1970 (Código Nacional de Tránsito Terrestre), reglamentado por el Decreto 1285 de 1973, luego por la ley 33 de 1986 art. 115, y posteriormente por los Decretos 2544 de 1987 y 1032 de 1991; y, 58, 106 y 107 del Código Penal, por "error de hecho consistente en la tergiversación o distorsión del contenido, alcance y sentido de las pruebas".

Antes de asumir la tarea de fundamentación del cargo, la demandante afirma tener interés para recurrir conforme a las previsiones de los artículos 366 y 370 del Código de Procedimiento Civil, modificados por el Decreto 2282 de 1989 artículo 1° (numerales 182 y 185), en armonía con el Decreto 522 de 1988 artículos 2º y 3°, por cuanto la cuantía para hacerlo a partir del 1º de enero de 1994 es de $27'440.000.oo, límite que es ampliamente superado por los 3.000 gramos oro a que fue condenado su defendido, y porque la causal invocada es la contemplada en el numeral primero del artículo 368 del estatuto procesal civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1º numeral 183.

Al concretar el concepto de la violación, afirma que el fallo, a pesar de tener en cuenta todas las pruebas, las aprecia de manera

incompleta, lo cual incidió en sus conclusiones, especialmente en la condena al pago de los perjuicios y la aplicación de la pena de prohibición del ejercicio del arte de conducir vehículos automotores por el término de dos años, así:

1. *Condenación al pago del equivalente a 2.000 gramos oro en moneda nacional por perjuicios materiales:*

La sentencia viola indirectamente el artículo 107 del Código Penal, del cual no era dable hacer uso en razón a que es norma supletoria y en el proceso existe un dictamen pericial que no fue objetado, el cual, por falta de pruebas, solo pudo establecer el lucro cesante derivado de la muerte de la infante Yulieth Mariana, cuyo monto se fijó en $3'870.975.40, siendo esta la suma a la cual debió ser condenado su cliente por perjuicios de orden material, pues el fallador no podía entrar a sanear las deficiencias probatorias de la parte civil, legítimamente constituida.

Entre las pruebas aportadas por su representante, relacionadas con este aspecto, solo aparece el testimonio de Luis Alberto Páez Rodríguez, hermano de la occisa Hilda María, quien se limita a decir que era profesora en la Vereda de Rodamental del Municipio de Cogua, sin ofrecer más datos; y, el testimonio de su esposo, *Félix Antonio Guerrero González*, quien no suministra ninguna información al respecto.

Aparte de esto, el Tribunal, al tasar el monto de los perjuicios materiales, aceptó que la parte civil pudo haber adelantado gestiones extraprocesales orientadas a obtener el pago de otras indemnizaciones, pero no tuvo en cuenta que algunas de ellas deben ser descontadas del monto total de la condena, para no propiciar un enriquecimiento ilícito. Por el contrario, después de precisar que en el plenario no aparecía acreditado el pago de gastos funerales a través del seguro obligatorio, puntualizó: "Sin embargo, debe advertirse que en el evento de que dicho pago se haya hecho, se tendrá, independientemente del monto fijado por el a quo, como parte de los perjuicios de orden material, por resultar ajustados al daño que se causó con el hecho punible y consideradas las directrices que señala el artículo 107 del Código Penal; aclaración que se hará en el punto tercero de la parte resolutiva de la sentencia".

Sostiene, después de aludir a la normatividad reglamentaria del seguro obligatorio, que algunos amparos en él establecidos son considerados indemnizatorios, razón por la cual se autoriza descontarlos del monto fijado por dicho sentido al responsable del accidente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1140 del Código de Comercio; mientras que otros no deben serlo por no tener éste carácter. Dentro de los primeros se encuentran los gastos médicos,

quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de transporte y funerarios; dentro de los segundos, la incapacidad permanente y la muerte.

Las normas legales establecen que el pago hecho a través de este seguro, no impide al perjudicado iniciar las acciones respectivas en busca de las indemnizaciones a que crea tener derecho, pero también autorizan descontar las sumas de dinero recibidas de la aseguradora a título de amparos indemnizatorios, que para el caso concreto serían los gastos funerarios, exequiales y de transporte de las dos víctimas. Luego, de no ordenarse este descuento, como lo hizo la sentencia de segunda instancia, "se generaría un enriquecimiento ilícito de la parte civil" y un correlativo empobrecimiento de su representado.

Pide, por tanto, casar la sentencia impugnada, para que la de reemplazo descuente de la condena definitiva por perjuicios causados, los valores cuyo pago se acredite y que tengan el carácter de indemnizaciones.

2. *Condenación al pago del equivalente a un mil gramos oro en moneda nacional por perjuicios morales.*

La estimación del daño moral, conforme a lo dispuesto en el artículo 106 del Código Penal, debe hacerse teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido.

El fallo impugnado fijó los perjuicios morales en un mil (1.000) gramos oro, pero no especifica "qué fue lo que le mereció crédito en su discrecionalidad, que debe ser motivada por ser diferente a aquella norma en que se deja a su arbitrio su tasación que no requiere motivación" (fls.60 cd. Tribunal).

En el proceso de tasación de los daños morales como de los materiales, los juzgadores no tuvieron en cuenta la actividad imprudente de la víctima, cuando lo cierto es que actuaba contraviniendo el Decreto 1344 de 1970, adicionado por la ley 33 de 1986, Decretos Leyes 1809, 1951 y 2591 de 1991, y ley 53 de 1989, artículo 120, y el artículo 2º del Decreto 1809, modificatorio del 1344 de 1970, que ordena tener en cuenta la siguiente definición para la interpretación y aplicación del Código Nacional de Tránsito: "*BERMA: Parte exterior de la vía, destinada al soporte lateral de la calzada para el tránsito de peatones, semovientes y ocasionalmente el estacionamiento de vehículos y tránsito de vehículos de emergencia*"

Retoma el análisis probatorio realizado en desarrollo del primer cargo sobre la referida actividad imprudente de la víctima, para concluir que el testigo Jaime Enrique Barrera Fajardo es el único que afirma haberla visto antes de ser arrollada, no en la berma

según la definición transcrita, sino por todo el borde de la autopista, de donde se sigue que esta prueba fue apreciada erradamente por el juzgador, al confundir aquélla con la zona de seguridad.

Téngase en cuenta que es al usuario de la berma a quien de acuerdo con la norma se le exige máximo cuidado, puesto que eventualmente es lugar de estacionamiento, y no como dice el fallo de segunda instancia, que la postura de la defensa carece de asidero legal cuando pretende reducción del monto indemnizatorio por aplicación del artículo 2357 del Código Civil, a menos que se acepte que caminar por todo el borde de una autopista sea conducta imprudente y que dicha actividad es violatoria de los reglamentos de tránsito.

Al existir, entonces, norma que prohiba a los peatones caminar por el borde de la autopista, el hacerlo implica aceptación del riesgo y de sus consecuencias, siendo esta actividad liberatoria de la responsabilidad penal del sindicado, o cuando menos diminuente de la misma para efectos de este cargo.

De nuevo, se refiere a los medios de prueba que dan cuenta de la congestión vehicular en el lugar de los hechos, e insiste en afirmar la existencia de una relación de "causalidad compartida" de la víctima con el sindicado. Por esta razón, pide que en aplicación del citado artículo 2357 del Código Civil, el fallador establezca la proporción en que estos hechos concurrieron en el resultado final, y en igual porcentaje rebajar el monto de la indemnización.

Además de este hecho antecedente, la sentencia impugnada tampoco tuvo en cuenta, al cuantificar los daños, la actividad posterior de Malagón Bermúdez, relativa a su preocupación por los lesionados y las víctimas, como se infiere del testimonio de Germán Orlando Guerra López y los Agentes de Tránsito.

3. Prohibición de conducir vehículos automotores por el término de dos años.

La aplicación de esta pena es violatoria de la ley sustancial porque el artículo 58 del Código Penal establece que solo puede ser impuesta a quien comete un delito con abuso del ejercicio de un oficio, y como ya se dijo, los hechos sobrevinieron por un imprevisto en donde intervienen las víctimas con culpa, no existiendo prueba de que el procesado haya abusado de la actividad de la cual se le priva. Y, si se trata de sancionarlo por el estado de embriaguez, la pena debe ser la prohibición "de ingesta de bebida alcohólica". Además, la infracción de tránsito que pudo haber cometido, fue investigada administrativamente.

trayendo como consecuencia dicha sanción, que aunque no obra prueba, le fue impuesta, razón por la cual resulta injusta, o al menos excesiva, la aplicada en el fallo.

Apoyada en este segundo cargo, pide a la Corte casar la sentencia impugnada, con el fin de que se tomen las siguientes determinaciones: a) Que la condena al pago de perjuicios materiales se haga por la suma tasada en el dictamen pericial; b) Que los daños morales se cuantifiquen por una suma menor, teniendo en cuenta las circunstancias que debieron motivar esta decisión; y, c) Que se revoque la prohibición del ejercicio de la actividad de conducir.

Concepto del Ministerio Público.

En relación con el cargo presentado al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, por errónea apreciación de la prueba, el Procurador Primero Delegado en lo Penal sostiene que no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

-Los juzgadores de instancia apreciaron la prueba en su exacta expresión, no asistiéndole por tanto razón al censor, pues la afirmación en el sentido de que el estado de embriaguez del procesado determinó la pérdida de control del vehículo y los trágicos sucesos, encuentra respaldo en el dictamen de alcoholemia, las versiones de los testigos que informan del aliento alcohólico, y en las leyes de la experiencia, que enseñan que en estado de alicoramiento, se pierden las capacidades de percepción, reacción, atención, reflejos y coordinación, generándose mayor posibilidad de causar daño.

-El exceso de velocidad, lo dedujo el fallador del análisis integral de la prueba testimonial y técnica recaudada, especialmente del croquis levantado por las autoridades de circulación, y los destrozos que presentaba el cuerpo de la menor Yulieth Mariana.

-La inspección judicial en la cual se apoya la impugnante para reafirmar la velocidad de 50 kilómetros-hora a la que supuestamente se desplazaba su protegido, fue practicada en horas distintas a las del insuceso, aparte de que el acusado en su indagatoria es claro en manifestar que a la hora de los hechos la vía no presentaba congestiones.

-Tampoco le asiste razón a la casacionista cuando cuestiona la apreciación de la prueba que informa sobre el estado de aturdimiento experimentado por el procesado al presentarse los hechos, ya que esta valoración partió de sus afirmaciones en injurada, para llegar a la conclusión que, de haber éste recibido un golpe en la cabeza, habría sido después de abandonar su calzada y de atropellar a las personas que esperaban transporte, no antes.

— Si por algo se caracteriza la demanda, es por su discrepancia con la valoración probatoria de los juzgadores de instancia, planteamiento que no se aviene con el falso juicio de identidad inicialmente propuesto, del cual la impugnante se aleja para entrar a cuestionar el mérito probatorio, que, como se sabe, puede ser materia de debate en las instancias, mas no en sede extraordinaria.

— Lo realmente pretendido por la libelista, es hacer prevalecer su escrito sobre las sentencias, posición que resulta inadmisible frente a la doble presunción de acierto y legalidad que ampara los fallos judiciales. Además, cuando se atienden las orientaciones de la sana crítica, no es posible ensayar otra versión, "pues no se trata de forzar circunstancias y crear situaciones, sino de evidenciar un desacierto en el juzgador que pueda exhibirse ante cualquiera como ostensible y manifiesto" (fls.28 cd. Corte).

Respecto del cargo segundo, considera que no tiene trascendencia suficiente en el balance probatorio, como para incidir en las conclusiones del fallo, por los siguientes motivos:

— El delito es fuente de obligaciones y así lo contempla el artículo 2341 del Código Civil al establecer que "el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido".

— En los delitos de homicidio, el daño surge de la vulneración del bien jurídico y los perjuicios económicos qué sufren los familiares o allegados de la víctima en razón del daño emergente y lucro cesante, como consecuencia de la supresión de la vida.

— Si bien es cierto en el proceso existe peritaje sobre perjuicios materiales, no lo es menos que el Juez es el verdadero liquidador de estas cifras, según lo dispuesto en los artículos 55 y 273 del Código de Procedimiento, y al apartarse del dictamen, lo hizo apoyado en el artículo 107 del Código Penal, dando además motivaciones razonadas. El único límite, viene dado por el monto de la indemnización, que no puede exceder de 4.000 gramos oro.

— El seguro obligatorio de automotores, regulado por el Decreto 1032 de 1991, que derogó el 2544 de 1987, pretende que las personas lesionadas y los herederos de los muertos, sean parcialmente indemnizadas, dejando a salvo las acciones de naturaleza contravencional, civil o penal que puedan derivarse del hecho y la responsabilidad que de él surja. Como en el proceso aparece fotocopia de la respectiva póliza, pero no se acreditó el pago de gastos funerales por parte de la compañía aseguradora, el Tribunal dispuso que, de haber sido efectuados, se tendrían como parte de

los perjuicios materiales, independientemente del monto fijado en el fallo de primera instancia, decisión que es potestativa del fallador, quien en sano criterio, hace la estimación atendiendo las directrices del artículo 107 del Código Penal, pudiendo llegar hasta 4.000 gramos oro.

— La inconformidad de la impugnante respecto de la tasación de los perjuicios morales, se apoya en la actitud de las víctimas, la que califica de imprudente, pues parte del supuesto que se encontraban sobre la zona vehicular y en lugar distinto del paradero. Esto, no es, sin embargo, lo que se deduce del testimonio de Jaime Enrique Barrera, en el cual la libelista se apoya, quien, por el contrario, ubica las víctimas sobre la zona de seguridad. Además, como lo sostiene el Tribunal de instancia, no existe norma que prohíba el tránsito de peatones por la berma, cuando adicionalmente, no existe otro lugar por donde transitar.

— La pena de suspensión del ejercicio de la conducción, está prevista en el artículo 329 del Código Penal, debiendo el Juez imponerla en acatamiento del principio de legalidad de los delitos y las penas, y se aplica independientemente de los resultados del proceso administrativo que se adelante en relación con el mismo accidente.

Pide, en consecuencia, no casar la sentencia impugnada.

SE CONSIDERA:

Cargo primero:

Bastante confusos resultan los planteamientos de la demanda en torno a los posibles yerros de apreciación probatoria cometidos por los juzgadores de instancia en el análisis de la responsabilidad penal del procesado. De una parte, porque en el desarrollo de la censura la impugnante transita indistintamente por las diferentes modalidades de error de hecho, con referencia a unas mismas pruebas, y de otra, porque idéntica actitud de incertidumbre asume en la proposición de soluciones jurídicas.

Los errores de apreciación probatoria, llamados de hecho, pueden ser de existencia o identidad. Son de existencia, cuando el juzgador supone una prueba que materialmente no está en el proceso, o ignora una que lo integra. Son de identidad, cuando el elemento probatorio es distorsionado en su contenido fáctico, bien porque se le hace decir más de lo que su texto reza, menos de lo que su contenido encierra, o algo totalmente distinto de aquello que en realidad expresa.

Estas modalidades de error de hecho son entre sí incompatibles y por consiguiente imposible de ser alegadas al tiempo y en relación

con unos mismos medios de convicción, ya que si la prueba no existe o existiendo ha sido ignorada, mal puede, a la vez, haber sido distorsionada en su contenido fáctico. Para que esta última hipótesis se presente será necesario que la prueba exista materialmente en el proceso y además que haya sido apreciada por el Juzgador.

En este planteamiento contradictorio incurre la casacionista, quien, como se dejó visto al resumir la demanda, alude alternativamente a errores de hecho por falsos juicios de identidad y de existencia, como si se tratara de una misma modalidad de desacierto, amén que no logra siquiera identificarlos, lo cual es comprensible si se tiene en cuenta que en el fondo de su discurso lo que subyace es un cuestionamiento a la valoración del mérito de las pruebas, por considerarla equivocada, básicamente por haber acogido la sentencia el testimonio de Jaime Enrique Barrera Fajardo y desechado la versión del procesado.

Esta clase de error, es también de naturaleza fáctica, pero su fundamentación difiere sustancialmente de los de existencia e identidad inicialmente esbozados. Su proposición ha de partir no de la apreciación material de los elementos de prueba, sino de la fijación de su mérito, debido a que su estimación se cumple con apartamiento grotesco de las reglas de la sana crítica.

Esta especie de error, ha dicho repetidamente la Corte, surge de la disparidad existente entre la valoración realizada por el Juez y la que correspondería hacer frente a los postulados de la lógica, la experiencia y la ciencia, mas no, como erradamente suele entenderse, de la falta de coincidencia entre el personal criterio que se tiene sobre la fuerza persuasiva de una determina prueba y la valoración que de ella se hace en la sentencia.

Esto obliga al casacionista a precisar, en cada caso, las razones por las cuales la valoración efectuada por el Juez del medio probatorio, se aparta de las reglas de la sana crítica y, complementariamente, la incidencia de este yerro en las conclusiones del fallo, tarea que impone una revaloración objetiva y total del acervo probatorio, en donde no tienen espacio las apreciaciones sesgadas de la prueba, ni mucho menos las especulaciones en torno a una determinada hipótesis defensiva.

Ha de recordarse que la sentencia de segunda instancia se encuentra amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, y por tanto, que su abatimiento total o parcial en casación, cuando se alega violación indirecta de la ley sustancial, solo es posible si el actor acredita objetivamente la existencia de errores en la apreciación de las pruebas que, de no haberse presentado, habrían cambiado inevitablemente el sentido del fallo.

Una de las múltiples falencias del escrito de sustentación del recurso, viene dada por la pretensión de la demandante de descalificar las conclusiones probatorias del fallo partiendo de una visión muy personal del valor persuasivo de algunas pruebas, cuando no de hechos fundados en aserciones conjeturales, o de frases descontextualizadas de testigos que comprometen la responsabilidad de su cliente.

Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando apoyada en transcripciones insulares de la declaración del testigo Jaime Enrique Barrera Fajardo, de cuyo contexto se deduce todo lo contrario, insinúa que las víctimas se desplazaban por fuera de la zona de seguridad; o cuando sugiere, ante la contundencia de la prueba que indica que la empresa de transporte de pasajeros "Flota Santa Fe" no presta servicios por la autopista norte, que el vehículo causante del siniestro bien pudo haber sido uno distinto; o cuando afirma que el estado de embotamiento y de descoordinación motora de su cliente nada tenían que ver con su grado de alicoramiento.

Otro motivo de confusión, no menos trascendente, surge de la pluralidad de hipótesis fácticas que la actora plantea dentro de la misma unidad de raciocinio, con el claro propósito de abundar en argumentaciones en favor de su protegido, y que le impiden a la Corte saber a ciencia cierta el motivo en el cual se fundamenta la petición de absolución, si en la imprudencia de las víctimas, la acción de un tercero, la superposición de estas dos causas, o la existencia de duda probatoria acerca de la responsabilidad del procesado.

Esta forma de alegar, podría ser aceptada ante las instancias, donde el defensor puede, sin más limitación que la derivada del principio de lealtad procesal, plantear a un mismo tiempo pluralidad de situaciones de naturaleza fáctica o jurídica, mas no en sede de casación, donde el carácter técnico del recurso lo obliga a ser claro y preciso en sus planteamientos, y a deslindar unas proposiciones de otras.

Tampoco precisa la casacionista el concepto o sentido de la violación, pues, si bien es cierto anuncia su concreción al iniciar el desarrollo del cargo, incurre en el nada infrecuente error de entenderlo en su acepción gramatical de "opinión, juicio o dictamen", mas no en su significación técnico casacional del modo como se presenta la transgresión de la norma, si por falta de aplicación, aplicación indebida, o interpretación errónea, dejando, de esta manera, baldío dicho aspecto.

Aunque en las anotadas condiciones el cargo planteado deviene inexaminable, no puede la Sala dejar de señalar que la valoración

de las pruebas realizada por los juzgadores de instancia, y sus conclusiones en torno a la responsabilidad penal del procesado Malagón Bermúdez en los hechos, responden a su contenido fáctico, al igual que a los postulados de la lógica, la experiencia y la ciencia, y por ende, que cualquier cuestionamiento en este sentido, resultaría impróspero por carecer de fundamento.

Las explicaciones suministradas por el procesado en indagatoria sobre sus actividades la noche anterior y la mañana de los hechos, fue desechada en las sentencias no solo porque de suyo aparecían fantasiosas, sino porque los resultados del examen de alcoholemia y el estado síquico físico que presentaba al momento de insuceso, dejaban sin soporte sus afirmaciones en el sentido de haber pasado la noche en casa y de no haber ingerido bebidas alcohólicas, salvo los dos o tres tragos recibidos a sus amigos cuando abandonaba en las horas de la mañana la residencia.

Fundamentadas son igualmente las conclusiones del fallo en punto al señalamiento del estado de embriaguez de Malagón Bermúdez como condición causal del resultado a él imputado, y la desestimación de la tesis de la defensa relativa a la concurrencia de otras causas como determinantes del mismo, pues se apoyan en inferencias lógicas obtenidas a partir de la información fáctica registrada en el croquis y planos correspondientes al escenario de los hechos, (fls. 27, 161, 172 y 286-1), y en el testimonio de Jaime Enrique Barrera Fajardo, quien advierte que delante del vehículo causante de la tragedia no había nada que impidiera su marcha, y que las víctimas se desplazaban por la zona de seguridad, a donde ingresó el automotor intempestivamente, "levantando" a la señora y arrollando a sus compañeros (fls.176-1).

Esto, sin aludir al mar de inconsistencias que presenta la versión del procesado, las cuales, dentro del marco de una crítica racional probatoria, inevitablemente conducen a su desestimación, ni a las circunstancias que indican que Malagón Bermúdez, en su recorrido por fuera de la zona vehicular (aproximadamente 60 metros), no realizó maniobra alguna orientada a detener la marcha del vehículo, ni a prevenir a los transeúntes del peligro, situación que contrasta abiertamente con la atenta y lúcida actitud que se afirma habría asumido instantes antes al ser cerrado por otro automotor.

El reproche no prospera.

Cargo segundo:

El cuestionamiento que la impugnante hace dentro de este capítulo de la demanda a la imposición de la pena principal relativa a la suspensión en el ejercicio de la actividad de conducir vehículos

automotores durante dos años, nada tiene que ver con la regulación de los daños y perjuicios decretados en la sentencia. Por consiguiente, su planteamiento al amparo de las causales de casación civil, resulta inaceptable. Además de ello debió proponerse de manera separada y subsidiaria, por tratarse de un cargo autónomo, con indicación del concepto de la violación y de los errores de apreciación probatoria que determinaron la transgresión del precepto sustancial, tarea que en manera alguna intenta cumplir.

Con todo, dígase que esta sanción, en tratándose de homicidio culposo, es de carácter imperativo, conforme a las previsiones del artículo 329 del Código Penal, pero, también, que el ejercicio de esta actividad en estado de embriaguez, o con violación de los límites de velocidad que establecen las normas de tránsito, constituyen claro desconocimiento a las obligaciones que se derivan de su práctica.

Respecto de los reproches que la memorialista dirige contra la condena al pago de los daños y perjuicios causados con los delitos, debe decirse que para acceder a esta clase de alegaciones en casación, cuando media fallo condenatorio, es preciso demostrar que se tiene interés para recurrir, el cual se determina por la cuantía de la pretensión en esta sede, no por el monto de la condena decretada en el fallo, como al parecer lo entendió la casacionista.

Cierto es que la declaración de responsabilidad por este motivo ascendió a tres mil (3.000) gramos oro en moneda nacional, y que esta cifra superaba el interés para recurrir en casación al momento de proferirse la sentencia impugnada, pero el ataque de la demandante no comprende la totalidad de este valor, sino solo una parte, como quiera que se fundamenta en la inaplicación del artículo 2357 del Código Civil, que ordena una reducción en la estimación del daño cuando hay concurrencia de culpas, y en la afirmación de que el seguro habría cancelado los gastos funerarios de ambas víctimas.

Este planteamiento, obligaba a la recurrente a precisar, cuando menos, los valores que deberían ser objeto de descuento por la actividad imprudente de las víctimas y los gastos presumiblemente cubiertos por la aseguradora, con el fin de poder establecer el monto real de su demanda económica.

Dicha exigencia, en modo alguno es satisfecha por la casacionista, quien se limita a plasmar consideraciones de carácter general sobre los aspectos anotados, sin descender al campo de las cifras, situación que impide determinar el valor de su pretensión y, por esta vía, el interés para recurrir, resultando el cargo ab initio inestudiable por este motivo.

En mérito de lo expuesto, *la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. *Cumplase.*

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

UNIDAD PROCESAL

La ruptura de la unidad procesal, cuando no se conculcan las garantías procesales, ninguna consecuencia tiene para la validez del proceso.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: DR. *Jorge E. Cordoba Poveda*

Proceso No. 9429 Aprobado Acta N° 120

VISTOS:

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado José Ignacio Citelly Landázury contra la sentencia del 15 de diciembre de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior de San Juan de Pasto confirmó la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito, el 7 de septiembre anterior, que lo condenó a 38 meses de prisión como autor del delito de Falsedad ideológica en documento público.

HECHOS

En el mes de agosto de 1985, José Ignacio Citelly Landázury reemplazó por el término de quince días al Almacenista de la Administración de Impuestos Nacionales de Pasto, lapso en el que desaparecieron doscientos recibos de pago de impuestos y anticipo de cargas impositivas, discriminados así: cien de la serie R-N del 243001 al 243100 y cien de la serie M-A del 3487501 al 3487600, todos los cuales fueron relacionados en la factura 257 del 24 de agosto de 1985 como enviados a Puerto Leguízamo y que nunca llegaron a ese destino.

Posteriormente, cuando el implicado ya se desempeñaba como Cajero recibidor, empezaron a circular los citados recibos, que fueron inscritos en el kárdex refiriendo pagos de sumas de dinero que no ingresaron al tesoro público.

SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN

El 24 de diciembre de 1986, el Auditor Regional ante la Administración de Impuestos Nacionales de Pasto denunció ante los jueces de instrucción criminal las irregularidades advertidas.

Con base en la documentación anexada a la denuncia, el Juzgado 20 de Instrucción Criminal de Pasto, en proveído del 27 de diciembre de 1986, abrió la investigación penal. En desarrollo de ella fueron vinculadas al proceso, mediante indagatoria, varias personas, entre ellas el almacenista encargado José Ignacio Citelly Landázury, a quien se le resolvió la situación jurídica el 4 de septiembre de 1987, ordenando su detención preventiva.

El 17 de febrero de 1988, el Juzgado instructor clausuró la investigación y al calificarla decidió, en auto del 17 de marzo siguiente, ordenar su reapertura.

Calificada por segunda vez, mediante pronunciamiento del 13 de julio de 1988, el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal dispuso cesar el procedimiento contra todos los procesados vinculados a la actuación, a excepción de José Ignacio Citelly Landázury, contra quien profirió resolución de acusación como responsable de falsedad en documento público.

El 8 de julio de 1991, a petición del Ministerio Público, el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Juan de Pasto decretó una nulidad de rango "constitucional", a partir, inclusive, de la resolución de acusación, por cuanto en ella nada se dijo respecto del supuesto delito de peculado, en razón de los dineros pagados por particulares a título de impuestos y que no ingresaron al erario público.

Al entrar en vigencia el Decreto 2700 de 1991, el asunto fue repartido a la Fiscalía 17, Unidad Especializada, de Pasto, la cual calificó nuevamente la investigación, de tal manera que resolvió acusar a José Ignacio Citelly Landázury del delito de Falsedad ideológica en documento público, precluyó la investigación contra los restantes procesados y ordenó que se compulsaran copias para investigar por separado el presunto delito de Peculado. Esta decisión fue confirmada en su totalidad por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de San Juan de Pasto, en auto del 8 de junio de 1993.

El 10 de agosto de 1993, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, que avocó el conocimiento del proceso, resolvió negativamente la petición de nulidad que formuló el defensor del procesado José Ignacio Citelly Landázury, fundamentada en el trillado argumento de que se había configurado una causal de nulidad por haber separado de esta actuación la correspondiente al delito de peculado.

El 1º de septiembre del año citado se realizó la audiencia pública y siete días después el juez de conocimiento profirió sentencia, condenando a José Ignacio Citelly Landázury a la pena principal de treinta y ocho (38) meses de prisión, como autor del delito de falsedad ideológica en documento público, en concurso; y por ese mismo término le impuso la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

El 15 de diciembre de 1993, el Tribunal Superior de Pasto desató la apelación interpuesta contra la decisión anterior, denegó, nuevamente, la nulidad que de años atrás viene planteando la defensa y confirmó la determinación del a quo.

LA DEMANDA

Con invocación del numeral tercero del artículo 220 del estatuto procesal penal, el casacionista acusa la sentencia de segunda instancia de haber sido proferida en juicio viciado de nulidad que afecta el debido proceso y el derecho de defensa.

En sentir del actor, no se atendió el mandato del artículo 88 del C.P.P, que exige que en un sólo proceso se investiguen simultáneamente los hechos conexos realizados por unos mismos sujetos. Y agrega que la situación que es objeto de este proceso no encaja en ninguna de las previstas por el artículo 14 de la Ley 81 de 1993, en las cuales se admite la ruptura de la unidad procesal.

Como fundamento de su argumentación pregona que aquí se investigaba, de manera primordial, un fraude al patrimonio de la Nación, esto es, la existencia de un delito de peculado, pues la falsedad ideológica de la factura de envío de los recibos a Puerto Leguizamo sólo era el instrumento para cometer tal reato, de tal manera que sin aquella no era posible que éste se realizara. Por ello concluye que sólo hay una conducta punible, pero que aun admitiendo el concurso delictual, el hecho que se debía investigar era el de peculado, al cual debió sumarse la falsedad como delito medio, no obstante lo cual, los jueces de Pasto se dedicaron exclusivamente a ésta.

El recurrente predica que el debido proceso impone que los delitos en concurso se investiguen en un solo diligenciamiento y al no hacerlo se ha conculcado el derecho de defensa porque el implicado se ha visto obligado a atender una doble carga defensiva y a la indefinición de su situación.

El impugnante transcribe y comenta providencias de esta Sala que aluden a la conexidad y a los casos en que es permitido romperla y concluye pidiendo que se case el fallo atacado, se anule el proceso y se indique el estado en que debe quedar.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

El representante del Ministerio Público solicita a la Sala que no case el fallo impugnado, bajo la consideración de que el cargo no debe prosperar. Los argumentos que sustentan ese concepto se resumen a continuación.

En opinión del Delegado, el libelista no logró superar la simple enunciación del fenómeno fáctico consistente en que el delito de peculado no se investigó conjuntamente con el de falsedad, habiéndose proferido sentencia sólo respecto de este último: ello, por cuanto no hizo esfuerzo alguno por demostrar en qué forma esa bifurcación investigativa socavó las bases estructurales del juzgamiento, a pesar de mostrar el conocimiento del texto del artículo 88 del C.P.P. que admite la ruptura de la unidad procesal.

Los argumentos que esboza el censor, tales como que el sentenciado se ve avocado a proveer una nueva defensa, que la definición de su situación jurídica se ha prolongado en el tiempo y que está sometido a una especie de caldera a fuego lento son, en sentir del Procurador, apreciaciones personales distantes de ser entendidas como violaciones a las garantías fundamentales.

Recuerda que el criterio jurisprudencial, tanto en la legislación anterior como en la vigente, ha sido unánime y constante en afirmar que el escueto rompimiento de la unidad investigativa de delitos conexos no trasciende hasta el punto de determinar la invalidación del proceso.

Por otra parte, el conceptuante descarta la posibilidad de que la situación del procesado se vea agravada por una suma aritmética de penas, en caso de que a raíz del nuevo proceso se profiera otra sentencia condenatoria, por cuanto la propia ley ha previsto que en tales circunstancias también se apliquen las disposiciones que aluden al concurso de hechos punibles.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurrente aspira a que la Corte admita la existencia de una nulidad que ha venido alegando en todo el decurso de este proceso y que fue rechazada en las instancias, después de haber entrado en vigencia el Código de Procedimiento Penal promulgado en el Decreto 2700 de 1991. En consecuencia, para presentar su pretensión, invoca la causal tercera de casación y enuncia como irregularidad procedimental la transgresión del artículo 88 del C. P. P, afirmando que se han violado el debido proceso y el derecho de defensa.

El acontecimiento procesal que califica de irregular y que utiliza como pilar de su demanda consiste en que en este proceso se investi-

gó, juzgó y condenó al implicado por el delito de falsedad documental, habiendo quedado diferidos la investigación y juzgamiento del supuesto delito de peculado, involucrado en la realización de los mismos hechos, al desarrollo de una actuación adelantada en forma separada y sobre copias de este expediente.

Al respecto la Sala observa que el principio de la unidad procesal está consagrado en el artículo 88 del C. de P.P y consiste en que para cada hecho punible se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales o legales, y en que los hechos punibles conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente.

Esta regla de procedimiento está ampliamente justificada, no sólo por razones de economía procesal, pues la unidad de sujeto activo y la comunidad de prueba ahorran esfuerzos al aparato de justicia, sino porque busca que el proceso se adelante con orden y coherencia.

Sin embargo, no siempre es posible investigar y juzgar conjuntamente a todos los copartícipes o todos los hechos punibles, sino que hay razones que imponen la ruptura de esa unidad, siendo, por ende, ordenada por la ley, como ocurre en los casos previstos en el art. 90 del C. de P.P.

Hay otros eventos, como el que ocupa la atención de la Sala, en que la ley permite su rompimiento con la condición de que no se afecten las garantías constitucionales.

En consecuencia, la ruptura de la unidad procesal, cuando no se conculcan las garantías procesales, ninguna consecuencia tiene para la validez del proceso.

En el caso presente, el censor no logra trascender el yerro que enuncia, esto es, no demuestra cómo la ruptura de la unidad procesal produjo una lesión a los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de su representado. Su opinión en el sentido de que la defensa se vio afectada porque el sentenciado tiene que afrontar una doble carga defensiva y mantener una situación de indefinición, no pasa de ser, como lo sostuvo el Procurador Delegado, una simple apreciación personal, estando tales circunstancias lejos de ser entendidas como violatorias de las garantías fundamentales, pues es elemental que un ciudadano asuma su defensa por cada transgresión de la ley penal que se le impute.

De igual forma se rechaza el argumento de que la prolongación en el tiempo puede constituir violación de las garantías fundamentales, habida cuenta que las consecuencias de la tardanza se

encuentran generalmente reguladas en la ley, como la sanción al funcionario si ésta es injustificada, la libertad del procesado, la extinción de la facultad punitiva del Estado por prescripción, etc, sin que puedan seguirse otra clase de consecuencias, (como lo ha sostenido la Sala -Casación 9079, octubre/96. M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda-), y mucho menos la afectación del derecho de defensa. Además, no se ve cómo tal garantía pueda vulnerarse con la prolongación de la actuación procesal.

Por otra parte, y tal como lo conceptuó el agente del Ministerio Público, en el evento de ser condenado el acusado por el delito de peculado, no se haría más gravosa su situación, en cuanto a la pena imponible, toda vez que el artículo 505 del C. de P.P. modificado por el 60 de la ley 81 de 1993, prevé que "las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de hechos punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente"

Así las cosas, es forzoso concluir que la ruptura de la unidad procesal, para investigar y juzgar separadamente el punible de peculado que se ha atribuido a José Ignacio Citelly Landázury, se realizó dentro de los parámetros que establece la propia ley de procedimiento y que desde ningún punto de vista se advierten violaciones a las garantías fundamentales del debido proceso y el derecho de defensa, motivo que impide atender la pretensión del demandante.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Santiago Beracazar Hoyer Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL / TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

No es simple casualidad, ni responde a mera liberalidad, que ni el Fiscal, ni la parte civil, ni el tercero civilmente responsable, tengan restringida la posibilidad de solicitar el juicio de necesidad que únicamente la Corte puede formular en función de la procedencia del recurso, ni que los motivos de su admisibilidad sean limitados. Tampoco que tratándose de esta vía excepcional pierdan preponderancia las finalidades de reparación de agravios inferidos a las partes o de efectividad del derecho material (art. 219 C.P.P.), aunque eventualmente la prosperidad del recurso pueda conducir a ellas.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

Proceso No. 12862 Aprobado Acta No. 120

VISTOS:

Resuelve la Sala lo pertinente en torno al recurso de casación excepcional interpuesto por el apoderado del tercero civilmente responsable, contra la sentencia del 7 de noviembre de 1996 expedida por el Juzgado 36 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante la cual fue condenado *Wilson Eduardo Tinoco Peña* por el delito de lesiones personales culposas.

ANTECEDENTES Y RECURSO

Hacia las 10 de la noche del 16 de octubre de 1992 *Wilson Eduardo Tinoco Peña*, quien conducía ebrio y a alta velocidad, atropelló al motociclista *José Gabriel López Espitia* a la altura de la calle 25 con la carrera 105 de Bogotá. Este recibió varias lesiones que le determinaron una incapacidad definitiva de 120 días, con secuelas consistentes en deformidad física en el cuerpo, perturbación funcional del órgano de la locomoción, perturbación funcional del miembro inferior izquierdo, todas de carácter permanente.

El Juzgado 56 Penal Municipal, con sustento en la resolución acusatoria que el Fiscal Local 249 le formuló a *Tinoco Peña* el 5 de septiembre de 1995, lo condenó el 13 de septiembre de 1996, a la pena principal de 15 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de $2.982.937.oo y 1.000 gramos oro, solidariamente con el tercero *Máximo Cubillos Guevara,*[1] por concepto de daños y perjuicios, al hallarlo responsable del delito de lesiones personales culposas agravadas.

Apelada la sentencia fue confirmada en su integridad por el Juzgado 36 Penal del Circuito mediante providencia del 7 de noviembre de 1996, contra la cual el apoderado del tercero civilmente responsable interpuso el recurso de casación en la modalidad de discrecional.

Sostiene el recurrente, en primer lugar, que en la calidad que ostenta se encuentra legitimado para la utilización del recurso excepcional y que la tesis reiterada de la Sala, según la cual sólo se encuentran autorizados para la interposición del recurso el Procurador, su delegado, o el defensor del procesado, desconoce el principio de igualdad previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal. Recuerda que el tercero civilmente responsable cuenta con los mismos derechos de los demás sujetos procesales, como lo precisa el artículo 155 de la misma obra, y que el inciso 3º. del artículo 218, el cual consagra la casación discrecional, alude al defensor sin señalar si se refiere al del procesado o al del tercero civilmente responsable.

"Siendo el tercero civilmente responsable un sujeto procesal, representado formalmente por un defensor a lo largo de la acción penal; existiéndole los mismos intereses que le son propios al procesado, ya que se les atribuye una solidaridad en materia de responsabilidad, no hay duda respecto a su legitimación, titularidad para recurrir extraordinariamente en casación discrecional", concluye el peticionario.

En cuanto a las razones que suministra para que el recurso de casación le sea concedido, afirma que a su representado se le conculcaron sus garantías fundamentales. En la demanda de constitución de parte civil, dice, se presentó la primera "grave omisión que a lo largo del proceso va a constituir una violación al derecho de defensa". La misma se dirigió contra *William Eduardo Tinoco Peña* y el tercero civilmente responsable *Máximo Cubillos Guevara,* pero respecto de éste no se señala cuál fue el hecho constitutivo de su responsabilidad, en virtud del cual debía responder patrimonialmente. "Al no ser indicado este aspecto fundamental

en la demanda, menos aún se puede afirmar que se hubiere demostrado en el proceso, ello, por cuanto ... se ignora hasta hoy el hecho generador de responsabilidad", expresa el apoderado. Y agrega que en ningún momento se le indicó a su representado "...cuál era el fundamento de su vinculación, la causa generadora de su responsabilidad por la cual estaría llamado a responder, no se le dijo qué clase de responsabilidad se le imputa, penalmente hablando, no se le dijo de qué tenía que defenderse, lo que constituye un grave yerro, una violación a las formas propias del juicio, una violación al derecho de defensa".

Manifiesta finalmente que al guardar silencio los juzgadores frente a la mencionada omisión de la demanda, resultó vulnerado el debido proceso. "Los fallos proferidos, en especial el de segunda instancia carece totalmente de motivación, no se escuchan ni se resuelven los planteamientos de la defensa hasta el punto de terminar el proceso sin conocerse el tipo de responsabilidad atribuible a mi defendido", concluye el abogado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de Casación es, en el sistema jurídico Colombiano, una vía extraordinaria de impugnación. Ello significa que no procede frente a todas las decisiones de la jurisdicción, ni es viable por cualquier motivo, ni es de libre formulación. Si bien la Constitución Política ha previsto su existencia en el numeral 1º. Del art. 235, la misma ha dejado al ámbito de libertad que es propio del legislador, la manera como esté disciplinado el recurso, las finalidades declaradas del mismo y las exigencias de tipo material y formal para que prospere.

No es extraño, entonces, que sea un recurso limitado, y antes bien dichas limitaciones han sido consustanciales a su existencia a través del tiempo y del derecho comparado.

En lo que tiene que ver con el Decreto 2700 de 1991 y con las discusiones que lo precedieron, se sabe que en algún momento se propuso una Casación que permitiera recurrir todas las sentencias, dividiéndose, eso sí, la competencia para resolverlo, entre la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores. La idea finalmente no prosperó. En cambio fué abierta la posibilidad de que todos los procesos penales fueren susceptibles del recurso; de manera ordinaria respecto de las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales (Superiores de Distrito, Penal Militar y Nacional), a condición de que se trate de delitos cuyo máximo de pena privativa de la libertad sea o exceda de 6 años, aunque la sanción impuesta haya sido medida de seguridad; y de manera excepcional cuando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, lo acepte.

Ello condicionado a que se trate de casos distintos de los aludidos, que la Corte lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, y que haya sido así solicitado por el Ministerio Público (El Procurador o su delegado) o por el defensor del acusado.

No es entonces simple casualidad, ni responde a mera liberalidad, que ni el Fiscal, ni la parte civil, ni el tercero civilmente responsable, tengan restringida la posibilidad de solicitar el juicio de necesidad que únicamente la Corte puede formular en función de la procedencia del recurso, ni que los motivos de su admisibilidad sean limitados. Tampoco que tratándose de esta vía excepcional pierdan preponderancia las finalidades de reparación de agravios inferidos a las partes o de efectividad del derecho material (art. 219 C.P.P.), aunque eventualmente la prosperidad del recurso pueda conducir a ellas.

Entendido así el recurso, aún planteado en términos de su selectividad discrecional, es entonces comprensible que el legislador haya concebido la potestad de invocar la procedencia de su examen, en principio, en cabeza del Ministerio Público, sujeto procesal a quien corresponde como función específica la garantía de observancia de los derechos fundamentales, y que actúa en interés de la sociedad y en defensa del orden jurídico (131 C.P.P.), y que por extensión garantista, hubiese abierto la facultad de solicitarlo, al defensor del acusado. Guardadas algunas diferencias menores, evoca la Corte la denominada en vieja legislación Italiana "Casación Extraordinaria en Interés de la Ley", como facultad exclusiva del Procurador General, cuando tuviese la convicción de que las sentencias y ordenanzas firmes por inactividad de las partes no respondían a la justicia, con el fin de defensa de la ley.. (Florián; Elementos de Derecho Procesal Penal).

Tratándose pues de una potestad para obtener de la Corte el examen de necesidad que frente a un probable pronunciamiento puede conducir a la protección de una garantía o a la unificación de la jurisprudencia, cualquier consideración sobre el principio de igualdad sería descartable, amén de que miradas las cosas desde las perspectivas de los intereses particulares de la parte civil o del civilmente responsable, no se podría resolver el dilema con respecto al Fiscal, como sujeto procesal, ni en relación con otros eventuales intervinientes procesales que pudiesen recibir agravios a su postura procesal o a sus pretensiones, como no fuera desaplicando la norma (art. 218 inc. 3) para extender la autorización de manera indiscriminada y absoluta.

Esta misma clase de dificultades se opone a una interpretación extensiva del concepto de defensor, e impide aceptar la proposición

del solicitante. Es que el ámbito específico con que la ley procesal colombiana define a quien representa técnicamente al acusado es, además de repetitivamente unívoco, también por oposición indubitable. No puede pasarse por alto que la ley designa como apoderado de la parte civil a quien siendo abogado titulado representa al perjudicado, y que por la misma vía la ley procesal civil denomina como apoderados a quienes ejercen, privativamente, el derecho de postulación en sentido estricto. Tampoco, que el Código de Procedimiento Penal suprimió definitivamente la dualidad apoderado - defensor para distinguir a quien asiste jurídicamente al imputado en el sumario y al acusado en el juicio, y que antes bien consolidó el principio de unidad de defensa en distintas previsiones normativas. No hay pues lugar a equívocos en ésta materia pues ni se presenta oscuridad de texto legal, ni se justifica un tratamiento de amplitud que no requiere la institución.

Todo lo expuesto para señalar que no existe motivo para variar lo que hasta ahora ha constituido la postura de la Sala frente al texto del inciso 3º. del art. 218 del Código de Procedimiento Penal y que en consecuencia se inadmitirá el recurso de Casación que por vía de excepción, pero sin legitimación para invocarlo, pretende el apoderado representante del tercero civilmente responsable en este asunto.

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

RESUELVE:

No conceder el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del tercero civilmente responsable *Máximo Cubillos Guevara*.

Devolver el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese y cumplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FISCAL GENERAL DE LA NACION - *Competencia*

Una vez más debe reiterar la Sala que en los asuntos de exclusiva competencia del Fiscal General de la Nación, señalados por la Constitución Política (art. 251) y la ley, y respecto de las investigaciones que atañen a sujetos aforados, no le está permitido delegar las funciones especiales que privativamente se le han atribuido, debiendo asumirlas y ejercerlas directamente.

No obstante, dada la multiplicidad de funciones que administrativa y judicialmente debe cumplir, nada impide que en aras de la celeridad y eficacia de la instrucción y con el fin de asegurar los medios de prueba y evitar que los rastros y vestigios de la ilicitud desaparezcan, comisione a delegados de su dependencia para la práctica de actos procesales que no cambien su potestad funcional frente a los asuntos que le son privativos.

El fuero obliga a que las decisiones fundamentales para los fines del proceso sean tomadas directamente por él, tales como abrir o no investigación, definir la situación jurídica, calificar el mérito del sumario y todas las análogas, pues lo contrario implicaría despojar del fuero y de la garantía de ser investigado y acusado por un funcionario especial como el Fiscal General, al amparado con él. Por tal motivo, tales atribuciones no pueden ser delegadas, so pena de quedar afectadas de nulidad. Pero en cambio, si puede comisionar para la práctica de pruebas y diligencias que no comporten la toma de decisiones de fondo relacionadas con los objetivos del proceso penal y en las que el comisionado es un instrumento para cumplir con el deber oficial.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda.*

Proceso No. 13085. Aprobado Acta N° 120 (octubre 7/97).

VISTOS

Vencido el término previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, resuelve la Corte la petición de nulidad formulada por el defensor del procesado *Heraclio Vega Goyeneche*.

LA PETICION

Sostiene el memorialista que la diligencia de ampliación de indagatoria, llevada a cabo el día 22 de junio de 1995, así como "todas las demás que guarden una íntima vinculación con dicha actuación procesal, tales como la resolución por medio de la cual se resolvió la situación jurídica y aquellas en virtud de las cuales se dispuso el cierre de la presente investigación y la convocatoria a juicio de mi defendido", están viciadas de nulidad.

Asevera que la irregularidad sustancial surge por cuanto que el Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, no estaba comisionado en debida forma para adelantar la ampliación de indagatoria.

Como quiera que en dicha diligencia el procesado suministró nuevas informaciones a la investigación, las cuales fueron tomadas por la Fiscalía para resolverle su situación jurídica y acusarlo ante esta Corporación, y teniendo en cuenta que los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema no tienen competencia para adelantar investigaciones en contra de sujetos aforados, según así se desprende del pronunciamiento de inconstitucionalidad del numeral 1° del artículo 121 del Código de Procedimiento Penal, la nulidad es el remedio procesal a tomar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Una vez más debe reiterar la Sala que en los asuntos de exclusiva competencia del Fiscal General de la Nación, señalados por la Constitución Política (art. 251) y la ley, y respecto de las investigaciones que atañen a sujetos aforados, no le está permitido delegar las funciones especiales que privativamente se le han atribuido, debiendo asumirlas y ejercerlas directamente.

No obstante, dada la multiplicidad de funciones que administrativa y judicialmente debe cumplir, nada impide que en aras de la celeridad y eficacia de la instrucción y con el fin de asegurar los medios de prueba y evitar que los rastros y vestigios de la ilicitud desaparezcan, comisione a delegados de su dependencia para la práctica de actos procesales que no cambien su potestad funcional frente a los asuntos que le son privativos.

El fuero obliga a que las decisiones fundamentales para los fines del proceso sean tomadas directamente por él, tales como abrir o

no investigación, definir la situación jurídica, calificar el mérito del sumario y todas las análogas, pues lo contrario implicaría despojar del fuero y de la garantía de ser investigado y acusado por un funcionario especial como el Fiscal General, al amparado con él. Por tal motivo, tales atribuciones no pueden ser delegadas, so pena de quedar afectadas de nulidad. Pero en cambio, si puede comisionar para la práctica de pruebas y diligencias que no comporten la toma de decisiones de fondo relacionadas con los objetivos del proceso penal y en las que el comisionado es un instrumento para cumplir con el deber oficial.

De acuerdo a las precedentes premisas, debe señalarse que no le asiste razón al señor defensor del acusado, por cuanto que el Fiscal Delegado ante esta Corporación que el día 22 de junio de 1995 amplió la diligencia de indagatoria del sindicado, estaba comisionado para adelantar las diligencias tendientes al perfeccionamiento de la investigación, como así se desprende de la resolución de fecha 10 de febrero del mismo año, visible al folio 294 del cuaderno N° 1.

Fue por ello que dicha diligencia no fue cobijada por los efectos de la nulidad que el Fiscal General de la Nación declaró mediante resolución del 18 de octubre de 1996 (fl. 215, cuaderno original N° 2).

Por lo tanto, como quiera que el citado funcionario estaba legalmente comisionado para la práctica de la ampliación de indagatoria, la Sala no decretará la nulidad invocada por el señor defensor del acusado.

Por lo brevemente expuesto. *La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.*

Resuelve:

NO DECRETAR LA NULIDAD invocada por el señor defensor del procesado *Heraclio Vega Goyeneche.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia (No firmó), *Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

13085 ACLARACION DE VOTO

Huelga advertir que comparto la decisión de la Sala, toda vez que mi único disentimiento con la providencia está en la afirmación que hace en su parte motiva de que el Fiscal General sólo puede comisionar "*para la práctica de pruebas y diligencias que no comporten la toma de decisiones de fondo relacionadas con los objetivos del proceso penal y en las que el comisionado es un instrumento para cumplir con el deber oficial*", excluyendo las resoluciones que deciden sobre la apertura de investigación o la situación jurídica del aforado "*y todas las análogas*", pues mantengo el criterio de que, en la instrucción de los procesos contra funcionarios con fuero constitucional y en los términos que reconoce la Corte Constitucional en la sentencia C-472 del 20 de octubre de 1994 cuando señala el alcance de la facultad comisoria que establece el art. 17 de la ley 81 de 1993, el Fiscal General bien puede comisionar a sus Delegados ante la Corte Suprema de Justicia para la práctica de cualquier actuación distinta a la calificación del sumario o a la preclusión dispuesta antes de cerrar la fase investigativa; con tal de que lo haga directamente y en forma específica dentro de un proceso determinado, no *in genere* o por vía de delegación, pues también estoy de acuerdo con la Sala en que esta última forma de desprendimiento de funciones vicia de nulidad las actuaciones cumplidas por el delegado.

Con mi acostumbrado respeto.

Fecha *ut supra*

Jorge Aníbal Gómez Gallego.
Magistrado

13085 ACLARACION DE VOTO

Comparto la decisión de la Sala para este específico asunto, aunque disiento de las afirmaciones que en ella proscriben la posibilidad que tiene el Fiscal General de la Nación para comisionar a sus delegados, en general para la actuación procesal y la toma de decisiones.

Creo que por estar expresadas mis razones de manera amplia en anteriores salvamentos de voto, es suficiente remitirme a ellas. Para ese efecto baste citar los de (Unica. No. 11.738 de jul 25/96 M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia; Unica 11.674 de agos 28/96 M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; Unicas 11.737 sept. 18/96 y 11.596 nov. 5/96 con ponencia de este despacho).

Con todo respeto.

Carlos E. Mejía Escobar.

EXTORSIÓN - *Competencia*

El numeral 4° del artículo 71 del C. de P.P. en concordancia con el 16 de la ley 282 de 1996, establece que es de competencia de los jueces regionales el delito de extorsión, cuando la cuantía de lo exigido inicialmente sea o exceda de 150 salarios mínimos legales mensuales.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal· Santafé de Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 13658 Aprobado acta N° 120 (octubre 7/97)

VISTOS

Resuelve la Corte la colisión negativa de competencias surgida entre un Juzgado Regional de la ciudad de Barranquilla y el Juzgado Penal del Circuito de Riohacha (Guajira), dentro de la causa que se adelanta contra *Nilson José Rocha Martínez* y *José Concepción Oñate García*, por los delitos de extorsión en grado de tentativa y porte ilegal de armas de defensa personal.

HECHOS

En las horas de la mañana del 13 de agosto de 1996, el señor Florentino Bruges Granados recibió una llamada telefónica de presuntos miembros de un frente de la FARC-EP, mediante la cual, en forma amenazante, se le exigía la entrega de 25 fusiles o la suma de $ 25.000.000, como colaboración a esa organización insurreccional, cifra ésta que después de varias negociaciones quedó en $ 15.000.000.

Cuando se iba a producir la entrega del dinero, el Grupo GAULA de la Policía Nacional capturó a *Nilson José Rocha Martínez y José Concepción Oñate García*, persona esta última a quien se le encontró un arma de fuego de defensa personal.

ANTECEDENTES

1. Un Fiscal Regional de la ciudad de Barranquilla, mediante decisión del 29 de mayo de 1997, profirió resolución de acusación

en contra de los citados sindicados, por el delito de extorsión en grado de tentativa. A Oñate García se le acusó también por el punible de porte ilegal de armas de defensa personal.

2. El expediente pasó a un Juzgado Regional de la misma ciudad que, por auto del 15 de agosto del año en curso, se declaró incompetente para conocer del diligenciamiento, en razón a que la suma definitiva acordada entre victimarios y víctima fue de $15.000.000 y no de $25.000.000, como se propuso inicialmente.

Por tal motivo, ordena la remisión del proceso al Juez Penal del Circuito de Riohacha, para lo de su cargo, proponiéndole colisión negativa de competencias.

Por su parte, el Juzgado Penal del Circuito de Riohacha se abstuvo de conocer del asunto, por cuanto que, en su criterio y conforme a la ley vigente, la misma radica en la justicia regional. Al respecto dijo:

"Contrariamente a lo sostenido por el juzgado remitente, considera este Despacho, que la competencia, en razón de la cuantía, para el fallo de este proceso radica en los juzgados regionales, y no en los juzgados penales del circuito; habida cuenta que el tenor del artículo 16 de la ley 282 de 1.996, es suficientemente claro al disponer que:

"*Competencia por cuantía para extorsión.* En los procesos por delito de extorsión, *la competencia por razón de la cuantía se fijará en atención al valor inicialmente exigido.* (Las subrayas no son tel texto).

"A no dudarlo, como lo reconoce el juzgado remitente, en principio la cantidad exigida fue la de $25.000.000.oo, suma esta que supera los 150 salarios mínimos legales mensuales.

"En consecuencia, habrá de aceptarse la "*colisión negativa*" de competencia propuesta por el señor Juez Regional de Barranquilla y remitirse el expediente a la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, para que dirima el conflicto suscitado (Art. 68-5 del C. de P.P.)".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Razón le asistió al Juzgado Penal del Circuito de Riohacha para rechazar el conocimiento del proceso que por el delito de extorsión en grado de tentativa y porte ilegal de armas, se le sigue a Nilson José Rocha Martínez y José Concepción Oñate García.

En efecto, el numeral 4° del artículo 71 del C. de P.P, en concordancia con el 16 de la Ley 282 de 1996, establece que es de

competencia de los jueces regionales el delito de extorsión, cuando la cuantía de lo exigido *inicialmente* sea o exceda de 150 salarios mínimos legales mensuales.

Así, entonces, como quiera que el valor de lo exigido inicialmente por los procesados fue la suma de $25.000.000.oo, y en razón a que el valor del salario mínimo para la época de los acontecimientos, esto es, en el año de 1.996, era de $ 142.125.oo, la competencia para conocer del presente proceso radica en el Juzgado Regional de la ciudad de Barranquilla.

Por lo anterior, se ordenará remitir el diligenciamiento al Juzgado Regional para lo de su cargo.

De otra parte, llama la atención de la Sala la actitud de este funcionario para separarse del conocimiento del proceso, por cuanto que el texto de la norma es tan claro que no se presta a equívoco alguno.

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

RESUELVE

DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Regional de la ciudad de Barranquilla. En consecuencia, remítasele el expediente e infórmesele de esta decisión al Juzgado Penal del Circuito de Riohacha.

Comuníquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINO - *Prórroga*

Claro debe quedar que los actos procesales de las partes deben cumplirse en los términos y oportunidades señalados por la ley, o en su defecto por el juez, siendo perentorios, con excepción de la prórroga contemplada en el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, mediante decisión que toma el funcionario judicial que conoce de la actuación.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Cordoba Poveda*

Proceso No. 13499 Aprobado acta N° 120 (octubre 7/97)

VISTOS

Resuelve la Corte lo que en derecho corresponda, respecto al trámite dado a la demanda de casación presentada a nombre del procesado *Wilson Nunil Vera Perilla.*

ANTECEDENTES

1. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Monterrey (Casanare), mediante sentencia del 16 de mayo de 1996, condenó al acusado Wilson Nunil Vera Perilla a la pena principal de 25 años y 6 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como autor del delito de homicidio simple en la persona de Nilsa Enit Gómez Fernández.

2. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, al conocer del recurso de apelación interpuesto por el defensor contra el fallo de primera instancia, por sentencia del 9 de octubre del mismo año, lo confirmó en lo fundamental.

3. Interpuesto por el acusado el recurso extraordinario de casación, el mismo fue concedido el 10 de abril de 1997, auto que fue notificado por estado el 16 de abril siguiente.

Teniendo en cuenta la ejecutoria de la mencionada decisión, el término de traslado para la presentación de la correspondiente

demanda, empezó a correr el día 22 de dicho mes y año, venciéndose el 5 de junio siguiente.

Mediante memorial presentado el 26 de mayo de 1997, el procesado solicitó la prórroga del término para la presentación de la demanda, petición que fue denegada por el Tribunal, con auto del 5 de junio de dicho año, providencia que cobró ejecutoria el día 27 del mismo mes.

El defensor público del procesado presentó la demanda de casación el 17 de junio de 1997, a las ocho y treinta de la mañana.

Al folio 72 del cuaderno del Tribunal obra constancia secretarial que textualmente reza:

"El término de traslado al recurrente en casación, se suspendió desde mayo 27/97 hasta junio 24/97, se reanuda a las 8 a.m.- de hoy veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997), vence a las 8 p.m.- del día 7 de julio de 1997".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Claro debe quedar que los actos procesales de las partes deben cumplirse en los términos y oportunidades señalados por la ley, o en su defecto por el juez, siendo perentorios, con excepción de la prórroga contemplada en el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, mediante decisión que toma el funcionario judicial que conoce de la actuación.

Ahora bien, debe advertirse que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 186 ibidem, la providencia que decide sobre la prórroga es de sustanciación, de inmediato cumplimiento, y contra ella no procede recurso alguno.

Lo anterior tiene como finalidad que el término que transcurre no se vea afectado ni suspendido por el trámite de la solicitud de prórroga, pues de lo contrario se prestaría para burlar los plazos con que cuentan los sujetos procesales, además de que resultaría ilógico que la prórroga negada por el funcionario judicial fuese de hecho concedida por las notificaciones irregulares y por la suspensión secretarial de los mismos, mientras cobra ejecutoria la decisión en que se deniega.

Sobre el respeto que se debe tener a los términos, ha dicho la Corte:

"La Sala en varias oportunidad ha aclarado, siguiendo los lineamientos de la normatividad vigente, que los términos son de riguroso cumplimiento y que no puede dejarse su aplicación al arbitrio de los empleados o funcionarios judiciales. Si tal cosa se permitiera, desaparecería la seguridad jurídica que de ellos dimana,

quedando sujeto el proceso a las interpretaciones caprichosas de quienes en un momento dado deben darles su curso en las actuaciones encomendadas.

"Desde su entrada en vigencia, la ley debe cumplirse sin que se acepten excusas sobre su poco o ningún conocimiento. En lo que se refiere a los términos en sí, su conteo aritmético es el que prima sin que haya lugar a elucubraciones de ninguna especie. Y si alguna duda quedare respecto de su aplicación en determinado evento por oscuridad de la norma que lo contempla, la luz la brinda la jurisprudencia que, en este supuesto, ha sido múltiple y suficiente para solucionar cualquier problema que pudiere presentarse". (auto del 25 de julio de 1994. Rad. Nº 9418).

Así las cosas, como quiera que en este asunto no operó la prórroga solicitada, la demanda de casación debió presentarse, a más tardar, el 5 de junio de 1997, fecha en la cual se venció el término de los treinta días, señalado para el efecto.

Por lo tanto, la constancia secretarial en precedencia transcrita no podía habilitar los términos referidos, lo que indica que dicha demanda fue presentada extemporáneamente por haber sido entregada el 17 de junio del mencionado año.

En razón de la extemporaneidad del libelo, el recurso extraordinario de casación será declarado desierto.

Por lo brevemente expuesto, *La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *Wilson Nuñil Vera Perilla*, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Contra esta decisión no cabe recurso alguno (art. 197 del C. de P.P.).

Devuélvase al Tribunal de origen.

Comuníquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DETENCION DOMICILIARIA/ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

Tratándose de la detención domiciliaria, ha sido reiterada y constante la posición de la Sala en el sentido de que se trata de una medida de aseguramiento autónoma e independiente de la detención preventiva.

Igualmente, ha sido también constante y pacífico el criterio en el sentido de que habiéndose concedido la detención domiciliaria en el transcurso del proceso, medida que implica que la privación de la libertad, sin excarcelación, que se cumple en el domicilio del procesado, al proferirse sentencia de condena negando el subrogado de la condena de ejecución condicional, la orden de cumplir la pena impuesta, implica, de suyo, la consecuente captura para que al procesado pueda trasladársele al sitio de reclusión, ya que por mandato del artículo 198, inciso primero del C.P.P., "se cumplirán de inmediato", pues "la finalidad del beneficio consagrado en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal (artículo 53 de la ley 81 de 1993) apunta exclusivamente a que el sindicado vaya descontando pena en su domicilio mientras el Estado decreta su responsabilidad. Proferida la sentencia de condena y determinada la pena que le corresponde al procesado, en aquellos casos en que el Juez considere improcedente la concesión del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal tendrá que revocar el beneficio concedido (detención domiciliaria), para hacer efectivo el cumplimiento de la sanción impuesta en el fallo de condena. Esto se afirma sin perjuicio de las excepciones consagradas en los artículos 44 y ss. de la ley 81 de 1993" (Auto de noviembre 9 de 1993, M.P., Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 13287. Aprobado Acta No. 123.

VISTOS

Se pronuncia la Sala respecto de la petición elevada por el defensor del *César Iván Galindo Zuluaga*, en el sentido de que se le "retorne" a dicho procesado "la detención domiciliaria de la que venía gozando cuando se dictó el fallo de primera instancia".

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN.

Manifiesta el petente que habiéndosele concedido al procesado la detención domiciliaria cuando se le resolvió la situación jurídica en este proceso, en el que al tiempo que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación, se le sustituyó por aquella, cuando la Juez de primera instancia profirió sentencia condenatoria negándole el subrogado de la suspención condicional de la ejecución de la sentencia, revocó la detención domiciliaria ordenando su inmediata captura, siendo que, el "encarcelamiento", en su criterio, no podía cumplirse hasta tanto no cobre ejecutoria la sentencia que ahora se encuentra recurrida en casación.

Para sustentar sus afirmaciones, cita, por demás fuera de contexto, jurisprudencia de la Sala, concluyendo a partir de allí, que siendo la detención domiciliaria una medida de aseguramiento que tiene naturaleza autónoma, "no puede ser estimada, por tanto, como una simple sustitución de la detención preventiva sin excarcelación"; por ello, en caso de negativa del subrogado de la condena de ejecución condicional, quien durante el proceso viene privado de la libertad domiciliariamente, "no está sujeto a la regla establecida en el artículo 198 del C. de Penal para aquellos eventos en los cuales durante el proceso se hubiese proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación': *'Su cumplimiento inmediato'*", pues su fundamento está, agrega, en la sentencia y no en la medida de aseguramiento.

ANTECEDENTES

1º. Por resolución del 14 de septiembre de 1995, la Unidad de Fiscalías de la Dorada (Caldas) le resolvió la situación jurídica a *César Iván Galindo Zuluaga*, por hechos cometidos cuando se desempeñaba como Secretario de dicha unidad, profiriendo en su contra medida de aseguramiento de conminación, imputándole el delito de peculado culposo (f. 120).

2º. El 14 de noviembre de 1995, se declaró cerrada la investigación (f. 142); habiéndose calificado el mérito probatorio del sumario por resolución del 19 de diciembre del mismo año con resolución acusatoria en contra del procesado por el mismo delito imputado en la definición de la situación jurídica, disponiendo que el mismo "continuará en libertad".

3º. Apelada la anterior decisión, el 28 de febrero de 1996, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Manizales la confirmó en todas sus partes.

4º. En la etapa del juicio, el Juzgado 2º Penal del Circuito de la Dorada (Caldas), mediante auto del 16 de abril de 1996, decretó la acumulación de la causa No. 2364 que por los punibles de Peculado y Falsedad que cursaba en ese mismo Despacho, contra *GIRALDO Zuluaga*.

En el referido proceso, mediante resolución del 30 de octubre de 1995, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales, profirió, contra dicho procesado, medida de aseguramiento de detención preventiva, "sin lugar a excarcelación", como presunto responsable de los delitos de peculado por apropiación y falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documentos públicos, en concurso material, al tiempo que ordenó "en aplicación del art. 396 del C. de P.P... la detención domiciliaria —a *Galindo Zuluaga*—, que se cumplirá en el lugar de su residencia" imponiéndole como caución la suma de $ 20.000, solicitando igualmente su suspensión en el cargo (f. 373) a la que se le dio cumplimiento mediante resolución No. 003476 del 31 de octubre de 1995, emanada de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía de Manizales (f. 429).

En la misma investigación, el 6 de febrero de 1996, se profirió resolución acusatoria por los mismos delitos previamente imputados al definírsele la situación jurídica al procesado, disponiendo que el procesado *Galindo Zuluaga* "seguirá en la detención domiciliaria que le fuera concedida para lo cual servirá la misma caución depositada".

5º. Así, mediante sentencia del 17 de octubre de 1996, el Juzgado 2º Penal del Circuito de Manizales, dictó sentencia condenatoria en contra del incriminado, imponiéndole como pena principal 50 meses de prisión y multa de $ 2.175.000,oo y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 3 años como autor de un concurso de delitos de peculado por apropiación, destrucción, supresión y ocultamiento de documento público y peculado culposo, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional, ordenando que "como este se encuentra en detención domiciliaria se ordenará su inmediata conducción a la Cárcel Nacional de Varones de Manizales Caldas, a fin de efectivizar la pena impuesta, por lo tanto se librarán las órdenes correspondientes para este efecto".

Apelada la anterior, decisión por sentencia del 4 de febrero del año en curso, el Tribunal Superior de Manizales, la confirmó; decisión contra la que el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación que actualmente se encuentra en trámite.

CONSIDERACIONES

Como quiera que el defensor del procesado sustenta su petición en una transcripción que hace fuera de contexto de jurisprudencia de esta Sala, en la que fungió como ponente quien ahora cumple la misma función, resulta necesario, hacer las siguientes precisiones:

1º. Tratándose de la detención domiciliaria, ha sido reiterada y constante la posición de la Sala en el sentido de que se trata de una medida de aseguramiento autónoma e independiente de la detención preventiva.

2º. Igualmente, ha sido también constante y pacífico el criterio en el sentido de que habiéndose concedido la detención domiciliaria en el transcurso del proceso, medida que implica que la privación de la libertad, sin excarcelación, que se cumple en el domicilio del procesado, al proferirse sentencia de condena negando el subrogado de la condena de ejecución condicional, la orden de cumplir la pena impuesta, implica, de suyo, la consecuente captura para que al procesado pueda trasladársele al sitio de reclusión, ya que por mandato del artículo 198, inciso primero del C.P.P., "se cumplirán de inmediato", pues "la finalidad del beneficio consagrado en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal (artículo 53 de la ley 81 de 1993) apunta exclusivamente a que el sindicado vaya descontando pena en su domicilio mientras el Estado decreta su responsabilidad. Proferida la sentencia de condena y determinada la pena que le corresponde al procesado, en aquellos casos en que el Juez considere improcedente la concesión del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal tendrá que revocar el beneficio concedido (detención domiciliaria), para hacer efectivo el cumpli-miento de la sanción impuesta en el fallo de condena. Esto se afirma sin perjuicio de las excepciones consagradas en los artículos 44 y ss. de la ley 81 de 1993" (Auto de noviembre 9 de 1993, M.P., Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

3º. Así las cosas, es del caso anotar que la decisión transcrita en precedencia fue reiterada en el auto de segunda instancia, en el que el defensor de *Galindo Zuluaga* sustenta su petición, no obstante que distorsiona su real contenido y alcance por su reproducción fuera de contexto para afirmar que la Sala ha sostenido la necesidad de la ejecutoria del fallo para hacer efectiva la revocatoria de la detención domiciliaria, cuando en verdad el criterio ha sido el contrario.

Evitó pues, el petente, tener en cuenta que si bien en el aparte que reproduce como aval de sus afirmaciones, se menciona la necesidad de la ejecutoria del fallo para hacer efectiva la reclusión en un establecimiento carcelario como consecuencia de la revocatoria de la detención domiciliaria como efecto de la sentencia de condena,

esta no es afirmación de la Corte sino enunciación de la segunda de las "tres cosas definitivas a la solución del presente asunto", que no eran otras que las planteadas por el defensor del procesado y el Ministerio Público en la apelación interpuesta contra el auto proferido en primera instancia por el Tribunal de Pasto, caso en el cual es la Sala competente para pronunciarse de fondo. Sin embargo, en aquella oportunidad no se abordó el análisis de los tres aspectos mencionados por sustracción de materia, dado que los apelantes desistieron del recurso.

5º. Olvida además el petente, que frente a la cuestión planteada, ha sido unánime y constante la posición jurisprudencial, pudiéndose citar a manera de ejemplo los autos de única instancia del 7 de noviembre de 1995 (M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel), 8 de agosto de 1996 y 15 de septiembre de 1997 (M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar) y el del 5 de junio del año en curso a que se ha hecho alusión por constituir el pretendido supuesto de la petición que ahora se resuelve.

6º. Ahora bien, como el caso que ahora ocupa la atención de la Sala se encuentra en casación y la decisión cuestionada emana de la sentencia recurrida extraordinariamente, es indudable, como se ha venido sosteniendo en autos del 13 de noviembre de 1996 (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll) 11 de septiembre de 1996 (M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel) y octubre 10 de 1996 (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia), que no puede la Corte pronunciarse de fondo, pues su competencia en estos eventos para resolver asuntos diversos a los que emanan del recurso mismo, se limita a las peticiones de libertad en aquellos casos en que se reúnen los requisitos del artículo 72 del C.P. o cuando se ha cumplido totalmente la pena tal y como lo dispone el artículo 415.2 del C.P.P.

En mérito de lo expuesto. *La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.*

RESUELVE:

Abstenerse de pronunciarse sobre la petición del defensor procesado *César Iván Galindo Zuluaga* en el sentido de "retornarle" a aquél la detención domiciliaria de que venía gozando hasta cuando se profirió el fallo de primera instancia.

Notifíquese y cúmplase

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR DE TIPO/ ERROR DE PROHIBICION

El defensor acude a la vieja denominación dada a la "defensa putativa" como conducta justificada en el condenado por haber realizado el comportamiento por error "esencial de hecho". descripción que en la legislación de 1936 configuraba la causal de inculpabilidad descrita en el numeral 2° del artículo 23 así:

"...2. Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia".

Estas clases de error, lo tenia más o menos consolidado la doctrina, convenian cuando la equivocación recaia sobre los elementos constitutivos de la conducta, sobre una característica del sujeto pasivo o sobre el objeto material, en el primer caso error de hecho- , o cuando la equivocación versaba sobre la existencia del dispositivo legal que describe la conducta como ilicita o sobre su interpretación, en el segundo caso error de derecho- (cfr. Reyes Echandia Alfonso -La culpabilidad. U.E. de Colombia. 1977 ps.202 y s.s.)

Sin embargo dicha clasificación de las formas de error se fue haciendo insuficiente frente a los criterios que sobre los contenidos de uno y otro concepto se habrian ido delimitando y sobre la imposibilidad dogmática de sostener dicha división, sobre todo porque "todo error juridicamente relevante es necesariamente un error de derecho" (Binding).

De ahi que se terminara sustituyendo ambas modalidades de error por los denominados doctrinalmente error de tipo y error de prohibición. Con el objetivo de superar el absolutismo de la presunción de conocimiento de la ley penal, para destacar, en los primeros el desconocimiento de circunstancias de hecho objetivas pertenecientes al tipo de conjunto, tanto en el ámbito de lo descriptivo como en el de lo normativo, y para recoger en los segundos los que versan sobre la antijuricidad de la conducta.

La defensa putativa, falsa o errónea cabria asi, en dichos esquemas, en la categoría de los errores de hecho en la primera

fase de la evolución y en la de los errores de prohibición en la segunda, recogidos por el numeral 3º del artículo 40 del C.P. actualmente vigente.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

Proceso No. 9382 Aprobado Acta No. 124

VISTOS

El Juzgado Décimo Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, el veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993) profirió sentencia condenatoria en contra del reo en contumacia *Julio César Suárez Neira*, en virtud de la cual le impuso pena principal privativa de libertad de diez (10) años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, además de la obligación de indemnizar los perjuicio causados con la infracción en cuantía de $ 23'040.000.oo, en calidad de autor responsable del delito de Homicidio agotado en Jaime Figueroa Ramírez, proveído que recibió entera confirmación por parte de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta el nueve (9) de diciembre del mismo año al ser apelado por el defensor convencional de Suárez Neira.

Contra la sentencia de segunda instancia, oportunamente el mismo sujeto procesal interpuso el recurso extraordinario de casación; presentada la demanda se declaró formalmente ajustada a derecho y escuchado el concepto del Ministerio Público corresponde a la Corte decidir sobre la impugnación a través de la presente providencia.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Sobre lo acaecido se colige que aproximadamente a las nueve de la noche del treinta y uno (31) de marzo de 1991, a la Urbanización Gualanday situada en la calle 11 con la Avenida 7a. de la ciudad de Cúcuta se trasladó Jaime Figueroa Ramírez con la finalidad de dialogar con su cónyuge Luz Aidé Calderón Gómez, de quien se había separado meses antes, razón por la cual la dama retornó a su hogar paterno, allí situado; después de breve charla, interrumpida por el padre de aquella, quien le ordenó entrar a la casa, Figueroa Ramírez se dedicó a ingerir una cerveza, momentos en que hizo aparición Julio César Suárez Neira, socio del padre de Luz Aidé y quien andaba de clandestino paseo con Gladys Stella, otra de las hijas de aquel, reclamándole a Jaime el por qué se

encontraba allí, respondiéndole éste que "no se metiera en los problemas de él", procediendo a empujarlo, lo que fue suficiente para que Suárez Neira sacara el revólver que llevaba consigo y realizara reiterados disparos contra la anatomía de Figueroa R., quien recibió dos impactos que ocasionaron su deceso al día siguiente en uno de los centros de atención médica de aquella capital. Acto seguido, el agresor huyó del escenario en la misma motocicleta en que había llegado poco antes, desconociéndose su actual ubicación por cuanto no ha sido posible su comparecencia física al proceso.

Acerca de la actuación sumarial, básicamente se tiene que la investigación fue iniciada el 3 de abril de 1991 por parte del Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Cúcuta, luego de practicar algunas diligencias preliminares. Ante la imposibilidad de obtener la captura del imputado Suárez Neira, se dispuso su emplazamiento para que compareciera a indagatoria, diligencia que resultó nugatoria, debiendo ser declarado persona ausente, aceptándose como defensor a quien diera poder autenticado ante Notario Público y resolviéndose su situación jurídica mediante medida asegurativa de detención preventiva por el delito del Homicidio de que trata el Art. 323 del C. Penal sancionable entonces con pena de prisión de diez a quince años.

Evacuados diferentes medios de prueba, se procede a la clausura de la investigación y su mérito es calificado por el mencionado Despacho el 13 de noviembre de 1991 profiriendo resolución de acusación (fs. 155 y ss.), la misma que apelada por el defensor es confirmada el 20 de Agosto de 1992 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta (fs. 180 y ss.). Por competencia y previo reparto, el proceso correspondió al Juzgado 12° Penal del Circuito de aquella capital, dependencia que ritúa en debida forma la etapa de la causa y profiere fallo de primera instancia el 27 de octubre de 1993 (fs. 358 del c. original No. 2), confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de dicha ciudad el 9 de diciembre siguiente (fs. 3 y ss. del cuaderno del Tribunal).

Interpuesto el recurso extraordinario de casación dentro del término legal se presenta la demanda, la cual se declara ajustada en su aspecto formal a los requisitos demandados por el Art. 225 del C. de P. Penal y se dispone traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal.

La Demanda de Casación

Fundamenta el censor su ataque a la sentencia de segunda instancia en la causal primera de casación tratada por el Art. 220 del C. de P. Penal, cuerpo segundo, al incurrir en falsos juicios de

identidad por error de hecho en la apreciación de las pruebas testimonial y pericial (necropsia), los que determinaron que no se reconociera en el fallo que Suárez Neira "actuó en defensa putativa de la vida, llevado por el error esencial de hecho", ya que en verdad "se entrevé, con toda claridad la defensa objetiva de la vida, acotando que en ausencia de esos yerros su poderdante habría resultado absuelto "por falta de pruebas, por defensa justa, o por duda procesal", reclamando de la Corte, seguidamente y sin precisar los errores que estima fueron cometidos, estudie la credibilidad que el Juzgador otorgó a las declaraciones de Miryan Calderón Gómez, Fredy Pineda Garay y Pablo Emilio Calderón, desechando las de Gladys Mercedes Gómez, Gladys Stella Calderón Gómez y Rafael Tarazona Berbesi.

El Tribunal, estima el casacionista, dejó de administrar justicia conforme al régimen probatorio que le impone la obligación de apreciar los testimonios conforme a los criterios que demanda el Art. 294 del C. de P. Penal porque desestimó el de la señora Gómez Calderón sin tener en cuenta su sinceridad luego de un "acto de contrición", la de Gladys Stella por negar afirmaciones que otros colocaron en su boca y el de Tarazona Berbesi por resultar testigo ocasional o casual. Presupuesto final de los anunciados cargos, lo hace consistir en que los fundamentos jurídico-dialécticos del fallo resultan confusos y sus conclusiones contrarias a la lógica y a la realidad objetiva del proceso. Entra luego a formular cada uno de los cargos, así:

1. Miryan Calderón G. aceptó que su madre dijo la verdad cuando en ampliación testimonial aceptó que el sindicado actuó en legítima defensa, circunstancia que inexplicablemente fue rechazada por el Tribunal y así interpretó mal la prueba violando el Art. 394 del C. de P. Penal; era posible que la testigo rectificara su inicial postura "para quedar bien con la justicia de los hombres y con la moral cristiana".

La declaración de Jackeline Calderón Gómez es mendaz porque si acaso estuvo presente se encontraba a apreciable distancia de víctima y victimario, además de observar una reprochable conducta en la audiencia pública; su testimonio fue sobrevalorado por el Tribunal.

La exposición jurada de Fredy Pineda Garay también fue apreciada en forma errónea, pues su relato es inexacto y con omisiones de trascendencia y, sin embargo, "hay más elementos de fuerza de convicción sobre la justificación" que elementos incriminantes.

Y el dicho de Pablo Calderón presente vacíos, contradicciones e imperfecciones que conducen a predicar se trata de un testigo mendaz y falso.

Estos cuatro testimonios son sospechosos, audaces, mentirosos, sagaces, deformantes de la verdad histórica y constituyen un verdadero fraude procesal tendiente a obtener un resultado doloso en disfavor de Suárez Neira.

2. Contrario a la realidad que revelan los testimonios de Gladys Mercedes Gómez, Gladys Stella Calderón Gómez, Rafael Tarazona Berbesí y Miryan Calderón Gómez, el Tribunal los interpretó en forma restrictiva "al quitarles su valor de credibilidad al hacer caso omiso de la sinceridad, espontaneidad, verosimilitud, veracidad y solidez que posee". Los declarantes reafirman la justificación del hecho y son suficientes para reclamar de la Corte el reconocimiento de la legítima defensa o de la defensa putativa. Se produjo un error en la apreciación de las pruebas por falso juicio de identidad y por ello se violó la ley sustancial.

3. Lo relaciona con el indicio de huida, el cual no puede tenerse como tal porque esta situación puede obedecer a múltiples motivos; carece de "fuerza de convicción para condenar o para confirmar un fallo de primera instancia" y por ello el fallador "incurrió en error de interpretación en el análisis de la prueba y en Falso juicio de identidad, para violar indirectamente la ley sustancial.

4. A través de los anteriores medios de convicción, el Tribunal "flocula" las leyes del indicio que exigen la prueba del hecho indicador porque no está demostrado que Suárez Neira haya huido para burlar a la justicia.

5. Es de índole subsidiario y contiene un "ataque" al dictamen pericial (necropsia), el que demuestra que el sindicado actuó en legítima defensa de su vida. Abandona cualquier otra proposición y regresa al cuestionamiento de la prueba testimonial.

Para concluir, solicita la absolución de su poderdante.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal protuberantes son las fallas técnicas que presenta la demanda. Carece de secuencia lógica en la argumentación que impide determinar la elaboración de un concreto cargo contra la sentencia por cualquiera de las causales legales. Más que una demanda, el escrito presenta una serie de frases hechas, extractadas del lenguaje propio del recurso extraordinario que sustentan alegaciones propias de las instancias pero que están lejos de demostrar los errores en que incurrió el fallador, si acaso se presentaron.

A guisa de ejemplo, es dable apreciar que el censor propone algunos falsos juicios de identidad por tergiversar el contenido de

las pruebas, pero para demostrarlo aduce "la existencia de condiciones que imponían dar credibilidad a aquellas pruebas que fueron desestimadas y desestimar aquellas que fueron consideradas como válidas para la formación del juicio del sentenciador", planteado entonces un falso juicio de convicción al protestar sobre el valor que el fallador dio a las pruebas.

Más crítica se torna la situación cuando se trata de buscar cuál es el alcance de la violación, puesto que si bien enuncia como tal el Art. 29 del C. Penal, se muestra incapaz de definir si el quebrantamiento se produce porque en verdad se encuentran probados los requisitos para reconocer la causal de justificación o bien porque actuó amparado por un "error esencial de hecho", lo que supondría la referencia al Art. 40 ibídem con la argumentación que demuestre dicha vulneración.

Carece el memorial de contenido que oriente a la Corte para asumir el estudio de una concreta inconformidad; la crítica testimonial, por ejemplo, se construye sin apego a reglas lógicas "que exigirían del censor la determinación del contenido de las versiones, la forma como ellas fueron tomadas por el sentenciador (poniendo así de presente la distorsión correspondiente) y la consiguiente consecuencia del error en el sentido de la sentencia"; en lugar de así proceder el censor se limitó a adjetivar negativamente las pruebas que sustentaron el fallo y calificar positivamente "las que él esgrime como necesario fundamento del mismo, en lo que no constituye más que una contraposición de criterios entre el sentenciador y el recurrente.

Al ocuparse de los criterios de valoración de las pruebas, si limita a mencionar los que en su posición considera válidos, sin abordar examen alguno sobre la credibilidad de las pruebas frente a los factores por él enunciados "cuando menos para tratar de convencer ante su improcedente crítica".

"Tan evidente la falta de requisitos de la demanda, que el censor divide en cinco cargos unas mismas alusiones —que no ataques contra las pruebas— y en cada uno de los capítulos separados no hace más que reiterar frases ya dichas, insistir en la infracción de la ley sustancial proveniente de una errónea interpretación de las pruebas respecto de las cuales se incurrió en falsos juicios de identidad, sin determinar, como se ha dicho, cuáles son los yerros cometidos ni las normas infringidas ... desde un comienzo se ha debido rechazar in limine la demanda al no responder a las notas de claridad y precisión que se exigen de este tipo de escritos" terminando por sugerir a la Corte "*no casar* la sentencia materia de impugnación".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Amalgama de desordenados y genéricos comentarios, casi incomprensibles para la Corte, es el escrito que con pretensión de técnica demanda de casación allegó el defensor del procesado Julio César Suárez Neira con solicitud de absolución, previa casación de la sentencia recurrida y que, al final de cuentas, no constituye asunto diferente a un alegato más de instancia, en desarrollo del cual pretende aquel confrontar sus propios puntos de vista con los tenidos en cuenta por el fallador para proferir condena.

Para comenzar, todo indica que el impugnante parece desconocer qué personas tienen la calidad de sujetos procesales en la actuación, pues les otorga tal condición a las diferentes autoridades judiciales que han tramitado y decidido el proceso, identificándoles por su cargo y nombre y otorgando inclusive aquella connotación al perito avaluador de los daños y perjuicios causados con el delito.

Aduce el demandante a manera de cargo principal (subdividido luego en cuatro cargos), ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial por error en la apreciación de las pruebas, ubicándose concretamente en la causal primera, cuerpo segundo, del Art. 220 ibidem denominada "Violación indirecta". Concretamente pretende dirigir el ataque por la vía del error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de prueba testimonial y pericial (necropsia), al edificarse la sentencia sobre "bases y hechos materia del litigio no probados, o porque recortó los elementos de fuerza probatoria, o lo que es lo mismo, apreció las pruebas de acriminación o de cargo, "equivocadamente" materializando el "alcance de la impugnación" a que se invalide la sentencia reconociendo que la conducta de Julio César se justifica " por cuanto actuó en defensa putativa de la vida, llevado por error esencial de hecho".

El defensor acude a la vieja denominación dada a la "defensa putativa" como conducta justificada en el condenado por haber realizado el comportamiento por error "esencial de hecho", descripción que en la legislación de 1936 configuraba la causal de inculpabilidad descrita en el numeral 2º del artículo 23 así:

"...2. Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia".

Estas clases de error, lo tenía más o menos consolidado la doctrina, convenían cuando la equivocación recaía sobre los elementos constitutivos de la conducta, sobre una característica del sujeto pasivo o sobre el objeto material, en el primer caso —error de hecho—

, o cuando la equivocación versaba sobre la existencia del dispositivo legal que describe la conducta como ilícita o sobre su interpretación, en el segundo caso —error de derecho— (cfr. Reyes Echandia Alfonso. *La culpabilidad*. U.E. de Colombia. 1977 ps.202 y s.s.)

Sin embargo dicha clasificación de las formas de error se fue haciendo insuficiente frente a los criterios que sobre los contenidos de uno y otro concepto se habrían ido delimitando y sobre la imposibilidad dogmática de sostener dicha división, sobre todo porque "todo error jurídicamente relevante es necesariamente un error de derecho". (*Binding*).

De ahí que se terminara sustituyendo ambas modalidades de error por los denominados doctrinalmente error de tipo y error de prohibición. Con el objetivo de superar el absolutismo de la presunción de conocimiento de la ley penal, para destacar, en los primeros el desconocimiento de circunstancias de hecho objetivas pertenecientes al tipo de conjunto, tanto en el ámbito de lo descriptivo como en el de lo normativo, y para recoger en los segundos los que versan sobre la antijuricidad de la conducta.

La defensa putativa, falsa o errónea cabría así, en dichos esquemas, en la categoría de los errores de hecho en la primera fase de la evolución y en la de los errores de prohibición en la segunda, recogidos por el numeral 3º del artículo 40 del C.P. actualmente vigente.

La defección conceptual de la demanda radica en esta materia en que el censor acude a categorías ya superadas por la ley sustancial vigente para sostener, a final de cuentas, que se violó indirectamente el artículo 29.4 del C.P. que consagra un fenómeno diferente y excluyente frente al desarrollo del cargo, pues allí se consagra la causal de justificación del hecho denominada como legítima defensa o defensa justa, aunque luego, en otro cargo utilizara el mismo análisis y la misma fundamentación para pedir -subsidiaria y separadamente- la exclusión de antijuridicidad de la conducta por la vía del error.

La confusión de tales conceptos, la mezcla inapropiada de los dos fenómenos previstos por la ley sustancial, dentro de un mismo cargo, hacen inepta la censura y se oponen a las exigencias que de claridad y coherencia en la presentación y demostración de los cargos hace el artículo 225 del C.P.P.

Pero hay más:

Acude el memorialista a proponer el cargo por variados falsos juicios de identidad en la apreciación de la prueba testimonial y pericial que implican necesariamente, como una de las formas del

error de hecho, que el sentenciador tergiversó el contenido de un medio probatorio haciéndolo expresar menos de lo que su contenido dice o poniéndolo a indicar más de lo que encierra: cuando busca demostrar este cargo dirige el ataque a la existencia de condiciones que imponían dar credibilidad a aquellos medios de prueba que fueron desestimados por los falladores o a derruir las que se consideraron de valor para el juicio de condena.

Quiere entonces demostrar el error de hecho por falso juicio de identidad con argumentos propios del error de derecho por falso juicio de convicción, atacando el valor que el juzgador otorgó a las pruebas, desconociendo que el régimen probatorio penal colombiano proscribió el sistema de "tarifa legal" para la evaluación de aquellas y acogió el de la "sana crítica" o "persuasión racional".

Jamás se ocupó el censor de indicar claramente y con apego a la causal deprecada, de qué manera fueron las pruebas tergiversadas por el fallador; en qué sentido recortó su alcance o las aumentó en su contenido sobrepasando su literal contexto; simple y llanamente, a manera de cargos separados discrimina uno a uno los testimonios acriminatorios tenidos en cuenta en la sentencia como pilar fundamental para demostrar la responsabilidad de Suárez Neira; los para él demostrativos del actuar inculpable por parte de su poderdante que debieron llevar al Tribunal a la absolución; el indicio de huida como inferencia de responsabilidad; subsidiaria y finalmente, la legítima defensa de la vida como causal excluyente de antijuridicidad.

Expresiones tales como "no analizó, en su sentido obvio y certero, conforme a la Sana Crítica del testimonio", "la interpretación de esa ampliación testimonial no puede ser sino la de entender de (sic) que (...) rectificó su versión para quedar bien con la justicia de los hombres", "este testimonio fue sobrevalorado por encima de su contenido y por debajo del mandamiento del artículo 294", "al examen de su testimonio hay más elementos de fuerza de convicción sobre la justificación de mi defendido, que elementos de incriminación, pues son muchos los puntos negativos de esta versión, frente a una riqueza formidable de expresiones que avalan la justificación de los hechos"," estamos frente a una triada peligrosamente mentirosa que ha distorsionado la verdad del proceso y ha logrado hacer incurrir en error al H. Tribunal". "La base del fallo de segunda instancia, en síntesis, se objetiva en el siguiente análisis, que es hondamente discutible y fuera de tono procesal y acientífico (sic)", "es un regresar a los tiempos de la tarifa legal de pruebas", "no puede servir como elemento de convicción para una condena", "cargarle, además, la presunción de responsabilidad, sería imponerle un fardo más al imputado",

jamás pueden ser argumentos tendientes a demostrar el presunto error de hecho por falso juicio de identidad en que presuntamente incurrieron los falladores. Al contrario, buscan nada menos que contraponer los peculiares razonamientos del censor a los tenidos en cuenta en las sentencias, generando así un alegato propio de instancia, completamente ajeno a los fines propios del recurso extraordinario.

Las sentencia se integra por los fallos de primera y segunda instancia. Uno y otro, ha dicho la Corte, conforman una unidad jurídica inseparable en todos aquellos aspectos que tácita o expresamente no se contrapongan (Sentencia de casación Penal, septiembre 22 de 1993. M.P. Dr. Valencia Martínez). Valga al respecto anotar que el A-quo, de manera pormenorizada se ocupó de los aspectos que ahora quiere volver a entronizar el censor, acotando las razones por las cuales los asertos testimoniales de Jackeline y Miryan Calderón Gómez, Fredy Pineda Garay y Pablo Emilio Calderón merecían entera credibilidad, conforme a las reglas de la crítica del testimonio para predicar de Suárez Neira la responsabilidad como autor del homicidio de Figueroa Ramírez. y el porqué desechaba los provenientes de Gladys Mercedes Gómez, su hija Gladys Stella Calderón Gómez y Rafael Tarazona Berbesi. Apréciese al respecto:

"... ese acervo probatorio conformado por los testimonios no desestimables que según dijimos comportan la carga incriminatoria, en forma razonada y coherente nos están señalando inequívocamente que no existió la legítima defensa ya objetiva o subjetiva que con ahínco pregona la defensa (...).

"Plurales declarantes que de acuerdo con las pautas crítico racionales señaladas en el art. 294 C.P.P. por la calidad de presenciales que ostentan, las condiciones físicas en que se hallaban para el momento de los hechos y las circunstancias de modo y tiempo en que los mismos se desarrollaron, la forma en que rindieron sus deposiciones y la coherencia en sus relatos de lo central del suceso percibido, nos inclinan a pregonar su acendrada eficiencia probatoria, dándoles el carácter de plena prueba con el correspondiente valor crediticio que ello conlleva para armonizándola con los demás elementos de juicio obrantes obtener ... la certeza ... de la responsabilidad del sindicado dándose así los requisitos que para condenar exige nuestro ordenamiento procesal penal en su art. 247 [...].

"Legítima defensa que se busca obtener con fundamento en las declaraciones de los testigos Gladys Mercedes Gómez, de Gladys Stella Calderón Gómez y Rafael Tarazona Berbesi que según se

analizó son faltos de consistencia y de credibilidad por la sospecha y las marcadas contradicciones que en sí misma y en su conjunto encierran y la exclusión de la ameritada prueba proveniente de las juramentadas de Miryan y Jackeline Calderón Gómez, de Fredy Pineda Garay y de Pablo Emilio Calderón Ortega..." (Fallo de primera instancia).

Finalmente, sobre el cargo subsidiario de reconocer en el comportamiento del condenado la causal de justificación de la legítima defensa valgan para desecharlo los mismos argumentos.

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, *no casa* la sentencia de fecha, procedencia y naturaleza anotadas.

Notifíquese y cumplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (no firmó), *Mario Manrique Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ESTUPEFACIENTES/FAVORECIMIENTO A NARCOTRAFICANTES

Fueron precisamente razones de política estatal las que determinaron al legislador trazar expresamente en un estatuto normativo las pautas de conducta a ser seguidas por los funcionarios en los casos como éste de conocimiento por el (...), con miras a brindar mayor eficacia en la lucha de las autoridades contra el narcotráfico, pues no de otra manera puede entenderse que a la par de los controles establecidos, se sancionara con "mayor gravedad punitiva aquellos comportamientos de los funcionarios o empleados oficiales que faltando a sus deberes funcionales se prestan para el favorecimiento de quienes participan del negocio de la droga, a través de la realización de conductas que, si no existiera esta disposición, estarían previstas de manera más benignamente tratadas, por las normas del C. Penal.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Proceso No. 10789 Aprobado acta No. 124

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Quibdó, contra la sentencia mediante la cual se absolvió al procesado doctor *Alvaro Mendoza Villa* -Ex Juez Octavo de Instrucción Criminal de Bahía Solano- del delito previsto en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, cuya realización le había sido imputada a título de culpa.

ANTECEDENTES

1. En hora no precisada del día 20 de mayo de 1991, a un kilómetro de la playa que bordea el Corregimiento Cupica, ubicado en el Municipio de Bahía Solano (Chocó), el ciudadano *Valerio Beltrán Valois*, de profesión pescador, halló flotando en el mar un saco de nylon color negro que contenía en su interior doce paquetes con una sustancia húmeda de color blanco, el cual transportó hasta su casa.

Enterado de dicha situación el Teniente Henry Alberto Gómez Gamba, Comandante del Tercer Distrito de Policía de Chocó, con sede en esa ciudad, requirió su entrega del pescador, a quien escuchó en declaración el día 23 del mismo mes (fl. 177). Mediante oficio del 28 siguiente (fl. 176), puso a disposición del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de la localidad, a cargo del doctor *Alvaro Mendoza Villa*, la sustancia "al parecer cocaína", según aclaró.

En esa misma fecha, en presencia del Personero Municipal, el Comandante y dos agentes del Distrito de Policía, y el Secretario del Juzgado, el funcionario judicial practicó "diligencia de pesaje, toma de muestra y entrega de una sustancia que al parecer es cocaína"; en el acta levantada a ese propósito, dejó constancia que se trataba de doce bolsas de color amarillo con "una sustancia de color blanco que por su olor característico parece ser cocaína" y un peso neto de once mil quinientos quince gramos. "Igualmente se pudo observar que la bolsa número once, se encontraba mojada y las restantes están húmedas" según dice la diligencia.

De cada una de las bolsas se extrajo "un total de veinte (20) gramos en doce (12) muestras", "a fin de enviarlas al Departamento de Estudios Criminológicos y Policía Judicial (DECYPOL) de Medellín", luego de lo cual se "procedió a amarrar dicho costal hasta tanto se envíe al Juzgado de Instrucción Criminal el resultado de las muestras, y así proceder a su destrucción de conformidad con los lineamientos de ley".

Aclaró, además, que ese Despacho, "de conformidad a lo normado por el artículo 16 del Decreto 099 del 14 de enero de 1991, que introdujo modificaciones al Decreto 2790 del 20 de noviembre de 1990, es el competente para iniciar a prevención la investigación hasta tanto los jueces de orden público radicados en la ciudad de Medellín, asuman la competencia por intermedio de la Dirección Seccional de Orden Público" (fls. 173).

El mismo día, con fundamento en la diligencia llevada a cabo, ordenó "***a prevención***, iniciar la correspondiente indagación preliminar de que trata el Capítulo IV del Decreto 2790 de 1990, hasta tanto el Juez de Orden Público competente avoque el conocimiento de la investigación", y dispuso escuchar en declaración al Comandante de la Estación de Policía "para que diga cómo se realizó el operativo que dio con la incautación de la sustancia y los demás detalles sobre el particular"; enviar a DECYPOL la muestra obtenida, para que allí fuera sometida a reconocimiento "y se nos diga a qué sustancia pertenece"; escuchar en declaración a los agentes que participaron en el procedimiento y comunicar sobre el inicio de las diligencias a la Dirección Seccional de Orden Público de Medellín, entre otras determinaciones (fl. 175).

En la misma fecha, fueron libradas las comunicaciones ordenadas a la Dirección Seccional de Orden Público de Medellín (fl. 178) y al Departamento de Estudios Criminológicos y Policía Judicial (DECYPOL) para el correspondiente estudio de la sustancia (fl. 179).

El 17 de Junio, el Secretario del Juzgado hizo constar que durante los días 5 a 14 de ese mes, el Despacho permaneció en comisión oficial en los Corregimientos El Huina, El Valle, y el Municipio de Nuquí, y que "se encuentra adelantando los contactos necesarios, a fin de conseguir una batería y así proseguir la comisión hasta el Corregimiento de Cupica en donde se perfeccionarán algunas investigaciones y se llevarán estas diligencias preliminares. para esclarecer la forma como fue encontrada la sustancia que al parecer es cocaína" (fl. 180).

El día 24, dejó constancia que "no fue posible conseguir la batería necesaria para el encendido del motor de la panga que nos transportaría a Cupica y Nabugá en donde se debían adelantar diligencias en comisión. Por esta razón no se han practicado las diligencias necesarias al esclarecimiento de los hechos en ésta investigación" (fl. 181).

Con fecha junio 7 de 1991, el Instituto de Medicina Legal - Seccional Medellín- informó que "las doce muestras de polvo color crema, con un peso total de nueve gramos, quinientos ochenta miligramos (9,580 gramos), dan como resultado positivo para Cocaína Clorhidrato". Dicho documento aparece recibido el día 26 siguiente, según firma y sello del Secretario del Juzgado (fl. 182).

El veintinueve de junio, en diligencia de Inspección Judicial realizada en las oficinas del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, el Doctor *Alvaro Mendoza Villa* dejó constancia que "la puerta de entrada principal se encontraba violentada, al parecer trataron de entrar por ella, pero al resultar fallido el intento, optaron por violentar la ventana que está continua al Juzgado Promiscuo de Familia, al ver que no pudieron penetrarse por ella, realizaron maniobras y arrancaron parte del cielo raso, introduciéndose a la parte superior de la edificación, así corrieron por todo el Despacho y al llegar al archivo y observar que éste se encontraba cerrado, decidieron introducirse nuevamente al cielo raso, y así romper posteriormente hasta llegar al archivo, en donde se encontraba una sustancia que había sido decomisada días antes y procedieron a hurtársela, *según pesaje que se le había hecho ascendía a la suma de 11.515 gramos, los cuales se encontraban en el archivo, pendientes de la peritación a que se había sometido y ésta había llegado el día 26 de los cursantes a las cuatro y treinta p.m.*- Se deja expresa

constancia que existen cuatro orificios en las instalaciones del Juzgado, por donde al parecer se introdujo el presunto hurtador de la sustancia, de la misma manera aparecen rastros o huellas dejadas por pies descalzos de la persona que penetró al Juzgado, al parecer se trataba de un muchacho ya que la longitud de uno de los últimos huecos así lo hacía presumir. De la misma manera se deja constancia de que no existe indicio de que se hayan hurtado algo del juzgado, ya que todo está ordenado como se dejó el día viernes al salir a las 6 p.m. todo parece indicar que los amigos de lo ajeno, buscaban única y exclusivamente la droga que se encontraba archivada en el Juzgado, y que iba a ser incinerada" (subrayas fuera de texto) (fls. 184).

Por su parte con fecha 4 de julio, el Secretario del Juzgado pasó las diligencias al Despacho "con la información de que el día viernes 28 de junio del año en curso, como es de pleno conocimiento en las horas de la noche se hurtaron del archivo del Despacho en donde se guardan los objetos decomisados, la cocaína que se encontraba en dicho lugar, por ésta razón el Despacho practicó diligencia de inspección judicial, dio los avisos de ley e instauró la correspondiente denuncia ante el Juzgado Promiscuo Municipal de la localidad, Juzgado este que viene adelantando el diligenciamiento" (fl. 183).

Por auto de la misma fecha del informe del Secretario, el Juez dispuso compulsar copias de la inspección judicial; y de los telegramas dirigidos al DAS, la Procuraduría Departamental y la Dirección Seccional de Instrucción Criminal, con destino al Juzgado Promiscuo Municipal en donde se formuló la denuncia por el hurto perpetrado en el Despacho (fl. 183).

2. Mediante escrito dirigido a la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó, el Director Seccional de Instrucción Criminal del Chocó, anunció haber tenido conocimiento del hurto de la cocaína en el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Bahía Solano y entablado conversación con el Secretario de dicha oficina judicial quien, además de confirmar las circunstancias en que el delito se llevó a cabo, manifestó que el Tribunal debía investigar los hechos por cuanto, no obstante haberse enterado de la gravedad de lo sucedido, el Juez no suspendió su viaje a la ciudad de Medellín y aún a las 9:30 a.m. de esa fecha no había llegado a su sede de trabajo. De otra parte, que aún a sabiendas de la inseguridad del Palacio de Justicia de la localidad, no procedió de conformidad con lo ordenado por la Ley 30 de 1986, ni dio cumplimiento a lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 9 del Decreto 2790 de 1990 (fl. 1).

3. Por auto de ocho de julio de mil novecientos noventa y uno, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó

dispuso el adelantamiento de investigación preliminar, en desarrollo de la cual se acopiaron los siguientes medios de convicción:

3.1. Acuerdo de Nombramiento del doctor *Alvaro Mendoza Villa*, a partir del 16 de enero de 1991, como Juez Octavo de Instrucción Criminal radicado en Bahía Solano, en calidad de encargado. (fl. 5).

3.2. Acta de posesión del doctor Mendoza Villa, en el cargo para el cual fue designado, diligencia que se llevó a efecto el 21 de enero siguiente a la fecha de su nombramiento (fl. 6).

3.3. El Secretario General del Tribunal Superior, certificó que para el 28 de junio de 1991, el doctor *Mendoza Villa* ejercía el cargo de Juez Octavo de Instrucción Criminal radicado en Bahía Solano (fl. 7).

3.4. El señor *Juan Evangelista Gruesso Rodríguez*, Secretario del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal radicado en Bahía Solano, refirió que el día 29 de junio de 1991, a su casa de habitación se presentó el señor Antonio Maya, Secretario de la Unidad de Indagación Preliminar, quien le manifestó que al parecer se habían introducido al Juzgado Octavo de Instrucción Criminal por cuanto observó un hueco en el cielo raso. Por ese motivo procedió a buscar al doctor Mendoza Villa con quien se dirigió a dicho lugar con el propósito de constatar los referidos hechos, pudiendo observar la existencia de cuatro orificios en el cielo raso por donde al parecer personas desconocidas entraron a las oficinas del Juzgado, llegaron a la sección de archivo y sustrajeron una cocaína que se encontraba decomisada desde el 28 de mayo.

Al ser interrogado sobre los motivos por los cuales dicha sustancia permanecía en el Juzgado, refirió que luego de tomarse las muestras para ser enviadas al Laboratorio de Estudios Criminológicos de la Policía Judicial con sede en Medellín, le manifestó al Juez que esa sustancia debía ser destruida inmediatamente, según experiencia adquirida cuando se desempeñó en el mismo cargo en el Juzgado de Instrucción Criminal de Acandí; a ello el Teniente de la Policía, quien se hallaba presente, replicó que "eso se hacía cuando se disponía de laboratorios móviles como en las ciudades", exteriorizando así su conformidad con que la droga no fuera destruida, en tanto que el Juez dijo que "ese era un procedimiento obsoleto por cuanto el Estatuto de Estupefacientes hacía ver que cuando no se tenía Laboratorio cercano para el peritazgo debía esperarse el resultado de la muestra". Después de tomar la decisión de esperar el resultado de la peritación, se optó por dejar la sustancia en el archivo del Despacho, donde son guardados los objetos decomisados, por cuanto al evidenciar

humedad en algunas de las bolsas, esta circunstancia impedía guardarlas en la caja fuerte de la Caja Agraria de la localidad debido a la posibilidad que deterioraran los billetes que en ella se encontraban y, además, por considerarse que la sección de archivo del juzgado era un lugar seguro bajo llave (fl. 13).

3.5. *Rafael Antonio Maya Quejada*, Secretario de la Unidad de Indagación Preliminar del Cuerpo Técnico de Policía Judicial de Bahía Solano, refirió que a las ocho de la mañana del sábado veintinueve de junio de mil novecientos noventa y uno, acudió a laborar al Palacio de Justicia y observó en el corredor que separa la Unidad y el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, unos pedazos de cielo raso y algunos gránulos que parecían icopor pero que expelían un olor desagradable, luego de lo cual se dirigió a la residencia del doctor Alvaro Mendoza Villa, para informarle lo ocurrido, pues entendía que habían penetrado a su Despacho; al no encontrarlo se comunicó con el Secretario, quien se dirigió a buscar al Juez, para luego proceder a revisar las instalaciones. Tuvo oportunidad de apreciar cuatro orificios en el cielo raso: uno en el pasillo, otro en la Secretaría, otro más en el sitio donde se hallan tres escritorios y el último en el archivo del Despacho, luego fue enterado que se habían hurtado cerca de once mil gramos de cocaína (fls. 14).

3.6. Se practicó inspección judicial a las oficinas del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal en la cual se dejó constancia de las dimensiones de cada uno de los orificios del techo, de las señales de violencia que presentaban la ventana y la puerta de acceso, y de las huellas de manos y pies descalzos dejadas, al parecer, por una persona pequeña de estatura. Dejó constancia, además, que "al parecer los ladrones penetraron y salieron del edificio, por el costado posterior, o sea por donde funciona el Juzgado Promiscuo Municipal y que da a las instalaciones del Comando de Policía (fl. 15).

3.7. *Pablo Hernando Murillo Córdoba*, Oficial Mayor del Juzgado Promiscuo de Familia de Bahía Solano, relató que el día veintinueve de junio se encontraba en la casa de *Juan Gruesso* cuando llegó *Antonio Maya* y le dijo a Juan que fuera a la oficina por que al parecer se habían entrado al Juzgado. Una vez allí pudo observar unos orificios en el cielo raso y "una sustancia al pie de la ventana que estaba regada en el piso y a unos 7 Mets. de la ventana había otro reguero de lo mismo, de color blanca parecida a sal" (fl. 18).

3.8. *Nive del Carmen Mosquera Pino*, escribiente del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, manifestó haber sido enterada de los hechos por el Secretario del Juzgado; y aunque dijo saber que allí se guardaba una droga, también afirmó desconocer su lugar

exacto por cuanto "el único que tiene acceso a ese cuarto es el señor Juez" (fls. 19).

3.9. La Secretaria. General de la Alcaldía de Bahía Solano, certificó que mediante Resolución 742 del 25 de junio de 1991, al Doctor *Alvaro Mendoza Villa* le fue concedido permiso durante los días 3, 4 y 5 de julio de 1991, para viajar a la ciudad de Medellín (fls. 20).

3.10. *Omar Mosquera Palacios*, Motorista del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Bahía Solano, refirió sus actividades cumplidas durante la noche del viernes veintiocho de junio de mil novecientos noventa y uno, así como haberse enterado la mañana del día siguiente de los hechos sucedidos en las oficinas del Juzgado (fls. 21 y ss.).

3.11. *Orfilio Mosquera Machado*, Oficial Mayor del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Bahía Solano, refirió tener conocimiento que en el Despacho se guardaba una droga, así como de su posterior desaparición, aclarando no saber que con anterioridad a ese hecho se hubiese perdido alguna cosa (fls. 23).

3.12.- A solicitud de *Juan Evangelista Gruesso Rodríguez*, se le recibió ampliación de su declaración anterior, en la cual manifestó que con fundamento en lo normado por los artículos 81 y 82 de la Ley 30 de 1986, y los comentarios que respecto del Estatuto de Estupefacientes hizo *Alfonso Restrepo* en las páginas 143 y 144, el Juez dispuso que para la incineración de la sustancia incautada, debía esperarse el dictamen ordenado sobre las muestras tomadas, por lo cual estima que no hubo negligencia. De otra parte, dice, de conformidad con el Artículo 16 del Decreto 099 de 1991, los Jueces de Instrucción Criminal pueden avocar el conocimiento a prevención de las investigaciones de competencia de los jueces de orden público. Aclara además, en cuanto a lo establecido por el numeral 9o. del artículo 11 del Decreto 2790 de 1990, las diligencias no habían sido puestas a disposición de los jueces de orden público por cuanto se estaba a la espera del resultado del dictamen pericial a que fue sometida la sustancia (fls. 25).

3.13. El Señor *Manuel Gregorio Vidal Rojas*, Alcalde Municipal de Bahía Solano, dijo haber sido informado por el Juez Mendoza Villa del insuceso relacionado con la pérdida de la cocaína incautada, así como haber apreciado los agujeros que habían hecho para entrar y salir, y las huellas que dejaron los autores del hecho. Extraoficialmente también tuvo conocimiento, aunque no muy preciso, de la incautación de la droga (fls. 34 y ss.).

3.14. El Agente de la Policía Nacional *Laurencio Perea Perea*, informó que personas extrañas penetraron al interior de las oficinas

del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, de donde sustrajeron una sustancia química que había sido puesta a disposición por la policía del lugar, apreciando que en la parte trasera del Palacio de Justicia, dejaron rastros de la citada sustancia, luego de lo cual se realizaron diferentes investigaciones para dar con el paradero de los autores del hecho y de la droga, sin lograr resultados positivos (fls. 37).

3.15. *Guillermo Ricard Perea*, Personero Municipal de Bahía Solano por la época de los hechos, manifestó que la sustancia había sido encontrada por un pescador en un lugar cercano a Cupica, quien la puso a disposición de la Policía; ésta a su vez le solicitó que estuviera presente en la diligencia de entrega al Juzgado en razón a que anteriormente había habido otra incautación de sustancia similar en el Corregimiento El Valle, la que según el Teniente Gómez Gamba fue enviada a la Policía de Quibdó, hecho que le pareció irregular por cuanto la entrega debió surtirse en presencia del Agente del Ministerio Público, lo cual no se cumplió, por ello presenció la entrega al Juzgado de la segunda sustancia.

En la diligencia de pesaje se encontraba presente la doctora *Ana Mercedes Arce Arango*, Abogada Visitadora de la Procuraduría Departamental, a quien le manifestó que la diligencia se denominaba "de pesaje, toma de muestra y destrucción de la sustancia incautada", según lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley 30 de 1986, pues a pesar de haber sido modificada por el Decreto 2790 de 1990 no varió la diligencia dicha. Lo mismo le refirió al Juez quien aludió que la sustancia debía permanecer en el Juzgado hasta cuando se obtuviera el resultado del análisis de las muestras, decisión con la que no estuvo de acuerdo; no obstante, la diligencia se llevó a cabo en los términos anotados y la sustancia se trasladó al Juzgado desconociendo el lugar específico donde fue guardada. A Medicina legal fueron enviados veinte (20) gramos, obtenidos de las diferentes bolsas incautadas.

Posteriormente, cuando se encontraba en la ciudad de Quibdó en misión oficial, fue enterado de la pérdida de la sustancia por el doctor *Pedro Santiago Vergara Jaramillo*, Juez del Circuito de Bahía Solano, y por John Francisco Murillo, Escribiente de la Unidad de Indagación Preliminar, quien llevaba un comunicado sobre el particular con destino al DAS (fls. 40 y ss.).

3.16. El Agente de la Policía Nacional *Agusto Ismael Sabogal Chocachí*, refirió haber estado presente en la diligencia de pesaje de la sustancia incautada y haber sido enterado de su posterior desaparición del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Bahía Solano, llegando a verificar que efectivamente dichas oficinas habían

sido violentadas y hallando unos pedazos de la sustancia, al parecer cocaína (fls. 43 y ss.).

3.17. Escuchado en versión el imputado Doctor *Alvaro Mendoza Villa*, manifestó que el ocho de Mayo de 1991, con fundamento en la información suministrada por el Personero Municipal de entonces, doctor *Guillermo Ricard*, el Juzgado a su cargo inició indagación preliminar con el fin de establecer la conducta del Teniente de la Policía *Henry Gómez Gamba*, quien, según lo informado por el Personero, junto con otros miembros de la institución habían decomisado una sustancia, al parecer cocaína, en el Corregimiento El Valle, del Municipio de Bahía Solano y que su totalidad no había sido puesta a disposición de la Policía Judicial de Orden Público. Por tal motivo el Despacho se trasladó a ese lugar y encontró, según versiones de algunos declarantes, que el peso consignado en el acta no correspondía con el que habían encontrado los pobladores de la región. Con el fin de constatar dicha circunstancia, solicitó al Comandante de Policía del lugar que pusiera a disposición del Juzgado la sustancia que había decomisado, obteniendo como respuesta que ya había sido puesta a disposición del Departamento de Policía del Chocó. Por lo anterior, dispuso oficiar al Departamento de Policía y al Juzgado de Orden Público de Medellín sin lograr resultados hasta el momento en que dejó el cargo.

Por esa misma época, la policía también había decomisado otra sustancia, al parecer cocaína, pero esta vez en el Corregimiento de Cupica; el Teniente *Gómez Gamba*, fue hasta su Despacho con el propósito de reportar el hallazgo y que el mismo le fuera recibido. Con fundamento en el artículo 16 del Decreto 099 expedido el 14 de enero de 1991, que introdujo modificaciones al Decreto 2790 del 20 de noviembre de 1990, el 28 de mayo se trasladó al Comando de Policía en donde se procedió al pesaje de la droga y tomar las muestras que no excedieran de tres gramos cada una para enviarlas a DECYPOL. El remanente debió dejarse en el lugar destinado al archivo del Juzgado donde se guardan todos los elementos decomisados con ocasión de los distintos ilícitos, por cuanto dadas las condiciones de humedad y descomposición que presentaba, era imposible introducirlo en la caja fuerte de la Caja Agraria, pues allí reposan billetes y otros valores. Tampoco se decidió dejar la sustancia bajo custodia de la policía, precisamente por la circunstancia de estarse adelantando una investigación por irregularidades relacionadas con la cantidad de droga decomisada en El Valle.

Aclara, además, que desde hacía algún tiempo el Comandante de la Policía tenía en su poder la sustancia decomisada en Cupica,

sobre la cual había realizado diligencia de pesaje y tomado muestras en compañía del Personero, la Visitadora de la Procuraduría Ana Mercedes Arce, el Alcalde y los agentes Palomeque y Sabogal, sin que hubiese enviado dicha sustancia al Comando de Policía de Chocó o a la Unidad de Orden Público y cuando se le solicitó el informe sobre las diligencias realizadas fue cuando se presentó al Juzgado aludiendo que tenía la sustancia decomisada para que le fuera recibida.

Luego de realizar la diligencia de pesaje y toma de muestras, el remanente no se incineró inmediatamente en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 81 y 82 inc. 3o. de la Ley 30 de 1986, pues según estas disposiciones, cuando se carecen de equipos técnicos necesarios para verificar la identificación pericial de la sustancia se enviarán las muestras a la entidad oficial más cercana que disponga de dicho instrumental. En este caso las muestras fueron enviadas a DECYPOL de Medellín y en espera de su resultado se guardó la cocaína decomisada, pues como en el lugar no había laboratorio para identificar la sustancia, se dio aplicación al artículo 83 de la Ley 30 de 1986.

Habiendo dejado su oficina normalmente, el viernes 28 de junio de 1991 se dirigió como de costumbre a su domicilio, de donde salió hacia el Comando de la Policía con el objetivo de ver un combate de boxeo que supuestamente iría a ser presentado por televisión; como ello no se dio, dice, observó el noticiero, luego estuvo dialogando con algunos agentes quienes le manifestaron que tenían programado realizar unas rondas nocturnas y se fue para su casa. El sábado siguiente madrugó a comprar un pescado el que llevaría a su casa en Medellín, hacia donde pensaba dirigirse, pues le habían comunicado que su hijo se encontraba delicado de salud para lo cual con anterioridad había solicitado el correspondiente permiso al Alcalde quien se lo concedió mediante Resolución 742 de 1991 para los días 3, 4 y 5 de julio. Posteriormente, en momentos en que dialogaba con el Registrador Manuel Ríos, llegaron *Antonio Maya*, el Secretario Juan Cruesso y el citador Omar Mosquera, quienes le informaron que al parecer había ocurrido algo raro en el Palacio de Justicia. Al llegar allí observó que en el pasillo que da entrada al Juzgado de Familia, había un agujero en el cielo raso de la edificación, en el piso desechos de ese material y vestigios de una sustancia amarillenta; al ingresar a la oficina apreció que en el techo que da sobre el escritorio del sustanciador había otro hueco y en la oficina del secretario otro más por donde ingresaron al archivo y sustrajeron la sustancia, dejando huellas. Por ello practicó inspección judicial en la cual dejó constancia de lo observado, dio aviso del hecho a la Dirección Seccional de Instrucción Criminal, a

la Procuraduria Departamental, al Das, al Comandante de la Policía y al Alcalde, y formuló denuncia ante el Juzgado Promiscuo Municipal.

Las oficinas del Juzgado no eran inseguras como se ha afirmado, por cuanto el edificio había sido remodelado recientemente, nunca se había presentado un caso similar y además, para penetrar a él se debió ejercer violencia.

Tampoco suspendió su viaje programado a Medellín, por cuanto antes de viajar había hecho todo lo que estaba a su cargo y además contaba con el permiso que le concedió la Alcaldía (fls. 48 y ss.).

3.18. A folios 50 obra la Resolución 742 de 1991, mediante la cual el Alcalde Municipal le concede permiso al doctor *Alvaro Mendoza Villa*, por los días 3, 4 y 5, para viajar a la ciudad de Medellín.

3.19. El médico *Jorge Iván Mejía Flórez* certificó haber atendido el 28 de junio de 1991 al menor *Alvaro Mendoza* CALLE, "por cuadro clínico de bronquitis aguda" que hizo "necesaria la presencia de sus padres hasta julio 4" (fl. 51).

3.20. Al expediente se incorporó copia de la actuación adelantada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Bahía Solano, relacionada con el hurto de la sustancia del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal (fls. 52 y ss).

4. Por auto de marzo nueve de mil novecientos noventa y dos, el Tribunal Superior de Quibdó, dispuso abrir investigación penal contra el doctor *Alvaro Mendoza Villa* y su vinculación mediante indagatoria (fls. 72 vto.). En desarrollo de esta decisión se recaudaron los siguientes elementos de juicio:

4.1. Escuchado en declaración indagatoria el doctor *Mendoza Villa* reiteró lo expuesto en la diligencia de versión y manifestó haber actuado de buena fe y libre de ánimo proclive o negligente pues el lugar donde guardó la sustancia es seguro, aunque aclara que en anterior oportunidad, el citador Omar Mosquera sustrajo un rifle del archivo del juzgado, motivo por el cual lo denunció penalmente, hecho que le permite suponer que también esa persona hubiese podido ser el autor del hurto de la sustancia (fls. 82 y ss.).

4.2. Se practicó diligencia de inspección judicial a la bóveda de seguridad de la Caja Agraria de Bahía Solano, estableciéndose que "si se quiere guardar algo más de lo que se encuentra en dinero deberá hacerse encima de éste o en su defecto poner lo que se quiere guardar en la base y el dinero colocarlo encima de lo que allí se introdujo", y "si la sustancia se encuentra emanando agua o algún líquido ésta puede destruir los dineros que allí se encuentran"(fl. 93).

4.3. El Teniente de la Policía Nacional, señor *Henry Gómez Gamba*, relató haber sido llamado por el Comandante de la Subestación de Cupica para que le brindara asesoría en un procedimiento policial relacionado con una sustancia de un peso aproximado a doce mil gramos, repartidos en doce paquetes y valijados en una bolsa plástica, que la marea había arrojado a las playas de ese corregimiento, optando por llevarla al Municipio de Bahía Solano con el propósito de ponerla a disposición de la Unidad Investigativa de Policía Judicial. No obstante esa intención, llegó un oficio del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, mediante el cual le hacía un llamado de atención por un procedimiento similar ocurrido en el Corregimiento de El Valle, cuyas diligencias había puesto a disposición de la Unidad Investigativa de la Policía Judicial. Por lo anterior y por un reclamo verbal que le hizo el Personero de la localidad, dejó la sustancia a disposición del Juzgado para que esa autoridad terminara el procedimiento iniciado, por cuanto aludía tener competencia para ello. Sobre dicha sustancia y con la asistencia del Personero, el Secretario de la Estación, el Juez, dos de sus empleados y la Secretaria del Procurador Departamental, se practicó diligencia de pesaje y toma de muestras para ser enviadas a la Unidad de Policía Judicial. La sustancia no fue incinerada inmediatamente por que estaba puesta a disposición del Juzgado en donde sus instalaciones brindaban la seguridad necesaria para tener el alcaloide almacenado mientras se disponía su destrucción. Posteriormente se enteró que la sustancia había sido sustraída de las oficinas del Juzgado. (fls. 96 y ss.).

4.4. Al expediente se incorporó copia autenticada de las diligencias preliminares adelantadas en relación con las 17 bolsas de cocaína que la marea arrojó a la playa en el Corregimiento de El Valle en Bahía Solano (fls. 99 y ss.-), así como de la actuación relacionada con los doce paquetes de la misma sustancia que fueron halladas en el Corregimiento de Cupica (fls. 172 y ss.).

5. Mediante proveído del 2 de diciembre de 1992, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Quibdó, a donde pasaron las diligencias por competencia, resolvió la situación jurídica del indagado *Alvaro Mendoza Villa* con imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito previsto en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986. (fls. 204 y ss.), decisión que fue confirmada en segunda instancia por la Fiscalía Delegada ante la Corte (fls. 273 y ss.) con motivo de la apelación interpuesta por el defensor del procesado.

6. Previo el cierre de la investigación (fl. 299), el quince de julio de mil novecientos noventa y cuatro, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Quibdó calificó su mérito con resolución de

acusación contra el sindicado Mendoza Villa, por el delito previsto en el inciso 2o del artículo 39 de la Ley 30 de 1986 (fls. 307 y ss.), decisión que causó ejecutoria en esa instancia.

7. El juicio correspondió conocerlo al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en donde se llevó a cabo la vista pública (fls. 357 y ss.) y en decisión mayoritaria profirió sentencia culminatoria de la instancia, absolviendo al procesado *Alvaro Mendoza Villa* de los cargos que le habían sido formulados por la Fiscalía (fls. 382 y ss.).

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Luego de reseñar las pruebas allegadas al informativo, en respuesta a lo alegado por los sujetos procesales, el Tribunal concluye que los hechos atribuidos al doctor Mendoza Villa, "no tienen la estructuración de la condena descrita en el inciso 2o. del art. 79 de la Ley 30 de 1986, y menos en lo indicado en el inciso 2o. del art. 39 de la misma Ley" con fundamento en los siguientes aspectos:

1. El Juez acusado no estaba obligado a escuchar consejos o recomendaciones del Personero, el Agente del Ministerio Público y menos del Secretario del Juzgado, por cuanto él era el conductor del proceso.

2. Al considerar el funcionario que antes de proceder a la destrucción de la droga incautada lo más prudente era esperar los resultados del laboratorio, no transgredió el mandato del inciso 2o. del art. 79 de la Ley 30 de 1986, puesto que en su criterio existían preceptos posteriores que habían modificado esa disposición.

3. Los hechos tuvieron ocurrencia en el mes de junio de 1991, motivo por el cual los artículos 77 a 83 de la Ley 30 de 1986 deben ser apreciados conforme lo previó la nueva normatividad procesal vigente para la época.

4. Al no haberse surtido la primera experticia de que tratan los artículos 77 y 78 del Estatuto de Estupefacientes, no podía aplicar el artículo 79 sino el 81 ejusdem "por no disponer de los medios técnicos para evaluar dicha sustancia presumiblemente alucinógena".

5. Como se afirma en el acta de inspección judicial, por el Juez y algunos empleados, el archivo del Juzgado brindaba toda la seguridad requerida para guardar en él la sustancia incautada.

6. En criterio del a quo, hubo alguna complicidad del cuerpo de policía "porque no tiene explicación que por uno de los costados de

su edificación, se hubiesen entrado y salido del juzgado las personas que sustrajeron la presunta cocaína, además también sabían de su existencia, como que varios participaron en su retención y pesaje".

7. Para el Juez Mendoza Villa era imposible prever la conspiración "que acechaba en las sombras sobre los intereses de la sustancia que aparentemente se convirtió en asunto de conocimiento público en Bahía Solano".

8. De admitirse que el Juez se equivocó al aplicar una disposición en lugar de otra, esa circunstancia no constituye un "fenómeno insular de los administradores de justicia, sino que es un hecho común y corriente".

9. Al funcionario no se le puede sancionar cuando actúa convencido de estar haciendo lo que considera correcto, "porque esa convicción pertenece a su fuero interno, que no permite desde el exterior que persona alguna pueda medirlo o calificarlo, o interpretarlo en otro sentido".

10. La acusación es inconsistente porque ignora los motivos que pudo haber tenido el Juez Mendoza Villa para disponer que la sustancia fuera trasladada a las oficinas donde funcionaba su Despacho, por cuanto el auto de indagación preliminar que corre a folio 136 se refiere a la información proveniente de la Personería Municipal en la que da cuenta de las irregularidades cometidas por la Policía Nacional de Bahía Solano y del Corregimiento El Valle, relacionadas con una sustancia "al parecer cocaína", con lo cual resulta "fácil entender que en el funcionario haya podido nacer desconfianza hacia el Cuerpo Armado y por esa razón se vio obligado a trasladar al juzgado los costales del tóxico, lo cual es prueba refulgente de diligencia y propósito de proteger bienes del Estado".

11. "Desafortunadamente, nadie absolutamente le prestó la debida atención a ese auto, para haber aportado el oficio, y desde luego indagar en el Agente del Ministerio Público sobre el asunto que él consideraba irregular en la Policía Nacional".

12. La acusación se apoya en que el Juez no guardó la sustancia en cajas de seguridad de la Caja Agraria de la localidad, no obstante no aparecer comunicaciones oficiales en ese sentido, en criterio del A quo, en Bahía Solano todas las autoridades se conocen entre sí y saben las posibilidades de cada dependencia y en el expediente aparecen evidencias de la inconveniencia de mantener la sustancia en ese Banco por la posibilidad de causar daño a los billetes que allí se guardan.

13. No se hallan reunidos los presupuestos señalados en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para proferir senten-

cia de condena pues "no logran instaurar la certeza del hecho investigado, y menos que le sea endilgable a título de responsabilidad culposa, por cuanto de las piezas examinadas, no se establece en manera alguna", máxime si se considera que la conducta se enmarcó dentro de lo que el acusado estimó era lo correcto.

14. La conducta del Juez Mendoza Villa halla respaldo en el ordinal 3° del artículo 29 del C.P. pues estaba ejerciendo "su derecho y el deber de valorar las piezas probatorias allegadas a las actuaciones de la denuncia para formarse un juicio, el juicio que le proporcionare la convicción suficiente para decidir".

15. No hubo negligencia, descuido o imprudencia de parte del juez, sino, por el contrario, "gran despliegue de interés por hacer las cosas bien, como lo prueban las diligencias que practicó e inclusive, el haber guardado en un sitio muy seguro del propio juzgado, el tóxico, puesto que en otros lugares como el Comando de la Policía no había tal garantía al decir del propio Personero Municipal, y menos en la Caja Agraria, por las condiciones de precariedad que rodeaban el deterioro y/o descomposición de la sustancia".

LA IMPUGNACION

Contra el fallo del primer grado, el Fiscal Delegado ante el Tribunal oportunamente interpuso recurso de apelación, el que fue concedido por el a quo.

Sus fundamentos son, en síntesis, los siguientes:

1. Una vez realizada la diligencia de pesaje y toma de muestras de la sustancia, el Juez estaba obligado a cumplir lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley 30 de 1986, debiendo ordenar y presenciar la destrucción del remanente, lo cual no hizo, pues pese a las observaciones que sobre el particular le hicieron el Secretario del Juzgado y el Personero Municipal, decidió depositarla en los anaqueles del Juzgado de donde fue sustraída el 29 de junio de 1991.

2. Al Juez acusado se le reprocha el haber dado lugar al extravío de la sustancia por culpa originada en la negligencia al desatender el mandato del artículo 79 de la Ley 30 de 1986 pues una vez tomó las muestras para la prueba pericial no ordenó la destrucción inmediata del remanente, sin que pudiera alegar la ignorancia del precepto ya que tanto el Secretario del Despacho como el Personero le alertaron sobre el procedimiento a seguir.

3. La negligencia se pregona por el hecho de haber mantenido la sustancia en el juzgado por lapso mayor a treinta días, sin ordenar

su destrucción so pretexto de esperar unos resultados que la norma no exige.

4. Al no compartir la providencia que recurre, demanda su revocatoria para que se profiera sentencia de condena contra el doctor Mendoza Villa (fls. 405 y ss.).

ALEGATOS DE NO RECURRENTES

El defensor del procesado, solicita se confirme la sentencia recurrida, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Luego de transcribir el texto de los artículos 78, 79 y 81 de la Ley 30 de 1986, considera que como las autoridades de policía judicial no practicaron la diligencia de identificación prevista en el artículo 78, su defendido no podía dar aplicación al 79 que ordena la destrucción de la sustancia, sino observar el cumplimiento del artículo 81 que fue lo que en efecto hizo.

2. En la aplicación del artículo 81 no materializó imprudencia por omisión alguna al no haber dispuesto la destrucción del fármaco, de donde colige atipicidad en la conducta por haber actuado conforme lo prescribe la ley.

3. En el evento de no compartirse lo anteriormente expuesto, considera procedente analizar la conducta de su prohijado desde el punto de vista del contenido subjetivo, siendo para ello necesario partir de la convicción que le asistió al Juez sobre la aplicabilidad del artículo 81 de la Ley 30 de 1986, la que se materializó al controvertir a quienes consideraron que la actuación siguiente debería ser la destrucción de la sustancia.

La convicción, seguridad y buena fe en el obrar de su prohijado, descartan de plano cualquier vestigio de imprudencia; lo único que se le podría endilgar sería una equivocada interpretación de la normatividad, sin trascendencia penal alguna.

4. En lo relativo al reproche por no haber destruido la sustancia una vez llegó el dictamen pericial que estaba esperando, este hecho no le es imputable a su asistido quien solamente se enteró de ello por la Secretaría del Juzgado luego de producido el apoderamiento, pues el informe sobre el particular le fue presentado el 4 de julio.

Además, dice, con fundamento en el artículo 81 ejusdem, el posterior procedimiento no era la destrucción de la sustancia como se ha aludido.

5. En cuanto a la imputación por haber depositado la sustancia en las oficinas del Juzgado, lugar que en criterio de la Fiscalía no garantizaba su seguridad, en vez de haberlo hecho en la caja fuerte de un banco de la localidad, alude el defensor que debe hacerse "la

necesaria diferenciación entre la previsibilidad y el deber jurídico de prever que con base en la misma existe, pues aún en el evento de la posibilidad de anticipación intelectiva de un resultado, es lo cierto que en la medida en que no haya el deber jurídico de hacerlo, la no previsión de ninguna manera puede constituir fundamento de imputación de ese resultado a título de culpa".

Adicionalmente, "también existe una relación de carácter íntimo entre la previsibilidad y el deber de prever el resultado, pendiendo el mencionado deber del grado de posibilidad de que el resultado ocurra, de tal manera que en la medida en que la posibilidad sea demarcada, clara evidente, es decir que dentro de un ámbito de normalidad o de acuerdo a la naturaleza misma de las cosas usualmente suceda el resultado, surge el deber de cuidado en proporción al margen de posibilidades de acaecimiento del evento y naturalmente el deber de cuidado objetivo concretado en el hecho de tomar las medidas necesarias en aras de evitar el resultado dañoso".

Aunque en ambas hipótesis el resultado puede ser objetivamente previsible, mientras en la primera se da la exigibilidad jurídica de hacerlo y de obrar de acuerdo con esa previsión, exigirlo en la segunda sería pretender el rebasamiento del cuidado habitualmente requerido para una normal convivencia.

Por lo anterior interroga si el Juez debió prever la acción delictuosa y por no hacerlo violó el deber de cuidado, la respuesta es negativa si se tiene en cuenta que depositó la sustancia en un lugar seguro del juzgado, al cual sólo él tenía acceso por ser el único poseedor de la llave, se trataba de un edificio recientemente construido que colinda con las instalaciones de policía y ubicado en una localidad absolutamente pacífica en donde nunca se había presentado un hecho similar al sucedido.

Concluye, entonces, que el procesado no estaba, como nadie lo está, obligado a prever resultados propios de acciones excepcionales, pues consideró fundadamente seguro su despacho para depositar allí la sustancia.

Resalta, por último, que ningún elemento de juicio válido tiene la Fiscalía para afirmar que las instalaciones del Juzgado comportaban un lugar inseguro (fls. 413 y ss.).

SE CONSIDERA:

1. Se encuentra suficientemente acreditado que por la época de los hechos, el doctor *Alvaro Mendoza Villa* se desempeñaba como Juez Octavo de Instrucción Criminal, pues al expediente fueron incorporados el acuerdo de nombramiento, el acta de posesión y la constancia de estar desempeñando el cargo para el 28 de junio de

1991, de donde surge clara la competencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó para conocer de este asunto, en cumplimiento de lo previsto por los artículos 69-2 del Decreto 050 de 1987 y 70 del Decreto 2700 de 1991.

2. De la misma manera, los distintos medios de prueba allegados al informativo, permiten arribar a la conclusión que los once mil quinientos quince gramos [11.515 grs.] de cocaína fueron sustraídos la noche del 28 de junio de 1991 del despacho judicial a cargo del doctor *Alvaro Mendoza Villa*, pues habían sido puestos a su disposición desde el 28 de mayo de ese año por el Comandante del Tercer Distrito de Policía del Chocó.

No cabe duda que los doce paquetes de la sustancia entregada a la policía por el ciudadano *Valerio Beltrán Valois*, los cuales fueron puestos a disposición del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, contenían clorhidrato de cocaína, tal como ya había sido advertido por los funcionarios tanto en el oficio remisorio (fl. 176), como en el acta de inspección (fl. 173), y confirmado por el Instituto de Medicina Legal -Seccional Medellín- (fl. 182).

Tampoco admite cuestionamiento alguno la sustracción de dicha sustancia por personas desconocidas hasta el momento, de las instalaciones del Juzgado donde se hallaba guardada, la noche del 28 de junio de 1991, para lo cual realizaron agujeros en el cielo raso del Palacio Municipal, pues de ello dejan constancia la inspección judicial practicada por el funcionario acusado (fl. 184), y las declaraciones del Secretario del Juzgado *Juan Evangelista Gruesso Rodríguez (fl. 13), así como las de los señores Rafael Antonio Maya Quejada (fl. 14), Pablo Hernando Murillo Córdoba (fl. 18), Omar Mosquera Palacios (fl. 21), Orfilio Mosquera Machado (fl. 23), Manuel Gregorio Vidal Rojas (fl. 34), Laurencio Perea Perea (fl. 37), Augusto Ismael Sabogal Choachí* y *Henry Gómez Gamba (fl. 96)*.

3. Según los términos del acta suscrita por el Juez Mendoza Villa, el Personero Municipal, el Comandante del Tercer Distrito de Policía, dos agentes de esa institución y el Secretario del Juzgado (fl. 173), se tiene que luego haber tomado las muestras para someterlas al proceso de identificación por el Departamento de Estudios Criminológicos y Policía Judicial (DECYPOL) de Medellín, el funcionario dispuso que los paquetes que la contenían debían permanecer en las instalaciones judiciales "hasta tanto se envíe al Juzgado de Instrucción Criminal el resultado de las muestras, y así proceder a su destrucción de conformidad con los lineamientos de ley".

4. Para la Fiscalía, el Juez Mendoza Villa es responsable penalmente de haber realizado las previsiones del artículo 39 de la Ley

30 de 1986, puesto que, en primer lugar, no dio cumplimiento al claro mandato del artículo 79 del mismo estatuto que ordena la destrucción de la sustancia una vez hecha la inspección y tomadas las muestras y, en segundo término, dispuso guardar la sustancia en las oficinas del Juzgado que no garantizaban su seguridad "bajo el deleznable argumento de que debería esperar los resultados del análisis químico toxicológico que debería producir el Instituto de Medicina Legal", cuyas conductas culposas, originadas en la falta de previsión, dieron lugar a que la sustancia fuera sustraída, pues pese a ser aconsejado de su destrucción tanto por el Secretario como por el Personero Municipal "tercamente rechazó esa opción", siendo estas consideraciones el núcleo central de la acusación.

4. Tales argumentos fueron desestimados por el fallador de instancia, en providencia que por vía de apelación corresponde ahora revisar a la Corte, en la cual dedujo insatisfechos los requisitos del artículo 247 del C. de P. P. para proferir sentencia de condena, pues las pruebas "no logran instaurar la certeza del hecho investigado, y menos que le sea endilgable a título de responsabilidad culposa".

5. A los planteamientos del Tribunal, la Corte responde de la manera siguiente:

El Tribunal, al analizar las pruebas, incurre en gran desacierto al referirse indebidamente a la actuación del funcionario acusado en relación con la sustancia que había sido incautada en el Corregimiento de El Valle, pues si bien es cierto sobre ella el doctor Mendoza Villa realizó diligencias preliminares y solicitó al Comandante del Tercer Distrito de Policía que le fuera puesta a su disposición, su orden no se cumplió por cuanto ya había sido entregada al Jefe de la Sijin del Departamento (fl. 104).

Esta falta de precaución del Tribunal para adentrarse en la evaluación de los medios de prueba, no podía traer conclusión distinta a la errónea apreciación de los hechos, pues concluyó que sobre la droga que es motivo de pronunciamiento se practicaron dos diligencias de pesaje cuando ello no corresponde al devenir fáctico que registra la actuación.

Igual afirmación procede cuando el Tribunal cuestiona que la Fiscalía no prestó atención al contenido del auto que obra a folios 136, en el cual se deja constancia que dicho pronunciamiento se fundamentó en el oficio 165 proveniente de la Personería Municipal en donde da cuenta de irregularidades detectadas en el tratamiento dado a una sustancia incautada por la policía y que por ello el Juez dispuso que la sustancia fuera trasladada a su Despacho por la desconfianza en el cuerpo armado. Resáltase que el estupefaciente

al cual hace referencia el Tribunal, así como el pronunciamiento que dio origen al inicio de la averiguación preliminar por el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, corresponde al incautado en el Corregimiento de El Valle, no al que la policía puso a disposición del Juzgado luego de haber sido hallado por un pescador en el Corregimiento de Cupica.

De ahí que la Corte califique inapropiada la afirmación del Tribunal cuando dice que "desafortunadamente, nadie absolutamente le prestó la debida atención a ese auto, para haber aportado el oficio, y desde luego indagar en el Agente del Ministerio Público sobre el asunto que él consideraba irregular en la Policía Nacional".

En contradictorio pronunciamiento, el Tribunal fundamentó su decisión en no encontrar probado el hecho, en que el procesado actuó amparado en una causal legal de justificación, y, finalmente, en que no hubo negligencia descuido o imprudencia de su parte.

Cierto es, como lo alude el a quo, que los jueces en sus decisiones no están obligados a escuchar consejos o recomendaciones dados al margen del proceso por los sujetos que en él intervienen o los empleados de su Despacho, puesto que sus funciones están precisamente señaladas por la ley, pero ello no debe confundirse con la advertencia que se le puede hacer al funcionario en el sentido que su conducta representa amenaza o vulneración de los bienes jurídicamente tutelados, pues el deber de lealtad con la administración impone hacer patente la trascendencia de este tipo de efectos a fin de que adopte los correctivos necesarios.

Para la Corte, no admite duda alguna, como ya se expuso, que la cocaína desapareció del Juzgado cuando se encontraba a disposición del Juez acusado, de donde surge impertinente la afirmación del a quo sobre la falta de certeza del hecho investigado, restando analizar solamente si la descripción comportamental socialmente relevante tipificada por el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, relativa a la "sustracción" de las sustancias incautadas, se realizó a consecuencia de la violación del deber de cuidado por parte del citado funcionario.

No cabe la menor duda que de acuerdo con la cantidad de droga incautada (11.515 grs.) y su calidad (cocaína clorhidrato), su valor comercial para los narcotraficantes, la manera como fue hallada (en despoblado), de cuyo acontecimiento estaba enterada la población en general, además de las autoridades, son circunstancias que fácilmente hacían prever que podría ser objeto de apoderamiento.

De ellas estaba enterado el Juez Mendoza Villa, quien no obstante los controles normativos existentes que le trazaban las precisas

pautas de conducta a llevar a cabo en un caso como el sometido a su conocimiento, expresamente reglado, se apartó de su cumplimiento dando lugar a la producción del resultado lesivo del ordenamiento jurídico por el cual se le acusó, pues dada la publicidad que tuvo la incautación de la droga y del lugar donde fue depositada, permiten sostener que pese haberse representado la posibilidad de que la sustancia fuera sustraída, confió imprudentemente en que ello no ocurriera.

El argumento en que se apoya la defensa para demandar la confirmación de la providencia impugnada, relacionado con que las instalaciones del juzgado ofrecían la seguridad debida para guardar allí elementos de la naturaleza de la sustraída, se encuentra totalmente desvirtuado en el presente caso, puesto que el expediente refleja que el lugar es inseguro, tanto que con antericridad a los hechos investigados de allí ya se había sustraído un rifle y unos chalecos salvavidas, según palabras del mismo procesado en la injurada y en la audiencia pública.

Además, es lo cierto que la ley previendo la ocurrencia de hechos como el que es objeto de pronunciamiento, no delegó en el juez la responsabilidad de su cuidado, sino que señaló expresamente el destino que debía dársele a los estupefacientes incautados, precisamente -es fácil entenderlo-, precaviendo que la función judicial y policial en la lucha contra el narcotráfico, se convirtiera en factor auspiciador del propio tráfico ilícito.

A esta conclusión se llega luego de estudiar sistemáticamente el contenido de los artículos 78, 79, 81, 82 y 83 de la Ley 30 de 1986.

En efecto. El artículo 78 señala el procedimiento para la identificación técnica preliminar de las sustancias estupefacientes decomisadas por la Policía Judicial, cumplido lo cual, "la depositarán, dentro del término de la distancia en sus oficinas más cercanas, y en lo posible, dentro de las cajas fuertes; en todo caso, se utilizarán empaques que serán lacrados, sellados y firmados por quienes intervengan en la diligencia y el agente del Ministerio Público dejará constancia cuando se abran, de que tales paquetes permanecieron inalterados" según lo dispone el artículo 83.

Realizado lo anterior, *la actuación* -no la droga-, deberá remitirse al funcionario instructor "quien al día siguiente de recibirla, practicará, con la presencia de un agente del Ministerio Público, una diligencia de inspección judicial", obviamente en el lugar donde la sustancia hubiese sido depositada conforme las previsiones del artículo 83.

"Una vez hecha la inspección, el juez tomará una muestra de la droga decomisada y la enviará a la seccional más próxima del Instituto de Medicina Legal, a fin de que se haga una nueva perita-

ción. Inmediatamente ordenará y presenciará la destrucción del remanente y sentará el acta respectiva, que suscribirán el agente del Ministerio Público y las demás personas que hayan intervenido en la diligencia" según lo establece el artículo 79 ejusdem.

De conformidad con el artículo 81 del mismo Estatuto, las autoridades de policía judicial "que decomisen droga que produzca dependencia y no cuenten con el equipo técnico necesario para practicar la identificación pericial prevista, enviarán la sustancia decomisada a la unidad del departamento administrativo de seguridad de la Policía Nacional, de la Dirección General de Aduanas o del Instituto Seccional de Medicina Legal más cercano que disponga del equipo técnico adecuado".

Se tiene de lo dicho, que por parte alguna la legislación vigente, autoriza la conservación o custodia de sustancias estupefacientes en los Despachos Judiciales, pues aún teniendo presente la posibilidad que en el lugar se carezca de instrumental técnico adecuado para realizar la diligencia de identificación preliminar, la ley estableció las pautas a seguir en ese evento por los funcionarios, conducta que no puede ser otra distinta al envío de la sustancia a los lugares indicados en el artículo 81 ejusdem.

Entonces, cualquier consideración en torno a los motivos por los cuales el Ex Juez sindicado no remitió la droga a las dependencias de la Policía Nacional del lugar, o se abstuvo de guardarla en las bóvedas de seguridad de la Caja Agraria de la localidad, no poseen entidad alguna que justifique o explique la inobservancia del categórico mandato legal que le señalaba precisas entidades oficiales a donde debía ser enviada.

Ahora bien, en el pliego enjuiciatorio se reprochó al Juez Mendoza Villa haber desoído los consejos que de la destrucción inmediata del alcaloide le hicieron el Personero Municipal y el Secretario del Juzgado, y que luego de tomadas las muestras debió proceder conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 79, lo cual no hizo. No obstante esta particular interpretación de la normatividad, que como se dejó visto no es la procedente si se tiene en cuenta que sobre la referida sustancia no se había practicado peritación alguna por la Policía Judicial precisamente ante la ausencia de equipo técnico que permitiera su realización, es lo cierto que a instancias del Juez el alcaloide permaneció por espacio de treinta días en las instalaciones del juzgado de donde fue sustraída sin que durante ese tiempo hubiese realizado actividad alguna tendiente a la identificación preliminar y su posterior destrucción.

Aunque se admitiera en gracia de discusión como explicable que el Juez no hubiese dispuesto la destrucción inmediata de la

cocaína una vez tomadas las muestras, a consecuencia de no haberse practicado la diligencia de identificación preliminar, como lo aludió el defensor en la audiencia pública, por el riesgo que se corría de que las muestras fueran cambiadas en el trayecto del Juzgado al lugar donde debía realizarse el experticio, ello en manera alguna diluye la prueba de la responsabilidad penal del acusado en el hecho, pues no sirve de soporte para justificar la tenencia de la sustancia en las instalaciones del juzgado por tan largo periodo de tiempo en las condiciones ampliamente referidas, como se anotó, mucho menos si se da en considerar que el funcionario sobrepasó indebidamente la competencia temporal que, por el lapso perentorio de ocho días, le confería el artículo 1o. del Decreto 99 de 1991, que modificó el Decreto 2790 de 1990.

El asunto no era de interpretación normativa en ejercicio de la discrecionalidad judicial, terreno hacia el cual se ha querido desviar la atención, sino de cumplimiento efectivo de la ley que señala el destino que debe dársele a las sustancias estupefacientes, en disposiciones que fueron desatendidas caprichosamente por el acusado quien con cuya conducta dio lugar a la sustracción de la sustancia.

Pero, aún suponiendo que el procedimiento legal da para interpretar que si no se ha practicado la identificación de la sustancia no se puede proceder a su destrucción, y que esa circunstancia obliga a ser guardada mientras se produce el concepto técnico, en esa hipótesis subsiste la violación del deber de cuidado objetivo realizada por el doctor Mendoza Villa por varios motivos: El primero por decidir guardar la sustancia en un sitio que de antemano sabía era inseguro, pues del archivo del juzgado ya habían sido sustraídos unos chalecos salvavidas y un rifle. El segundo por no haber realizado ninguna labor tendiente a la identificación preliminar del alcaloide, de manera tal que esa actividad le permitiera dar cumplimiento a los perentorios términos señalados en el artículo 79 del Estatuto de Estupefacientes, pues en el expediente no obra constancia que el procesado hubiere siquiera intentado pedir el auxilio de los expertos a esos propósitos; el tercero por no haber dispuesto la destrucción del alcaloide una vez llegó al juzgado el examen técnico realizado por el Instituto de Medicina Legal - Seccional Medellín-, toda vez que entre la fecha de haberse recibido (26 de junio) y la fecha de sustracción del alcaloide (28 en la noche) transcurrió un tiempo más que suficiente para proceder conforme lo dispone el artículo 79 de la Ley 30 de 1986.

El hecho de que el Secretario del Juzgado no hubiera informado de tal circunstancia sino precisamente el día en que se percató el Juez del desaparecimiento de la droga, no exonera de responsabili-

dad al funcionario que es acusado en este caso, habida cuenta que la cantidad de alcaloide que a su cargo se encontraba (mayor de once kilogramos) y la falta de respuesta oportuna del Instituto de Medicina Legal, anunciaban que debía estar presto a darle el destino legalmente establecido a la droga incautada, por el riesgo de pérdida que implicaba seguirla conservando sin la debida seguridad.

No se trata pues, de haber omitido el deber de cuidado medio que a los funcionarios se exige en la protección de los bienes oficiales, ni de tener la posibilidad de prever situaciones excepcionales como la penetración violenta a las instalaciones del Juzgado, sino de la violación del deber de cuidado en el cumplimiento efectivo de la ley sobre el procedimiento a seguir con las sustancias estupefacientes que se incauten. A este respecto, debe resaltarse que tanto el procesado como su defensor han aludido que aquél tenía la firme convicción de la aplicabilidad, en este caso, de las previsiones del artículo 81 de la Ley 30 de 1986 y que ello fue lo que hizo. Sin embargo, ni siquiera del simple tenor literal de la norma, cotejado con la actuación realizada por el funcionario acusado, se desprende que tal disposición normativa hubiese sido aplicada, pues, como se deja visto, el procedimiento obligaba a su identificación y destrucción, a más tardar al día siguiente de haber recibido las diligencias o, en caso contrario, cuando se carecen de equipos técnicos, disponer el envío de la sustancia a las dependencias oficiales previamente establecidas para ello por el mismo estatuto a efecto de realizar allí el proceso de identificación, nada de lo cual hizo.

En estas condiciones, pese a los esfuerzos de la defensa por poner de presente que se trató de un asunto de interpretación de la ley, es lo cierto que fue debido al imprudente apartamiento de las pautas de conducta señaladas en la ley 30 de 1986 por el doctor Mendoza Villa, que el alcaloide desapareció cuando se encontraba a su cargo, de donde se colige que su conducta corresponde a la realización de las previsiones del artículo 39 de la Ley 30 de 1986, imputable subjetivamente a título de culpa.

Fueron precisamente razones de política estatal las que determinaron al legislador trazar expresamente en un estatuto normativo las pautas de conducta a ser seguidas por los funcionarios en los casos como éste de conocimiento por el Doctor Mendoza Villa, con miras a brindar mayor eficacia en la lucha de las autoridades contra el narcotráfico, pues no de otra manera puede entenderse que a la par de los controles establecidos, se sancionara con "mayor gravedad punitiva aquellos comportamientos de los funcionarios o empleados oficiales que faltando a sus deberes funcionales se prestan para el favorecimiento de quienes participan del negocio

de la droga, a través de la realización de conductas que, si no existiera esta disposición, estarían previstas de manera más benignamente tratadas, por las normas del C. Penal. Prevaricatos, Abusos de Autoridad, Fugas de Presos, y otras actuaciones infractoras de las Administraciones Pública y de Justicia, entran a constituirse en formas comisivas de este tipo especial cuya existencia desplaza la subsunción hacia él y excluye, por concurso aparente, la posibilidad de concurrencia. Así las cosas, el tipo penal del artículo 39 del estatuto (Ley 30 de 1986) envuelve una medida específica para garantizar el cumplimiento y la eficacia de las disposiciones del mismo, de manera que apunta a proteger de modo especial la función del Estado y sus servidores en lo que tiene que ver con las normas allí integradas", según lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Corte (Auto Segunda Instancia. Oct. 23/95. M. P. Dr. *Mejía Escobar*).

De ahí que la relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y el resultado dañoso producido, no debe buscarse en la mayor o menor diligencia que hubiese puesto cualquier hombre prudente en la conservación o custodia del alcaloide, sino en la verificación del incumplimiento efectivo de muy concretas normas jurídicas que le obligaban a evitar los menores riesgos de sustracción o desaparecimiento de la sustancia ilícita.

Con el comportamiento del doctor Mendoza Villa, se lesionó el bien jurídico de la salud, la economía y eficacia de las políticas de lucha contra el narcotráfico, pues debido a su proceder temerario e imprudente en el no cumplimiento de la ley, dio lugar a que once mil quinientos quince gramos de cocaína clorhidrato, retornaran al tráfico ilícito de donde provenían luego de haber sido decomisados por la policía, sin que opere en su favor ninguna causal legal de justificación como erradamente lo sostuvo la Corporación de primera instancia, pues el hecho imputado no fue realizado "en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público", sino que la sustracción se produjo precisamente a consecuencia del desprecio por las obligaciones legalmente impuestas, como que la droga desapareció por no haber dado cumplimiento a las previsiones del Estatuto de Estupefacientes.

En estas condiciones, al encontrar la Corte fundadas las inconformidades del recurrente y hallándose satisfechos, en grado de certeza, los requisitos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, no existe más alternativa que revocar la sentencia impugnada para, en su lugar, condenar al procesado doctor *Alvaro Mendoza Villa* como autor penalmente responsable del delito culposo previsto en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986.

Para efectos del proceso de individualización judicial de la pena, se tiene que si bien en el pliego enjuiciatorio no fueron contempladas circunstancias genéricas de agravación punitiva, es evidente que al haber desaparecido la droga cuando se encontraba en una dependencia oficial, en este caso de las instalaciones del Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Bahía Solano, se configuró la causal prevista en el ordinal 15 del artículo 66 del Código Penal, cuya aplicación se impone al momento de proferir el fallo por ser de naturaleza objetiva y aparecer demostrada dentro del proceso; de otra parte, en favor del procesado concurren las circunstancias genéricas de atenuación previstas en los ordinales 1o. y 6o. del artículo 64 ejusdem puesto que no obra constancia que el doctor Alvaro Mendoza Villa hubiere sido procesado o sentenciado por hechos distintos a los que ocuparon la presente investigación; en cambio sí aparece acreditado que luego de sustraída la sustancia, inmediatamente practicó inspección judicial y denunció el hecho con el propósito de lograr descubrir a los responsables del delito de hurto, los cuales constituyen actos de procuración voluntaria a la disminución de las consecuencias derivadas de su conducta.

En estas condiciones, tomando en cuenta que la droga desapareció a pesar de haber previsto el funcionario acusado el riesgo de sustracción que implicaba guardarla en un lugar inseguro como las instalaciones del Juzgado, no se partirá del mínimo punitivo señalado en la disposición transgredida (48 meses de prisión), sino de sesenta meses de prisión —doce meses superiores al mínimo por virtud del grado de culpabilidad culposa—, guarismo que por mandato del inciso 2o. del artículo 39 de la Ley 30 de 1986, debe ser disminuido "hasta la mitad", en este caso, atendiendo la gravedad del hecho, en veinticuatro (24) meses, quedando en definitiva treinta y seis (36) meses de prisión.

Igualmente, en contra del doctor *Alvaro Mendoza Villa* se dispondrá la pérdida del cargo de Juez Octavo de Instrucción Criminal de Bahía Solano y la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de la pena privativa de la libertad, como penas principales establecidas para el hecho imputado y por el cual se le juzgó.

Como se satisfacen los requisitos del artículo 68 del Código Penal, toda vez que la pena a imponer no excede de tres años de prisión, su personalidad refleja que no se trata de un sujeto con tendencia a delinquir, y la naturaleza y modalidades del hecho punible permiten suponer que el doctor Mendoza Villa no requiere de tratamiento penitenciario, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de la libertad por un período de prueba de dos (2) años, para lo cual, dentro de los tres días siguientes a la notificación que

se le haga de esta sentencia, deberá suscribir diligencia de compromiso en los términos del artículo 69 del C.P., con presentaciones cada treinta (30) días ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó o ante la autoridad que esa Corporación determine, cuyo cumplimiento garantizará mediante caución prendaria que, para estos efectos, será la misma prestada cuando se le concedió la libertad provisional (fl. 265).

No obstante el subrogado penal que de oficio se concede, la Sala considera pertinente exigir, en este caso, el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad como la interdicción de derechos y funciones públicas y la pérdida del cargo de Juez Octavo de Instrucción Criminal de Bahía Solano.

Finalmente, como se observa que los Magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó que suscribieron la providencia que es objeto de alzada, al proferirla pudieron haber transgredido la ley penal, se dispondrá compulsar copias del expediente con destino a la Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, a efecto de que, si es del caso, se adelante la averiguación que corresponda.

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. REVOCAR la sentencia motivo de apelación.

Segundo. CONDENAR al doctor *Alvaro Mendoza Villa* como autor penalmente responsable del delito culposo previsto en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, a las penas principales de treinta y seis (36) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y la pérdida del cargo de Juez Octavo de Instrucción Criminal de Bahía Solano.

Tercero. CONCEDER al doctor Mendoza Villa, el subrogado de la condena de ejecución condicional, suspendiéndole la ejecución de la pena privativa de la libertad por un período de prueba de dos años, para lo cual deberá suscribir diligencia de compromiso en los términos anotados en la motivación de esta providencia.

Cuarto. Exigir del doctor *Alvaro Mendoza Villa* el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que se imponen mediante esta sentencia.

Quinto. Por la Secretaría de la Sala compúlsense las copias de que tratan los artículos 501 y 508 del Código de Procedimiento Penal, y las referidas en la parte motiva de esta sentencia con destino

a la Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia para que, si es del caso, se adelante averiguación que corresponda sobre la conducta de los Magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Quibdó que suscribieron la sentencia objeto de alzada.

Sexto. Para la notificación personal de esta providencia al sentenciado doctor *Alvaro Mendoza Villa*, y la suscripción de la diligencia de compromiso referida en la parte motiva, LÍBRESE DESPACHO COMISORIO a la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (fl. 267).

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LESIONES PERSONALES/CONTRAVENCION/PRESCRIPCION

En criterio que ahora se reitera, esta Sala precisó en sentencias del 18 de diciembre de 1.989, M.P. Dr. Jorge E. Valencia Martínez (Rev. 3314), 4 de junio de 1.990, M.P. Dr. Jaime Giraldo Angel (Rev. 3955) y 3 de agosto de 1.994, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel (Rev. 8585), que salvo el tema de la competencia, los demás aspectos de que se ocupó la referida Ley 2a. de 1.984 no fueron objeto de estudio y pronunciamiento de constitucionalidad, valga decir, que tanto el procedimiento en ella señalado como el término prescriptivo especial consagrado en el art. 9°, continuaron vigentes, pues en las posteriores reformas, Decreto 1.450, Ley 55 de 1.984, Decreto 217 de 1.985 y Decreto 0050 de 1.987, estos temas no fueron objeto de regulación, siendo sólo con la entrada a regir de la Ley 23 de 1.991 (modificada por la Ley 227 y 228 de 1.995) y el Decreto Reglamentario 800/91, que delitos como el que ahora nos ocupa, han venido a convertirse en contravenciones especiales, regulándose un procedimiento y fijando la competencia, en primer instancia en los Juzgados Penales o Promiscuos Municipales y manteniendo un lapso de dos (2) años, conforme lo dispone el art. 10 del mismo estatuto.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente : Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Proceso No. 10179 Aprobado Acta No. 124

VISTOS

Surtido el trámite señalado en el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Sala decidir la acción de revisión instaurada por el Procurador 17 Delegado en Asuntos Penales, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 31 de mayo de 1.993, por medio de la cual, entre otras decisiones, confirmó el fallo proferido por el Juzgado 26 Penal del Circuito el 31 de marzo del mismo año, que condenó a los

procesados *Pedro Héctor Rojas Roa y Hermes Jurado Cano*, por los delitos de hurto en concurso homogéneo y sucesivo y falsedad en documento privado, también en concurso, a la pena principal de 26 meses de prisión, con la única modificación consistente en declarar la prescripción de la falsedad documental consumada el 20 de mayo de 1.986.

HECHOS

Fueron consignados en la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

"Refieren los autos que para el mes de julio de mil novecientos ochenta y seis, ante reclamo realizado por el señor Luis Enrique Morales Jiménez sobre el saldo en su cuenta de Ahorros del Banco de Bogotá -Sucursal Los Héroes-, se procedió a realizar una investigación interna por parte de la Auditoria de dicho Banco, de la cual resultó que eran falsificadas las firmas en los formatos de retiros, los cuales no excedían de la cantidad de treinta mil pesos, siendo pagados éstos en una de las cajas de la misma entidad bancaria.

Como resultado de dicha investigación se obtuvo que *Pedro Héctor Rojas Roa* encargado de la Sección Fiduciaria y con acceso a la información registrada de las cuentas de Ahorros, fue quien elaboró dichos retiros, los cuales se hicieron efectivos por la colaboración del cajero auxiliar *Hermes Jurado Cano*, suma que posteriormente era repartida en partes iguales, entre los antes mencionados" (fl. 294).

ACTUACION PROCESAL

Por estos hechos formuló denuncia penal el 30 de julio de 1.986 la Gerente de la sucursal "Los Héroes" del Banco de Bogotá, señora Daniela Descovich de Garcés. Allí puntualizó que tanto las falsedades cometidas, como los apoderamientos de dinero habrían tenido ocurrencia durante los meses de mayo, junio y julio de dicho año.

El día 4 de agosto siguiente, el Juzgado Primero de Instrucción Criminal de la época decretó la apertura de la investigación (fl. 17), y el Juzgado Veinticinco de la misma categoría calificó el mérito de las pruebas mediante auto del 27 de abril de 1.992, profiriendo resolución acusatoria contra *Rojas Roa* y *Jurado Cano* por los delitos de falsedad en documento privado en concurso y hurto agravado, también en concurso (fl. 240).

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado 26 Penal del Circuito condenó a los procesados por los diversos delitos de hurto y falsedad

que les fueran imputados en la acusación, imponiéndoles la pena principal de 26 meses de prisión.

El Tribunal Superior al desatar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y en respuesta a la petición que hiciera de la "prescripción especial" prevista en el artículo 9° de la Ley 2a. de 1.984, en decisión fechada el 31 de mayo de 1.993, determinó que si bien se estaba en presencia de un concurso de hechos punibles de hurto, como que se trató de ocho diversos apoderamientos de dinero en cuantías inferiores de $30.000.oo, y de igual número de falsedades documentales, igualmente en concurso, respecto de los delitos patrimoniales no era aplicable la citada Ley, toda vez que los hechos acá investigados nunca fueron de conocimiento de las autoridades de policía y esta era una exigencia legal determinante para su procedibilidad.

Precisó el Tribunal que a pesar de haber otorgado la citada Ley competencia a los inspectores de policía para conocer, entre otros delitos, el de hurto agravado cuando la cuantía fuera inferior a treinta mil pesos, a partir del fallo de inexequibilidad del 31 de mayo de 1.984, éstas conductas fueron nuevamente de conocimiento de los jueces penales municipales. En tales condiciones, como quiera que los hechos acaecieron en los meses de mayo, junio y julio de 1.986, es decir, con posterioridad a dicho pronunciamiento y sin que de ellos hubieren conocido las autoridades de policía, en consecuencia, las normas sobre prescripción aplicables serían aquellas señaladas en los artículos 80 y s.s. del Código Penal y no las que sobre la materia contempló el referido ordenamiento.

Consideró el ad quem, además, que en relación con la falsedad documental ocurrida el 20 de mayo de 1.986 y teniendo en cuenta que el calificatorio quedó ejecutoriado el 5 de junio de 1.992, la acción penal por este hecho sí habría prescrito, haciendo la declaración correspondiente y confirmando en lo demás la decisión impugnada.

DEMANDA DE REVISIÓN

Aduce el señor Procurador 17 en lo Judicial Penal, la causal segunda de revisión contemplada en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, cuya literalidad es la siguiente:

"2° Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, *en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción*, por falta de querella o petición válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal".

Aclara en primer término el actor, que la acción se dirige contra los delitos de hurto que fueran juzgados en concurso homogéneo y

sucesivo, mas no así contra los punibles de falsedad en documento privado.'

Enseguida, agrega:

"Cada delito prescribe autónomamente. Los hurtos acontecieron el 20 de mayo, 6 16, 19, 23, 26 de junio, 2 y 4 de julio de 1.986, en cuantías de 5.000=, 20.000=, 10.000=, 10.000=, 10.000=, 4.000=, 20.000= y 30.000= pesos respectivamente. El 5 de junio de 1.992, después de las 6 de la tarde, quedó ejecutoriada la resolución de acusación proferida contra los señores *Hermes Jurado Cano* y *Pedro Héctor Rojas Roa* por dichos reatos. Como transcurrieron más de dos años desde la realización de los hurtos agravados por la confianza sin que se hubiera 'calificado oportunamente' el mérito del sumario, han prescrito porque la cuantía no supera los $43.200= de conformidad con el artículo 9° de la Ley 2ª de 1.984, pues no se 'alcanzó a presentar el fenómeno jurídico de la interrupción' o si se prefiere la sentencia fue dictada con posterioridad a los 2 años de sucedidos los hechos punibles".

Este aserto no se modifica, en su criterio, por el hecho de que la Corte Suprema de Justicia hubiera declarado la inconstitucionalidad de los numerales 2° y 3° del artículo primero de la citada Ley, toda vez que aquéllos se referían exclusivamente a la competencia para el conocimiento de los delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico asignada entonces a las autoridades de policía.

Por ende, tanto en cuanto al procedimiento señalado para el juzgamiento de los delitos en cita, como respecto de la prescripción de dichas conductas, dice el accionante, las normas pertinentes de la Ley 2ª de 1.984 no se vieron afectadas por el fallo de constitucionalidad.

Considera igualmente que no es posible afirmar que dichas disposiciones hayan sido derogadas en razón de la entrada a regir del Decreto 0050 de 1.987, como quiera que éste regulaba apenas lo relacionado con delitos, sin referirse a las contravenciones.

Reproduce enseguida apartes de la respuesta dada por el jurista Jaime Bernal Cuéllar a una consulta elevada a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, con posterioridad al pronunciamiento en mención, sobre la competencia policiva asignada en la Ley 2ª de 1.984, en el sentido de considerar que ni el procedimiento ni el término prescriptivo habrían sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte, debiéndose entender que dichas disposiciones continuaban vigentes.

Destaca entonces el demandante que si bien la parte motiva del citado fallo afirma la contrariedad con la Constitución Política de

los artículos 1°, 2° y 3° de la Ley 2ª en cuanto a la competencia atribuida a las autoridades administrativas o civiles de policía para el conocimiento de los punibles de lesiones y contra el patrimonio económico de menor entidad y en la resolutiva la declaración de inexequibilidad no se hace dicha distinción, esto no significa que tales preceptos fueran excluídos del ordenamiento jurídico, toda vez que el fallo no tuvo incidencia respecto al procedimiento, ni la vigencia del término prescriptivo especial consagrado en el mencionado artículo 9°.

De otra parte, rechaza la posibilidad de que el Código de Procedimiento Penal de 1.987 hubiera derogado este precepto, en razón a que las conductas allí reguladas se habrían tornado "imprescriptibles o había que acudir a lo indicado en el C.P. hasta cuando comenzó a regir la Ley 23 de 1.991" que consagró la prescripción en el término de dos años contados a partir de la realización del hecho. De todas formas, asegura, así se aceptara que el Decreto 0050/87 derogó, entre otros, el citado artículo 9 de la Ley 2a., tendría que reconocerse su aplicabilidad en el presente caso por favorabilidad.

CONSIDERACIONES

A través de la Ley 2ª de enero 16 de 1.984 se introdujeron varias reformas a la administración de justicia y en el campo penal se modificó el Decreto 409 de 1.971, esto es, el Código de Procedimiento Penal vigente para la época.

Así, entre las modificaciones incluídas, se tiene la del artículo primero numerales 2° y 3° por medio de los cuales se asignó competencia a las autoridades de policía para el conocimiento de los delitos de lesiones personales en los casos previstos en el artículo 332 del Código Penal, cuando la incapacidad no fuera superior de 30 días y no produjera otras consecuencias, como también de los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no excediera de 30.000.oo pesos.

Del mismo modo se instituyó un procedimiento abreviado para su juzgamiento, disponiéndose además en el artículo 9° un lapso prescriptivo especial para estos hechos punibles, en los términos siguientes: "Las acciones de que trata el presente capítulo, prescriben en el término de dos (2) años contados a partir de la realización del hecho...".

Igualmente, dadas la finalidad y características de la Ley 2ª, no se hizo depender el término extintivo de la acción a la concreta sanción dispuesta para cada uno de los tipos penales individualmente considerados, sino que se estableció el genérico lapso de

dos (2) años, con base en el cual prescribirían los delitos de lesiones personales y contra el patrimonio económico en las modalidades señaladas, sin atinencia a los preceptos que sobre la materia señalaban los artículos 79 y s.s. del Código Penal.

Al ser demandada dicha ley en ejercicio de la acción ciudadana, mediante fallo del 31 de mayo de 1.984 la Corte Suprema de Justicia a quien se confiaba la guarda e integridad de la Constitución en la Carta Política vigente desde 1.886, declaró inexequibles algunos apartes de los artículos 1°, 2° y 3° de tal ordenamiento.

A través de esta decisión, la Sala Plena de la Corte consideró que el ejercicio de la función jurisdiccional, con algunas excepciones, era privativo de la rama judicial, razón por la cual declaró contraria a la Constitución Política la competencia que por el factor objetivo se atribuyó a las autoridades administrativas o civiles de policía para el conocimiento de delitos.

A su turno, en criterio que ahora se reitera, esta Sala precisó en sentencias del 18 de diciembre de 1.989, M.P. Dr. Jorge E. Valencia Martínez (Rev. 3314), 4 de junio de 1.990, M.P. Dr. Jaime Giraldo Angel (Rev. 3955) y 3 de agosto de 1.994, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel (Rev. 8585), que salvo el tema de la competencia, los demás aspectos de que se ocupó la referida Ley 2a. de 1.984 no fueron objeto de estudio y pronunciamiento de constitucionalidad, valga decir, que tanto el procedimiento en ella señalado como el término prescriptivo especial consagrado en el art. 9°, continuaron vigentes, pues en las posteriores reformas, Decreto 1.450, Ley 55 de 1.984, Decreto 217 de 1.985 y Decreto 0050 de 1.987, estos temas no fueron objeto de regulación, siendo sólo con la entrada a regir de la Ley 23 de 1.991 (modificada por la Ley 227 y 228 de 1.995) y el Decreto Reglamentario 800/91, que delitos como el que ahora nos ocupa, han venido a convertirse en contravenciones especiales, regulándose un procedimiento y fijando la competencia, en primer instancia en los Juzgados Penales o Promiscuos Municipales y manteniendo un lapso de dos (2) años, conforme lo dispone el art. 10 del mismo estatuto.

Así, y al haberse consumado los ocho delitos patrimoniales de hurto agravado por razón de la confianza y en cuantías inferiores de 30.000 pesos cada uno, entre los meses de mayo, junio y julio de 1.986, la acción penal estaba prescrita para el momento en que se profirieron las sentencias de primera y segunda instancias, de conformidad con el art. 9 de la Ley 2ª de 1.984, vigente para ese momento, como quiera que el calificatorio cobró firmeza el 5 de junio de 1.992, es decir, casi seis años después de realizadas las conductas punibles, siendo por tanto imperativo para la Corte

declarar sin valor la sentencia objeto de revisión, decretando en favor de *Hermes Jurado Cano y Pedro Héctor Rojas Roa* la cesación de todo procedimiento por prescripción de la acción penal.

Ahora bien, como quiera que el fallo se mantiene incólume respecto del concurso delictivo de siete falsedades en documentos privados por las que también fueran condenados los procesados y siendo que la pena impuesta por el Tribunal para estos delitos fue la de 12 meses, ésta será la que debe declararse ante la prescripción de la acción penal por los delitos de hurto. Por este mismo periodo se impondrá la pena accesoria interdictiva de derechos y funciones públicas.

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

1º. *Declarar* sin valor la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 31 de mayo de 1.993, en lo que dice relación a los delitos de hurto en concurso por los que fueran condenados *Hermes Jurado Cano* y *Pedro Héctor Rojas Roa*.

2º. En consecuencia, *Decretar* en su favor la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal.

3º. *Disponer* que a los procesados *Hermes Jurado Cano y Pedro Héctor Rojas Roa* les queda impuesta la pena principal de doce (12) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, como responsables del concurso de delitos de falsedad en documento privado.

Notifíquese y cumplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (no firmó), *Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

APELACION - Sustentación oral

El artículo 27 de la ley 81 de 1993 (art. 196B del C. de P.P.), estableció la posibilidad de que la apelación contra la sentencia se sustente de manera oral o escrita, pero sin que tales maneras sean excluyentes entre sí. Así, si todos los recurrentes manifiestan su propósito de sustentarlo por escrito, se surtirá el trámite previsto en el artículo 196 A, esto es, vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia, dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de 5 días, para la sustentación respectiva; y precluido tal lapso, correrá el traslado común a los no recurrentes por el término de 6 días. Pero si cualquiera de los sujetos procesales manifiesta su propósito de sustentar de manera oral el recurso, éste se concederá inmediatamente y no se aplicará el trámite anterior. Si el recurso no se sustenta, se declarará desierto.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Cordoba Poveda.*

Proceso No. 9885 Aprobado acta Nº 124

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de *Carlos Rodríguez Roa, Daniel Linares* y *Gustavo Baez Puentes* y por este último, contra la sentencia del diecisiete (17) de febrero de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá revocó la absolución del segundo de los citados y confirmó la condena de los restantes, impuesta por el Juzgado 21 Penal del Circuito de la misma ciudad, al hallarlos coautores de los delitos de falsedad material de particular en documento público, falsedad en documento privado y estafa, imponiéndoles las penas principales de 5 años de prisión y multa de $200.000, a cada uno, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso.

HECHOS

Los que dieron origen a la formación del proceso aparecen reseñados por la Corporación de instancia de la siguiente manera:

"El veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y uno, la Oficina Principal del Banco Comercial Antioqueño de esta capital constituyó a favor del Banco del Comercio 'UNIR', ocho (8) Certificados de Depósito a Término (C.D.T.), con vencimiento al veintisiete de febrero de 1992, por la suma de seiscientos veinticinco millones de pesos ($625.000.000.oo), moneda corriente.

"El veinticuatro de enero de 1992 se presentaron a la mencionada oficina del Banco Comercial Antioqueño, ocho Certificados de Depósito a Término (C.D.T.), con sendos avisos presuntamente enviados por la Bolsa de Bogotá, acompañados por las cartas de traspasos, también aparentemente suscritas por funcionarios del Banco de Comercio, para que se fraccionaran, en partes iguales cada uno, a nombre de Francisco José Cabal y José Manuel Londoño Mosquera, es decir, que se expidieran dieciséis CDT'S, en reemplazo de los anteriores y conservando la fecha de vencimiento del veintisiete de febrero de ese mismo año.

"El día del vencimiento El Banco del Comercio 'UNIR' solicitó prórroga y presentó los originales de los C.D.T.'S inicialmente expedidos y fue entonces cuando se estableció la falsedad de las cartas de la Bolsa de Bogotá y de las presuntas comunicaciones donde se solicitaba el fraccionamiento; así mismo, al verificar los Certificados recibidos se constató su falsedad, aunque idénticos o gemelos a los primigenios.

"Mientras tanto, los dieciséis certificados, producto del ilícito fraccionamiento, fueron negociados por varias entidades financieras de la capital, pero como estaban a nombre de los señores Cabal Cabal y Londoño Mosquera, se falsificaron las autorizaciones o actas de autenticación ante Notarías de este Círculo, para poder realizar estas operaciones en las cuales intervinieron, entre otros, los señores *Carlos Enrique Rodríguez Roa y Gustavo Báez Pueñes*, a quienes en últimas se les entregó el dinero o valor correspondiente a esas ventas de los C.D.T.'S.

"En estas condiciones, el Banco Comercial Antioqueño S.A., resultó defraudado en la suma de seiscientos veinticinco millones de pesos".

ACTUACIÓN PROCESAL

Por los anteriores hechos, la señora Derly Bretan de Kaiser, en calidad de gerente de Banco defraudado, formuló la respectiva

denuncia ante el Jefe de la Unidad Judicial del Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S), la cual fue remitida a los Juzgados de Instrucción Criminal (Reparto), correspondiéndole al 35 de la misma especialidad, el que por auto del 25 de marzo de 1992 ordenó diligencias preliminares.

Practicadas varias pruebas, el instructor, el 12 de junio de 1992, abrió la correspondiente investigación y siete (7) días más tarde escuchó en indagatoria a Carlos Enrique Rodríguez Roa a quien le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, como presunto autor de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, pronunciamiento que lleva fecha del 30 de junio del mismo año.

La demanda de constitución de parte civil se admitió el día 25 de agosto de 1992 y se declaró persona ausente a Gustavo Eduardo Báez Puentes, en providencia del 22 de septiembre del mismo año.

Escuchado en diligencia de indagatoria Daniel Linares, se le resolvió la situación jurídica junto a Gustavo Eduardo Báez Puentes con medida de aseguramiento de detención preventiva como presuntos coautores de los delitos de falsedad material de particular en documento público, falsedad en documento privado y estafa.

Perfeccionada la instrucción, fue cerrada por el Fiscal 261 de la Unidad de Investigaciones Especiales, a quien había pasado la actuación, con proveído del 17 de noviembre de 1992, y el 22 de diciembre siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Carlos Enrique Rodríguez Roa, Gustavo Eduardo Báez Puentes y Daniel Linares, como coautores de los delitos de falsedad material de particular en documento público, falsedad en documento privado y estafa.

El expediente pasó al Juzgado 21 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, que luego de dar cumplimiento a lo normado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, celebró en varias sesiones la audiencia de juzgamiento y pronunció la sentencia de primera instancia el 4 de noviembre de 1993, en la que condenó a los procesados Carlos Enrique Rodríguez Roa y Gustavo Eduardo Báez Puentes a la pena de cinco (5) años de prisión, como coautores de los delitos de falsedad material de particular en documento público, falsedad en documento privado y estafa. En el mismo pronunciamiento se absolvió a Daniel Linares.

Apelado el fallo por los defensores de los procesados condenados y por el representante de la parte civil, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá concluyó con la confirmación integral de la condena y revocó la absolución, condenando a Daniel Linares a la

pena de cinco (5) años de prisión como coautor de los mismos reatos antes mencionados.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Contra la sentencia de segunda instancia se presentaron tres demandas de casación en nombre de cada uno de los sentenciados, cuyos argumentos se pueden sintetizar así:

1. *Demanda a Nombre Gustavo Eduardo Baez Puentes*

Con apoyo en las causales primera y tercera de casación el defensor del procesado Báez Puentes formula tres cargos contra la sentencia de segunda instancia, así:

PRIMER CARGO

Acusa al sentenciador de haber proferido la sentencia en un juicio viciado de nulidad, por cuanto la vinculación de su protegido al proceso se realizó de manera irregular, ya que fue condenado "sin antes haber sido oído y vencido en juicio", afectándosele el debido proceso y el derecho a la defensa, siendo juzgado como persona ausente "por culpa atribuible a la misma justicia colombiana".

Luego de realizar un recuento de la actuación procesal, destaca que cuando se profirió el auto de apertura de la investigación el instructor ordenó la captura de los procesados Carlos Enrique Rodríguez Roa y Báez Puentes, "pero en el oficio no se consignaron las direcciones de los incriminados", las cuales ya se encontraban en el expediente a través del informe número 98 de abril 6 de 1992. Así mismo, en la orden de captura no se especificó la clase de delitos por los cuales se requería a su defendido, y en tales condiciones el juzgado no podía librar tal mandamiento, sino que lo ha debido citar, tal como ocurrió con Daniel Linares.

Por otro lado, advierte que la Fiscalía 261 dispuso el emplazamiento de Gustavo Eduardo Báez Puentes sin que obrara la información sobre los resultados de la captura. Igualmente considera que el edicto emplazatorio no cumple con las formalidades legales, pues en el documento no se especificaron los cargos concretos, ni las circunstancias de tiempo modo y lugar en que realizaron las conductas ilícitas, habida cuenta que por delitos distintos a los señalados en esa pieza procesal se les profirió resolución de acusación a los procesados.

No se puede tener como rebeldía de Gustavo Eduardo Báez Puentes su no comparecencia al inicio del proceso, lo que dificultó su defensa, por cuanto sólo tuvo conocimiento del proceso penal que se seguía en su contra, el día 5 de diciembre de 1992, cuando

los miembros del D.A.S., se presentaron en su residencia, "pero ya no tenía oportunidad de presentarse a la Justicia para hacer sus descargos porque la investigación ya se había clausurado, y no existía forma de defenderse y no lo podía hacer en la etapa probatoria de la causa, porque las oportunidades eran mínimas, dado el corto tiempo de esta fase procesal".

Por lo anteriormente expuesto, solicita la anulación del proceso a partir del momento en que se profirieron las órdenes de captura contra su defendido Gustavo Báez Puentes.

SEGUNDO CARGO

También lo formula al amparo de la causal tercera de casación, porque estima que la resolución de acusación que se profirió contra su defendido no reúne las formalidades legales, pues las imputaciones subjetivas en lo que hace relación con Gustavo Eduardo Báez Puentes, "no fueron claras y precisas, en cuanto a la participación de éste sindicado en los hechos punibles que se le atribuyeron".

Luego de trascribir algunos apartes del capítulo de la resolución acusada denominado "*responsabilidad de los procesados*", sostiene que en la sentencia se dijo que el grado de intervención en el hecho punible "era como *coautoría impropia*, término que se tomó de una providencia que había dictado en el asunto, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá y Cundinamarca..."

Manifiesta que no comparte la calificación de coautoría impropia que dedujo la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá y Cundinamarca, habida cuenta que aquí se trata "de unos hechos completamente aislados e independientes entre sí, y que configuraron una repetición de actos, idéntica finalidad y se encuentra individualizada tanto la acción del señor *Carlos Enrique Rodríguez Roa*, como la del señor *Gustavo Eduardo Baez Puentes*, entonces esa coautoría impropia, no puede aplicarse para el caso en estudio".

Señala, así mismo, que en la acusación y en la sentencia de primera instancia se calificó el grado de participación del procesado como de coautoría impropia y en la de segunda instancia como partícipe, con lo que, dice, se regresa "a la famosa complicidad correlativa, contemplada en el Código Penal de 1936".

Resalta varios párrafos de la resolución de acusación y de las sentencias de primera y segunda instancia, transcribe apartes de una decisión de esta Corporación fechada el 25 de octubre de 1989 y, a renglón seguido, con apoyo en un doctrinante nacional, concluye que en el pliego de cargos "no hubó una imputación objetiva corrijo

subjetiva, en forma clara y precisa, pues no se indicó, cuál fue su grado de participación en los atentados contra la fe pública y contra el patrimonio económico, circunstancia que inexorablemente conlleva al quebranto del debido proceso y como tal figura una verdadera nulidad legal. ... a partir inclusive de la Providencia de Diciembre 22 de 1.992, mediante la cual se dictó Resolución de Acusación entre otros contra *Gustavo Eduardo Baez Puentes* y como consecuencia se ordene su *libertad provisional*..."

TERCER CARGO

Esta vez al amparo de la causal primera de casación acusa al sentenciador de instancia de haber incurrido en violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho, generado por un falso juicio de convicción "en la apreciación de las pruebas que se tuvieron en cuenta para dar por establecida la materialidad de los delitos de Falsedad Material de Particular en Documento Público, Falsedad en Documento Privado y Estafa, así como también para decir (sic) responsabilidad penal de tales hechos punibles en cabeza del señor *Baez Puentes*".

Luego de hacer un recuento de lo acaecido concluye:

"De lo anterior se infiere que tanto la Calificación Probatoria Sumarial, como los fallos de instancias, motu proprio y sin ningún dictamen grafológico, dieron por establecida la Falsedad Documental en los Certificados que aparecían a nombre de *José Manuel Londoño Mosquera*, al igual que en las cartas y autorizaciones, incurriendo en un protuberante error en la apreciación de los elementos probatorios, pues mediante un falso juicio de Convicción, dió por establecidos los extremos de la materialidad de la Falsedad en los citados Documentos y la responsabilidad penal en cabeza de *Gustavo Eduardo Baez Puentes*".

Dice que con base en el dicho de José Manuel Londoño Mosquera los juzgadores dedujeron la responsabilidad del procesado Báez Puentes en la falsedad documental, el que fue determinante en la sentencia condenatoria, "porque en el informativo no existe otra prueba que pueda comprometer a dicho señor".

Para el casacionista resulta desconcertante que si los C.D.T.'S eran falsos por qué el Banco Comercial Antioqueño los pagó, siendo que esos "títulos valores debían ser revisados por varios empleados del Banco, circunstancia que permitiría concluir que los Certificados presentados por el señor *Baez Puentes* a través del Banco Unión Colombiano, eran los auténticos y los que conservaba el Banco del Comercio Unir eran los espúreos, punto que no fue aclarado plenamente".

Respecto al punible de estafa dice que lo dieron por demostrado sin haberse aclarado plenamente si los C.D.T.'S que negoció su protegido con el Banco Unión Colombiano, en verdad eran falsificados, o si por el contrario, estos eran los auténticos, dado que la investigación en este tópico presenta una confusión, al punto que no se determinó cuáles de los certificados era los falsificados, si los que se encontraban en poder del Banco Comercio - Unir o los que presentó el Banco Unión Colombiano y que oportunamente le fueron pagados, fue porque eran auténticos y los que presentó el Banco del Comercio era los falsificados".

Finaliza aceptando que los falladores, por un error de apreciación, dedujeron que los Certificados de Depósito a Término falsos eran los que había pagado el Banco Comercial Antioqueño.

Solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y en su lugar absolver al procesado Báez Puentes de los delitos por los cuales fue condenado en las instancias.

2. *Demanda a nombre de Carlos Enrique Rodríguez Roa.*

Con base en la causal primera y tercera de casación el defensor del procesado solicita a la Corte casar la sentencia recurrida. Sus argumentos principales se pueden sintetizar así:

PRIMER CARGO

Al amparo de la causal tercera de casación el defensor de Rodríguez Roa solicita que se declare la nulidad de lo actuado, pues según su criterio, se quebrantaron los derechos fundamentales a la libertad, a la defensa y al debido proceso.

Considera el censor que cuando se resolvió la situación jurídica contra su defendido se vulneró el derecho a la libertad, habida cuenta que los delitos imputados en ese pronunciamiento, de falsedad en documento privado y estafa, tienen como pena mínima un año de prisión y no se encontraban enlistados en el artículo 421 del Decreto 050 de 1987, para habérsele proferido detención preventiva sin beneficio de excarcelación, decisión que fue confirmada tanto por la primera como la segunda instancia de la Fiscalía General de la Nación.

Además, asevera que la precedente medida restrictiva de la libertad se profirió fuera de los términos legales establecidos para ello, por cuanto su protegido fue capturado el día 18 de junio de 1992, "dejado a disposición de la autoridad competente al día siguiente de su captura, indagado este último día señalado y resuelta su situación jurídica el 30 de junio de 1992 (folio 125 a 131 C.O. No.1), es decir, su situación ha debido resolverse a más tardar el

27 de junio de 1992, quebrantándose el Art. 413 del Decreto 050 de 1987 vigente para la época de los hechos".

También arguye que la notificación del anterior proveído al sindicado no se cumplió oportunamente, como se puede apreciar en el informe del notificador. Igual sucedió con el representante del Ministerio Público.

Como una irregularidad más que atenta con el derecho a la libertad, afirma el libelista que una vez vencidos los términos de instrucción sin que se hubiere calificado el mérito del sumario, se solicitó la libertad provisional, la cual fue concedida pero con una caución "equivalente a *setenta* (70) salarios mínimos legales mensuales negándole de esta manera el fundamental derecho a su libertad toda vez que por lo exagerado de su monto era imposible su cumplimiento por el hoy condenado. No tuvo en cuenta el señor Fiscal la situación económica de mi defendido para su imposición como lo ordena la Ley procedimental Penal, la equidad y la lealtad".

Igualmente asevera que en la etapa del juzgamiento no se notificó el auto que fijó fecha y hora para la diligencia de audiencia pública al representante del Ministerio Público, como lo ordena el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal, "quebrantándose así el derecho a la defensa y las ritualidades del juicio, lo que conllevó a la ausencia del Ministerio Público a la vista". (sic).

Las irregularidad anteriores constituyen violaciones al derecho a la libertad, a la defensa y al debido proceso y, por tal motivo, solicita la declaratoria de nulidad de lo actuado a partir de la providencia que le resolvió la situación jurídica a *Carlos Enrique Rodríguez Roa* y, si lo estiman conveniente, se ordenen las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.

SEGUNDO CARGO

Con apoyo en la causal primera de casación el recurrente acusa al sentenciador de segunda instancia de haber vulnerado indirectamente la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 4o., 5o., 26, 61, 64, 68, 220, 221, 356 y 372 del Código Penal en armonía con los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 7o., 12, 246, 247, 248, 252, 254, 282, 295, 300, 301, 302, 303, 362 y 364 del Código de Procedimiento Penal y 28, 29, 39 y 248 de la Constitución Nacional.

En el acápite que intituló "*demostración del cargo*" sostiene que el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, como consecuencia de errores de hecho en que incurrió, dio por demostrada, sin estarlo, la existencia de una empresa criminal con conocimiento técnicos especializados en títulos valores y en operaciones mercantiles. E.,

igualmente, "la responsabilidad del condenado *Carlos Enrique Rodriguez Roa*, en la comisión de hechos punibles por los cuales se le condenó".

Así mismo, dió por demostrado sin estarlo, la existencia de indicios que evidencien (sic) la responsabilidad del condenado Carlos Enrique Rodriguez".

Dice que el Tribunal tuvo como hecho indicador de la responsabilidad del procesado las anotaciones que le figuraban en los Juzgados 13 de Instrucción Criminal y 37 y 39 Penales Municipales de la ciudad de Santafé de Bogotá a Carlos Enrique Rodriguez Roa de haber sido sindicado de cometer varias estafas, anotaciones que en modo alguno se pueden tener como antecedentes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 248 de la Constitución Nacional y 12 del Código de Procedimiento Penal.

Afirma que el presupuesto de culpabilidad descarta al peligrosismo que fue lo que tuvo en cuenta el sentenciador para condenar a su protegido.

El otro hecho indicador del que partió el Tribunal para inferir la responsabilidad del procesado, (hace relación a que cuando Rodriguez Roa fue aprehendido se le incautó un cheque en blanco del Banco Popular), no se relaciona con la falsedad y la estafa, punibles por los cuales se profirió la sentencia condenatoria. Tal circunstancia "es ambigua y no puede indicar, como lo pretende el fallador, responsabilidad de *Carlos Enrique Rodríguez Roa* por los punibles que se le condenó", quebrantando así el artículo 5o. del Código Penal.

Advierte que es descabellado que el sentenciador haya inferido otro indicio de responsabilidad contra su protegido del hecho de que al momento de ser capturado estuviera en compañía de Fernando Soto Cardona. "El Tribunal, sin existir prueba alguna contra esa persona, la califica como delincuente y le atribuye comisión de delitos que no aparecen demostrados, extendiendo al condenado *Carlos Enrique Rodriguez Roa* esos calificativos".

Otro hecho indicador, sin respaldo probatorio, que tuvo el Tribunal para inferir la responsabilidad de su poderdante, consistió en que al momento de ser capturado también se encontraba en compañía de un hermano de Luis Alonso Rodríguez.

Así las cosas, concluye el censor, los hechos indicadores en que se basó el sentenciador para deducir la responsabilidad de Rodriguez Roa, no tienen la suficiente fuerza probatoria para inferir, en grado de certeza, la responsabilidad por los delitos por los cuales se le profirió resolución de acusación.

Por otra parte, advierte que no le asiste la razón al Tribunal cuando sostuvo que el condenado Rodríguez Roa faltó a la verdad en la diligencia de indagatoria, pues se demostró "que la oficina del señor Francisco José Cabal Cabal no existe ni se encontró en el lugar indicado por aquel y por qué dicho señor, quien figuraba en los certificados de endoso negó su participación en la transacción de los C:DTS. La cita que hizo el condenado no fue verificada en debida forma, no se llevó al lugar donde él indicó que estaba ubicada la oficina de Francisco José Cabal".

De extraño califica el censor que a José Cabal Cabal se le haya otorgado credibilidad sin que se estableciera la veracidad de lo afirmado en la declaración que rindió ante los funcionarios judiciales, " a pesar de figurar como la persona a quien le fueron convertidos el 50 por ciento de los 16 Títulos valores considerados como falsos y quien además suscribía las cartas poderes de endosos".

Para finalizar dice que no debe resultar ilógico en contra del sindicado que haya cambiado el cheque, título valor que le había entregado el intermediario de bolsa Carlos Enrique Rodríguez Roa para darle el dinero al beneficiario directo de los CDTS "ya que lo lógico era pensar que así se hiciera por exigencia de éste, pues era él quien pretendía ocultar el recibo de dicho dinero y no el condenado quien lo hizo directamente y sin ocultar su identidad".

Concluye que no existe prueba de indicios ni prueba directa, como lo reconoce el Tribunal, por tal motivo debió absolverse a su protegido, "por lo que solicito la *casación* total del fallo atacado y en sede de instancia la *revocatoria* de la sentencia del Juez de primera instancia y en su lugar proferir sentencia absolutoria a favor del señor *Carlos Enrique Rodríguez Roa* de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso".

TERCER CARGO

Igualmente con apoyo en la causal primera de casación acusa al sentenciador de haber vulnerado de modo indirecto la ley sustancial a consecuencia de errores de hecho y de derecho y, concretamente, los artículos 4°, 5º, 26, 61, 64, 68, 220, 221, 352 y 372 del Decreto 100 de 1980 en concordancia con los artículos 1°, 2º, 3º, 4º, 7°, 12, 246, 248, 252, 254, 282, 295, 300, 301, 302, 303, 362 y 364 del Código de Procedimiento Penal, y 28, 29, 30 y 248 de la Constitución Nacional.

Sobre el error de derecho, sostiene el recurrente que la sentencia se pronunció "sin fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación y al emitir condena sin existir prueba

que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del condenado...".

Igualmente se vulneró el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal, pues no existe la prueba que evidencie la denominada empresa criminal.

Dice que el error de hecho consistió en que el fallador presumió "la existencia de la prueba de indicios y de la responsabilidad del condenado".

Finaliza solicitándole a la Corte casar la sentencia "de acuerdo con el alcance de la impugnación señalado".

3. Demanda a Nombre de Daniel Linares.

Con base en la causal primera de casación el defensor del procesado Daniel Linares formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, así:

PRIMER CARGO

Acusa al fallador de instancia de haber vulnerado de modo directo la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional y de los artículos 17 del Código de Procedimiento Penal y 34 de la ley 81 de 1.993, pues su protegido venía absuelto del Juzgado Penal del Circuito y al desatarse el recurso de apelación el Tribunal lo condenó.

Luego de transcribir textualmente los preitados preceptos hace un pequeño análisis sobre el contenido teórico-filosófico del instituto de la reformatio in pejus, para pasar a renglón seguido a sostener que en el trámite de la apelación que se surtió entre el juzgado de conocimiento y el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, a su protegido debió habérsele reconocido la calidad de apelante único.

Afirma que con la expedición de la ley 81 de 1993 se introdujeron cambios sustanciales al procedimiento penal colombiano, los cuales señala según su propio criterio.

Regresa al tema inicial, sosteniendo que una vez proferida la sentencia de primera instancia, los procesados condenados y el apoderado de la parte civil interpusieron el recurso de apelación, el cual fue concedido en debida forma.

Encontrándose la actuación en el Tribunal se fijó día y hora para la celebración de la audiencia de sustentación, acto al cual asistieron los defensores de los procesados condenados y el libelista en calidad de no recurrente, dejándose expresa constancia de la inasistencia del representante de la parte civil, no obstante haber

interpuesto la alzada, quien simplemente aportó un escrito de sustentación que dejó en la secretaría de la Corporación.

Cumplida tal diligencia se pronunció la sentencia de segunda instancia, en la que se revocó la absolución y en su defecto se condenó a su protegido.

Advierte que el escrito que presentó el representante de la parte civil no debió haberse tenido en cuenta, al tenor de lo dispuesto en el inciso 5o. del artículo 27 de la ley 81 de 1993, pues de ese texto legal se infiere que quien no comparece el día señalado, además de que se hace acreedor a una multa, debe declársele desierto el recurso.

Así las cosas, luego de un breve comentario al artículo precedentemente citado, agrega que "no podía el Tribunal en manera alguna, considerar válidamente sustentado el recurso de apelación que interpusiera el representante de la Parte Civil en este asunto por cuanto no se ciñó a los precisos parámetros normativos consagrados en la Ley 81/93. En tal virtud, lo procedente era tenerlo por no sustentado y consecuentemente, siendo apelante único (por interpretación extensiva), dar estricta aplicación al principio constitucional de la *reformatio in pejus*, absteniéndose de revisar la absolución en cabeza de *Daniel Linares*".

Por lo anteriormente expuesto solicita a la Corte casar la sentencia, según lo normado por el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal y en su lugar, dejar incólume la absolución de la primera instancia.

SEGUNDO CARGO

Igual al anterior, y con la advertencia de ser subsidiario, el censor, con apoyo en la causal primera de casación, acusa al sentenciador de haber vulnerado de modo directo la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 31 de la Constitución Nacional, 17 del Código Penal y 34 de la ley 81 de 1993.

En el acápite denominado "*demostración de este cargo*", asegura que las preceptivas anteriormente enunciadas delimitan el concepto de la reformatio in pejus y establecen como presupuesto fáctico que se trate de condenado y que sea éste apelante único.

Dice que el absuelto tiene plena cabida en el concepto de la reformatio in pejus. "Mutatis Mutandi, mi poderdante fue declarado absuelto en Sentencia de Primera Instancia y condenado en la Segunda, por lo que, desde el aspecto meramente subjetivo, está legitimado para invocarse en su favor el precepto constitucional cuya mengua es sustento de la presente impugnación".

Reitera que su protegido debe ser considerado como apelante único, para lo cual esgrime los mismos argumentos exhibidos en el cargo anterior y recuerda una decisión de esta Corporación, agregando que "el concepto de la H. Corte, al que profanamente me he permitido aludir, es indudablemente adverso a las tesis que me propongo plantear, ello no me releva de la obligación profesional de exponerla con el convencimiento que, aún siendo derrotada, alguna reflexión engendrará para bien del debate intelectual y como acicate de espíritu para quienes, como el que esto escribe, se apasionan con la multitud de inquietudes que día a día se nos plantean en el campo del Derecho".

Sostiene que las actuaciones de la parte civil se limitan al resarcimiento de los perjuicios originados en la comisión del hecho punible, tal como se desprende del contenido final del artículo 34 de la Ley 81 de 1993.

Dice que tal como está redactada la sentencia de segunda instancia, "se da a entender claramente que el Superior estimó que todos los puntos objeto de cuestionamiento por la Parte Civil eran susceptibles de revisión -al menos en apariencia- por pluralidad de sujetos procesales recurrentes".

Considera que la impugnación de la absolución de su protegido es ilegítima, habida cuenta que "no sólo ya la condenación de perjuicios estaba patente en la sentencia de primera instancia, sino porque además el hecho de que resultara eventualmente revocada dicha absolución, ninguna incidencia o repercusión tendría en el monto de los perjuicios pues ellos se tasaron sin consideración ninguna al número de condenados".

Finaliza solicitándole a la Corte casar la sentencia recurrida y en su lugar dejar "incólume la absolución de *Daniel Linares* respecto de los cargos formulados en el pliego enjuiciatorio".

Opinión del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

1. *Demanda a nombre Gustavo Eduardo Baez Puentes*

Primer Cargo

Advierte el Procurador Delegado que así se trate de la causal de nulidad, el censor debe respetar los lineamientos técnicos de esta impugnación extraordinaria y los principios que rigen al instituto de las nulidades, pues se observa que el desarrollo del ataque contra la sentencia de segunda instancia no se construyó respetando tales presupuestos.

En efecto, conceptúa que el reproche lo hace consistir en denunciar una serie de hechos que a su juicio constituyen irregularidades

sustanciales, pero que sin mayor esfuerzo se reducen a cuestiones intrascendentes, como el no haberse consignado en el oficio de captura la dirección del procesado Báez Puentes, el no especificarse los delitos por los cuales era requerido; el haberlo declarado persona ausente sin que previamente se hubieran pedido los resultados de la solicitud de captura" y no haberse hecho referencia en el edicto emplazatorio a "todos los cargos que se le atribuyeron en la resolución acusatoria", las que además, algunas, son inconsultas con la realidad del proceso, y otras, evidencian confusión conceptual del libelista frente a diferentes actuaciones procesales que cumplen funciones independientes dentro del proceso".

Luego de desarrollar cada uno de los reparos formulados concluye que el cargo no debe prosperar.

SEGUNDO CARGO

Manifiesta el Delegado que no obstante tratarse de un cargo de nulidad, al censor le falta claridad y precisión en la presentación y desarrollo de la censura, lo que la avoca al fracaso.

Considera que el censor no sólo no concreta la nulidad invocada, sino que pone en evidencia su gran duda frente a la causal de casación escogida, pues advierte que este reproche lo hubiera podido formular por la causal segunda.

En lo atinente a la presunta falta de motivación, falta a la verdad el impugnante, pues en la resolución de acusación el Fiscal analizó, de manera coherente y metódica, lo relacionado con la responsabilidad de cada uno de los procesados.

Y en lo referente al reparo de que en la resolución de acusación se haya calificado el grado de participación del procesado como coautoría impropia y en la segunda instancia como partícipe, que el libelista identifica con complicidad correlativa, tampoco es cierto que el Tribunal haya variado el grado de participación de Báez, ni que haya regresado al concepto de complicidad correlativa, por lo que el cargo no debe prosperar.

TERCER CARGO

Sobre este reparo contra la sentencia de segunda instancia, considera el Procurador Delegado que su sola formulación anuncia su fracaso, por cuanto la vía escogida es inoperante en sede de casación, ya que la violación indirecta generada por un falso juicio de convicción se refiere al desconocimiento por parte del fallador del valor asignado a las probanzas, que sólo es posible en un sistema tarifario.

Dice que la argumentación que presenta el censor está dirigida a oponerse al grado de estimación probatoria otorgada por el sentenciador al caudal probatorio, desconociendo que la sentencia viene amparada de la doble presunción de acierto y legalidad, prevaleciendo la valoración del fallador.

Considera como falsa la afirmación del recurrente de que el juicio de responsabilidad contra su defendido sólo tuvo en cuenta el testimonio de Manuel Londoño Mosquera, pues en la sentencia se aprecian una serie de hechos convergentes, como el incidente en el Banco de la República, las grabaciones telefónicas, el haber negociado varios de los C.D.T'S, etc.

El cargo no debe prosperar.

2. *Demanda presentada a nombre de Carlos E. Rodríguez Roa.*

Primer Cargo (Causal tercera)

Dice que en el cargo de nulidad la argumentación presentada por el libelista se diluye en divagaciones y no logra "concretar la trascendencias de las mismas -irregularidades- frente al fallo de segunda instancia, entre otras cosas, porque carece de razón al pretender que las irregularidades que señala sean subsanables a través de la nulidad".

No tiene razón el impugnante cuando sostiene que al definirse la situación jurídica del señor Rodríguez Roa, por los delitos de falsedad en documento privado y estafa, cuyos mínimos son de un año para cada uno, la medida de aseguramiento que procedía era la de caución y no la de detención preventiva, pues la tesis que se le aplicó fue la de hacer una hipotética tasación de las penas privativas de la libertad de los delitos en concurso y aplicar una sola medida de aseguramiento: "Nada irregular puede afirmarse de este proceder, pues es una posición atendible jurídicamente".

Agrega que si bien el instructor no dedujo circunstancias de agravación, "lo cierto es que, de todas formas, procedía la medida de aseguramiento de detención preventiva si se tienen en cuenta la modalidad y gravedad de los hechos, habida cuenta su cuantía, es decir, seiscientos veinticinco millones de pesos".

Advierte que tampoco es cierto que la definición de la situación jurídica se haya realizado fuera de término, ya que la diligencia de indagatoria precluyó el día 24 de junio de 1992 y el auto en que se decretó la medida de aseguramiento de detención preventiva lleva fecha del 30 de junio siguiente, haciendo la salvedad que el día quinto hábil del término legal fue festivo.

Considera, en torno a la otra irregularidad denunciada, que si no se notificó al procesado y al Ministerio Público el auto por medio del cual se le resolvió la situación jurídica, "ha de quedar en claro que con ello no se vulneró el derecho a la defensa ni se afectó el debido proceso, como quiera que el mismo fue recurrido por la defensora de *Rodríguez Roa*, cuya negativa de la Fiscalía a reponerlo fue notificada al Ministerio Público, y además es una situación que ninguna incidencia tuvo en el proceso".

En lo atinente a la censura de que fue excesiva la caución fijada al acusado para que pudiera gozar de la libertad provisional por vencimiento del término de instrucción, razón por la cual no logró disfrutarla, dice que no guarda relación con el contexto del cargo y "no representa irregularidad que afecte el debido proceso o la defensa frente a la sentencia".

SEGUNDO CARGO (Causal primera)

Dice que obviando lo referente a la claridad y precisión requisitos con los cuales se debe construir el reproche contra la sentencia, conceptúa que la multiplicidad de preceptos que cita el recurrente, como indebidamente aplicados, no se sabe si son normas medio.

Advierte que la fundamentación del reproche consistió en anteponer su personal criterio frente a las deducciones del sentenciador en torno a la estimación probatoria que lo llevó a la certeza de la responsabilidad frente a los delitos que les fueron imputados a los procesados en el pliego acusatorio.

Lo que pretendió fue atacar la prueba indiciaria, lo que no logró, porque equivocó y confundió la vía de ataque.

En lo que respecta al testimonio de Francisco José Cabal Cabal, cae el actor en el campo del error de derecho por falso juicio de convicción, dando su propio punto de vista "dejando de lado la doble presunción de acierto y verdad de que están amparados los fallos judiciales, que desde luego, no se desvirtúan con una abundante pero incoherente argumentación".

TERCER CARGO (Causal Primera)

Considera el Procurador Delegado que del sólo enunciado se concluye que el cargo está llamado al fracaso, por cuanto que el actor predica la comisión de errores de hecho y derecho, "confundiendo en uno solo las dos formas de la violación indirecta de la ley sustancial, además que no precisa el sentido de uno y otro, citando como en el anterior, una larga lista de normas que considera infringidas, omitiendo así mismo, precisar si la violación lo es por aplicación indebida o falta de aplicación".

Luego de reseñar algunas argumentaciones del casacionista considera que el cargo debe rechazarse.

3. *Demanda presentada a nombre de Daniel Linares.*

PRIMER CARGO

El cargo que formula el defensor del procesado con amparo en la causal primera de casación, por una presunta violación directa de la ley sustancial, al desconocerse el postulado consagrado en el artículo 31 de la Constitución Nacional, tampoco tiene vocación de éxito, ya que no le asiste la razón al impugnante al sostener que a los procesados condenados se les debe considerar como apelantes únicos, habida cuenta que el apoderado de la parte civil no sustentó el recurso interpuesto, por cuanto que el Tribunal sí podía aceptar el escrito que presentó este sujeto procesal "para tener como sustentado el recurso de apelación de la sentencia, y en esa medida convertir en condena la absolución de *Daniel Linares*". Por tal motivo solicita no casar la sentencia recurrida.

SEGUNDO CARGO

Considera el Procurador Delegado que este reproche tampoco debe prosperar, habida cuenta que la parte civil sí tenía legitimidad para recurrir la sentencia, por cuanto en su memorial de impugnación solicitó que al procesado absuelto se le condenara "solidariamente al pago de perjuicios".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *Demanda a nombre de Gustavo Eduardo Báez Pucntes*

PRIMER CARGO

Con base en la causal tercera de casación el defensor del procesado Báez Puentes denuncia varias irregularidades que a su juicio constituyen nulidades que atentan contra el debido proceso y el derecho a la defensa de su protegido, pues fue juzgado en ausencia por culpa atribuible a la misma justicia colombiana.

Tales informalidades son:

1. Una vez proferida la respectiva resolución de apertura de la instrucción, el investigador ordenó la captura de los procesados Carlos Enrique Rodríguez Roa y Báez Puentes sin que en el oficio que remitió a los organismos de seguridad para tal fin consignara las direcciones de éstos, las cuales ya constaban en las diligencias.

2. A los mencionados no se les citó para la diligencia de indagatoria, como era la obligación del funcionario al tenor de los

dispuesto por el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal, entonces vigente, sino que se dispuso su captura.

3. Se ordenó el emplazamiento de su defendido sin que se hubiere solicitado, previamente, la información sobre los resultados de la captura y, además, el edicto emplazatorio no cumple con las formalidades legales, pues no se señalaron los cargos concretos ni las circunstancias en que ocurrieron los hechos ilícitos.

Las anteriores inobservancias constituyen para el libelista irregularidades sustanciales que conllevan a que se declare la nulidad del proceso a partir del momento en que el funcionario judicial dispuso proferir las respectivas órdenes de captura contra los procesados, por violación de las garantías del debido proceso y de defensa.

En lo atinente a las informalidades denunciadas, la Sala observa que en el evento de haber existido serían intrascendentes, no tendrían incidencia frente a las resultas del proceso, en forma tal que carecerían de virtualidad para lograr la ruptura de la sentencia de segunda instancia, circunstancia que por sí sola hace absolutamente inane el reproche.

En efecto, el primer reparo formulado lo hace consistir en que en los oficios que el instructor dirigió a los organismos de seguridad del Estado para lograr la captura de los procesados Carlos Enrique Rodríguez Roa y Báez Puentes no se consignaron las direcciones de éstos, no obstante estar debidamente acreditadas en el expediente para esa época, lo que dificultó su aprehensión y que se hubieran enterado de la investigación que cursaba en su contra.

Esta omisión, en manera alguna afecta la estructura del proceso, ni se constituye en condición de validez de los actos procesales subsiguientes, ni viola el derecho de defensa por supuesta falta de información, pues Báez tenía claro conocimiento de que era requerido por la autoridad, hasta el punto que en tres ocasiones fue citado al DAS para que explicara los pormenores en que fueron adquiridos y vendidos los C.D.T.'S, citaciones que fueron recibidas y firmadas por su señora, Claudia Lugo, pero que se rehusó a cumplir.

En consecuencia, si no quiso enfrentar la situación, no puede venir ahora a reclamar este derecho, más aún, cuando a lo largo de la instrucción y el juzgamiento tuvo una adecuada defensa, la cual se cumplió dentro de las posibilidades que otorgaba el proceso.

En cuanto a que el sindicado no fue citado a indagatoria sino que se ordenó su captura, el libelista no demuestra, en el evento de que ello fuera cierto, de qué manera se afectó con dicha informalidad

la estructura del proceso, o el derecho de defensa o la validez de la actuación posterior o cómo trascendió al fallo.

Tampoco le asiste la razón al censor cuando afirma que el procesado fue declarado persona ausente sin en el lleno de los requisitos legales, pues opina que previamente han debido solicitarse los resultados de la captura. Tal aseveración riñe con la evidencia procesal, habida cuenta que en el proceso existen las respectivas constancias de la solicitud de informes sobre la captura del procesado Báez Puentes, (folios 177 y 214 del C. 2).

Por otra parte, la irregularidad que denuncia de no haberse consignado en el edicto emplazatorio los delitos por los cuales se le profirió resolución de acusación al procesado Báez Puentes y las circunstancias en que se cometieron los hechos, no tiene tal calidad, no hay norma que así lo disponga y, además, resulta inconsecuente equiparar, como lo conceptuó el Procurador Delegado, dos actuaciones tan disímiles, de naturaleza y finalidades bien distintas. El edicto emplazatorio, contra lo que cree el recurrente, no es un pliego de cargos, sino un llamado que se hace al requerido para que comparezca a rendir sus descargos frente a los hechos que se le imputan, con la consecuencia de que si no comparece será declarado persona ausente y se le designará defensor de oficio, con lo que quedará legalmente vinculado al proceso.

Así las cosas, el cargo no está llamado a prosperar.

Segundo Cargo

El segundo reproche que el censor formula contra la sentencia también lo enruta por la vía de la nulidad, al advertir que en la construcción de la resolución de acusación y en lo que respecta a las imputaciones subjetivas no se señaló de manera clara y precisa la participación del procesado en la conductas que le fueron atribuidas, por lo que se quebrantó la garantía del debido proceso.

No es cierto que la resolución de acusación sea ambigua y que se haya faltado a la claridad y precisión, sino que la Fiscalía, en forma ordenada y lógica, analizó la conducta de cada uno de los acusados, pero aclarando que se trataba de un caso de coautoría impropia, en que cada uno de los partícipes realizó diferentes actividades, pero todas tendientes a un mismo fin, esto es, lograr la defraudación de la entidad crediticia.

Respecto al señor Gustavo Eduardo Báez Puentes señaló:

"Aunque la vinculación de este procesado, se realizó a través de la declaratoria de reo ausente lo cierto es que militan elementos de

juicio en la investigación que comprometen seriamente su responsabilidad. En efecto:

"Como se ha venido sosteniendo en estas consideraciones lo posiblemente acaecido en este caso es la presencia de todo un grupo delictivo constituido para defraudar a través de títulos valores, al menos la prueba hasta ahora recaudada apunta a indicarlos de esta manera.

"Con relación a este caso específico, obran en el informativo copias de cheques a favor de *Baez Puentes*, relacionados con la negociación de algunos de los títulos citados a lo largo de este pronunciamiento, en tal sentido también se allegó la comunicación del Banco Anglo-Colombiano en los que se refiere la negociación de los C.D.T.'S del Banco Comercial Antioqueño a favor de *JOE Manuel Londoño*, pero por poder otorgado por este *Baez Puentes*. relacionados con la negociación de algunos de los títulos citados a lo largo de este pronunciamiento, en tal sentido también se allegó la comunicación del Banco Anglo- Colombiano en los que se refiere la negociación de los C.D.T.'S del Banco Comercial Antioqueño a favor de *JOE Manuel Londoño*, pero por poder otorgado por este a *Baez Puentes*, quien fue la persona encargada de negociar los títulos fraccionados números 37498-7, 37504-2 t 37506-7, (folios 120 y ss. c.o. No.1)

"Puede inferirse sin mayor esfuerzo que el procedimiento realizado por *Baez Puentes* fue el mismo desarrollado por *Rodríguez Roa*, por lo cual es evidente la similitud del modus operandi.

"A más de lo anterior es posible predicar conexión entre *Rodríguez Puentes* (sic) y *Baez Puentes*, en que a pesar de que aquél aduce desconocerlo y según lo mostrado por el diligenciamiento, la persona encargada de trasferir los títulos a favor de *Londoño* era *Baez Puentes* por intermedio del Banco Anglo-Colombiano, mientras que *Rodríguez Roa* hacia lo pertinente con los títulos cuyo beneficiario era *Cabal Cabal*, aparece *Rodríguez Roa* negociando uno de los documentos de *Londoño*.

"Vistas las situaciones desde la óptica que se ha venido aludiendo, nada impide inferir razonadamente que lo mostrado hasta ese momento en el encuadramiento es la presencia de una perfecta división de trabajo entre las personas que participaron en la cuantiosa defraudación, dentro de los cuales se hallan tanto *Rodríguez Roa* como *Baez Puentes* según se desprende de lo precedentemente considerado".

También considera la Sala oportuno aclararle al recurrente, tal como lo insinúa el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que

la participación que se le dedujo al procesado en el fallo de segunda instancia fue la de coautor impropio y no la de "cómplice correlativo", como lo afirma, ya que el Tribunal al utilizar la expresión 'participe' la refiere, dentro del contexto de la providencia, a coautor, sin insinuar siquiera aquella elaboración dogmática, ya superada.

Finalmente, aunque el casacionista invoca la causal tercera, en el desarrollo del cargo desvía el ataque a la primera, al aseverar que la responsabilidad de Báez debió ser considerada aisladamente y no como coautor, con lo cual no sólo desconoce el principio de autonomía, sino el de no contradicción.

El cargo no prospera.

TERCER CARGO

Con base en la causal primera de casación acusa al sentenciador de haber incurrido en una violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho generado por un falso juicio de convicción cometido en la apreciación de las pruebas, pues estima que los delitos imputados en el pliego acusatorio no se estructuran a cabalidad.

Razón le asiste al Procurador Segundo Delegado en lo Penal al aseverar que la sola formulación del cargo anuncia su fracaso, por cuanto el error de derecho generado por un falso juicio de convicción, cuando se trata de pruebas no sometidas en cuanto a su valoración al método de la tarifa legal, no es susceptible de ser atacado en sede de casación, habida cuenta que el actual sistema de estimación probatoria que impera en nuestro Código Procesal es el de la sana crítica, en el cual, como se sabe, el fallador goza de libertad para apreciar los elementos de convicción, sólo limitada por la lógica, la experiencia, la sicología y el sentido común. La disparidad entre las conclusiones probatorias del censor y el fallador no configura per se ningún error, prevaleciendo la valoración del juzgador, pues la sentencia llega a esta sede amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, siendo las instancias el lugar donde tales discrepancias pueden ser planteadas.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, los falladores, de manera coherente, razonada y lógica, apreciando las pruebas en su conjunto y no simplemente con base en el testimonio de Manuel Londoño Mosquera, como lo sostiene el libelista, llegaron a la conclusión sobre la responsabilidad penal del acusado.

El cargo no prospera.

2. *Demanda presentada a nombre de Carlos E. Rodríguez Roa.*

Primer Cargo.

Este ataque contra la sentencia lo dirige con base en la causal tercera de casación, pues considera que a su protegido se le quebrantaron los derechos fundamentales de la libertad, de defensa y debido proceso.

Sobre la primera garantía fundamental dice que al momento en que el funcionario investigador le resolvió la situación jurídica le imputó la comisión de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, hechos punibles que tienen como mínimo pena de un (1) año de prisión, por lo que, según su criterio, no se le debió imponer la detención preventiva como medida de aseguramiento, "privándolo de su libertad sin beneficio de excarcelación".

Igualmente denuncia como irregularidades que atentan contra el derecho a la libertad, las siguientes: la providencia que le resolvió la situación jurídica a su defendido se profirió fuera de los términos de ley; la notificación de este pronunciamiento no se cumplió oportunamente, ni para el procesado ni para el representante del Ministerio Público; y se le otorgó la libertad provisional, por vencimiento de términos, pero se le fijó una caución que superaba su capacidad económica.

Por otra parte, dice, que no se notificó al Ministerio Público el auto que señaló fecha y hora para la audiencia pública, por lo cual no asistió, con lo que se quebró el derecho de defensa y las ritualidades del juicio.

Con respecto a estas informalidades la Sala observa que el casacionista no demuestra su trascendencia, es decir, cómo, de haber existido, habrían tenido la virtualidad de afectar la estructura del proceso o el derecho de defensa o de derrumbar las conclusiones de los fallos de instancia, razón por la cual el reproche resulta infundado.

En cuanto al cuestionamiento por inasistencia del Ministerio Público a la audiencia pública, ninguna informalidad hay en ello, pues al tenor del artículo 452 del C. de P.P, su concurrencia a tal actuación no es obligatoria.

Por las razones esbozadas, el cargo no prospera. Además, no se atenderá la solicitud del recurrente de compulsar copias para investigar disciplinariamente a los funcionarios que intervinieron en la instrucción, por no encontrar mérito para ello.

Segundo Cargo.

Al amparo de la causal primera de casación el censor acusa al sentenciador de instancia de haber vulnerado de modo indirecto la

ley sustancial, como consecuencia de errores de hecho, al dar por demostrados , sin estarlo, la existencia de una empresa criminal, la responsabilidad del acusado y la de indicios sobre la misma.

Este cargo adolece de fallas técnicas que lo condenan al fracaso, pues la Corte en virtud del principio de limitación no puede suplir sus desatinos, ni completar el reproche.

Así, aunque no dice, como era su deber, cuál fue el falso juicio que determinó el error, del desarrollo de la censura se deduce que se refiere al de existencia, por suponer elementos de convicción que no obran en el proceso. Pero allí se queda el discurso, ya que no indica cuáles fueron las pruebas omitidas y cuál su incidencia en el fallo.

A continuación manifiesta que también se dió por demostrada, sin estarlo, la existencia de indicios sobre la responsabilidad del condenado, los que "se originaron en errónea apreciación de las pruebas y actuaciones procesales", sin que compruebe ningún equívoco del fallador y, simplemente, muestra su inconformidad con la credibilidad otorgada por éste a los medios de prueba.

Es oportuno recordar que la jurisprudencia de la Corte ha precisado que cuando se trata de demandar la prueba indiciaria en sede de casación, tal propósito debe cumplirse o cuestionando la prueba del hecho indicador o atacando la inferencia lógica. En la primera fase los errores pueden ser de hecho o de derecho, debiéndose señalar los falsos juicios que los determinaron. La segunda sólo puede ser censurada por error de hecho por falso juicio de identidad, por tergiversación o distorsión del curso lógico de la inferencia, al no poderse deducir el hecho indicado del indicador, sino violentando los principios lógicos o las reglas de la experiencia.

En el caso que ocupa la atención de la Sala el impugnante no cumplió con estos requisitos, ni demostró ningún yerro, limitándose, como se si tratara de una tercera instancia, a enfrentar sus conclusiones probatorias a las del fallador, desconociendo que la valoración de éste prevalece, por venir la sentencia amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

En la misma falla incurre al criticar el mérito probatorio otorgado por las instancias al testimonio de José Cabal Cabal.

En estas condiciones, el cargo no prospera.

Tercer Cargo

También al amparo de la causal primera de casación, censura la sentencia por violación directa de la ley sustancial, por haberse

incurrido en error de derecho "al emitir sentencia sin fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación y al emitir condena sin existir prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del condenado" y en los errores de hecho de presumir la existencia de la prueba de indicios y de la responsabilidad del condenado.

Esta censura presenta tan ostensibles fallas lógicas y técnicas que, como lo señala el Procurador Delegado, la sola formulación la avoca al fracaso.

En efecto, dentro del mismo cargo y con relación a los mismos medios de prueba denuncia errores de hecho y de derecho, desconociendo que si se acude a los primeros se está aceptando la legalidad en la aducción de la prueba y su validez jurídica, pudiéndose alegar, exclusivamente, falsos juicios de existencia o de identidad. En cambio, si se trata de errores de derecho por falso juicio de legalidad, se está afirmando que la prueba carece de existencia jurídica.

Así mismo, enlista una serie de normas que considera infringidas, sin decir, cuáles son medio y cuáles fin, ni cuáles son sustanciales, ni en qué consistió la vulneración.

Por otra parte, hace planteamientos totalmente contradictorios, pues de una parte asevera que la prueba para condenar fue allegada ilegalmente al proceso; y de otra, que de la prueba aducida no se obtiene la certeza sobre la responsabilidad del procesado, con lo que está aceptando que los medios de convicción sí fueron incorporados con las formalidades legales.

Finalmente, el casacionista deja los reproches en el simple y contradictorio enunciado, sin demostrar ninguno de los equívocos que menciona.

El cargo no prospera.

3. Demanda presentada a nombre de Daniel Linares

PRIMER CARGO

Con base en la causal primera de casación el defensor del procesado Daniel Linares acusa al sentenciador de instancia de haber vulnerado de modo directo la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional, 17 del Código de Procedimiento Penal y 34 de la ley 81 de 1993, por cuanto el Tribunal, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, revocó la absolución de su protegido, no obstante ser apelante único, condenándolo por los cargos que le fueron formulados en la resolución de acusación.

Dice que el recurso interpuesto por el representante de la parte civil no puede tenerse como sustentado, por haberlo hecho por escrito y no haber asistido a la audiencia respectiva, por lo que se ha debido declarar desierto.

Razón le asiste al señor agente del Ministerio Público cuando expone que no puede ser ese el entendimiento que se le debe dar a los artículos 196A y 196B del C. de P. Penal. En efecto, el artículo 27 de la ley 81 de 1993 (art. 196B del C. de P.P.), estableció la posibilidad de que la apelación contra la sentencia se sustente de manera oral o escrita, pero sin que tales maneras sean excluyentes entre sí. Así, si todos los recurrentes manifiestan su propósito de sustentarlo por escrito, se surtirá el trámite previsto en el artículo 196 A, esto es, vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia, dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de 5 días, para la sustentación respectiva; y precluido tal lapso, correrá el traslado común a los no recurrentes por el término de 6 días. Pero si cualquiera de los sujetos procesales manifiesta su propósito de sustentar de manera oral el recurso, éste se concederá inmediatamente y no se aplicará el trámite anterior. Si el recurso no se sustenta, se declarará desierto.

Es obvio, que quien no solicitó sustentación oral puede hacerlo por escrito, sin que se le pueda obligar a comparecer a la pertinente audiencia, pues sería aceptar que el apelante oral impusiera su voluntad sobre el resto de los recurrentes. Por lo tanto, el único apelante obligado a comparecer a la audiencia de sustentación es el que la solicitó, en forma tal que si no asiste y no justifica su ausencia, será sancionado con multa y el recurso para él se declarará desierto, siendo la única excusa aceptable la fuerza mayor, debidamente comprobada, pues el término para sustentar oralmente es la fecha de la audiencia y por tratarse de un término judicial preclusivo le es aplicable, para efecto de su prórroga, lo dispuesta en el artículo 172 del C. de P. Penal.

Refiriéndose a la sustentación oral, ha dicho la Corte: "Al respecto caben las siguientes hipótesis: a.- Que el sujeto procesal sustente por escrito su apelación en el momento de notificarse. Como es obvio, esta sustentación conservará toda su validez, sin que desde luego aquél esté obligado a "repetirla" oralmente en la respectiva audiencia, en la cual *sólo se exige la presencia de quien, al ser notificado, manifestó el propósito de sustentar oralmente su apelación.*

"b. Que, como es lo más corriente, los sujetos procesales se limiten a notificarse. En este evento, como se dijo atrás, cumplido el proceso de notificación, el expediente debe remitirse al superior

para efectos de la audiencia con respecto al apelante que manifestó su deseo de sustentar oralmente.

"¿Qué pasa entonces con los apelantes "no orales"? Deben éstos hacer llegar a la segunda instancia sus escritos sustentadores dentro del término que va desde la fijación de la audiencia pública *hasta el día inmediatamente anterior a iniciarse ésta*, para que dichos escritos tengan la oportunidad de ser conocidos por los demás sujetos procesales (recurrentes y no recurrentes) y efectivizar así los derechos de réplica o coadyuvancia.

"Aquí conviene advertir: si quien ha sustentado por escrito quiere, además, concurrir a la audiencia y hacerlo oralmente, únicamente tendrá validez esta última clase de sustentación, *y el referido escrito no tendrá valor alguno*.

"Si el apelante oral no comparece a la audiencia, obvio que su impugnación se declarará desierta, y las sustentaciones escritas, hechas dentro del término ya indicado, podrán ser controvertidas en el curso de la audiencia.

"Con esta sana crítica y, en parte, nueva hermenéutica, la Sala debe decir que resulta injusto (*y nada injusto deber ser legal*) que el apelante oral *imponga su voluntad* sobre el resto de apelantes que no quisieron (por el motivo que fuere, y ello pertenece al fuero interno de cada sujeto procesal) sustentar de esta forma y optar por la escrita". (Segunda Instancia Nº 13.196. Julio 15/97. M.P. Dr. *Dídimo Páez Velandia*).

Por lo anteriormente expuesto, no le asiste la razón al libelista cuando sostiene que el apoderado de la parte civil no sustentó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que absolvió al procesado Daniel Linares, por cuanto el Tribunal sí podía aceptar y estudiar el escrito de este sujeto procesal, el cual fue presentado un día antes de la celebración de la audiencia de sustentación oral y, por ende, reformar peyorativamente la sentencia impugnada.

El cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Utilizando los mismos argumento exhibidos en el cargo anterior considera el censor que el sentenciador de segunda instancia vulneró de modo directo la ley sustancial, por cuanto que no aplicó lo normado en los artículos 31 de la Constitución Nacional, 17 del Código de Procedimiento Penal y 34 de la ley 81 de 1993.

Advierte que las actuaciones del la parte civil se limitan al resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la comisión del

hecho punible. Por tal motivo asegura que la condena que se le impuso a su protegido no tenía incidencia en la cuantía de los perjuicios, pues éstos se tasaron sin consideración al número de condenados.

En lo que concierne con esta censura, la Sala considera que la parte civil sí estaba legitimada y tenía interés para interponer los recursos de ley, ya que precisamente una de las pretensiones expuestas en el memorial impugnatorio hacía referencia a la condena penal de Daniel Linares, para que, igualmente, se le condenara civil y solidariamente al pago de los perjuicios.

Como lo conceptuó el Procurador Delegado, con la condena del citado procesado había una mayor posibilidad de hacer efectivo el pago de perjuicios, en lo que radica el interés de la parte civil, así no se hubiere solicitado el incremento de los mismos.

Ante la falta de razón, el cargo no prospera.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVA

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Whanda Fernández León, Conjuez

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NOTIFICACION - Al Ministerio Público /
NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE /
NULIDAD / MINISTERIO PUBLICO - Funciones

1- La notificación de las providencias, como proceso comunicación del Estado-jurisdicción con las partes, no constituye un fin en sí misma, pues, además del propósito de publicidad abierta o restringida de la actuación procesal que se cumple con ella, se traduce también en orientaciones para alguna exigencia a los sujetos procesales o se convierte en la puerta de entrada a los recursos. Por ello, si se cumplen los fines para los cuales estaba prevista la notificación que se hace de manera irregular (principio de instrumentalidad de las formas) y además el sujeto procesal agraviado tácitamente convalida el acto viciado por la intervención posterior conforme con la decisión no comunicada (principio de convalidación), obviamente no procedería la nulidad, acorde con las máximas citadas que informan esta clase de sanción procesal, expresamente recibidas en los numerales 1° y 4° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

*2. El artículo 277 de la Constitución Política señala como función de este órgano de control, la de "**intervenir en los procesos**", bien ante las autoridades judiciales ora ante las administrativas, "cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales" (numeral 7°). De modo que, si en un apartado diferente de la norma constitucional aparece la facultad de ejercer la vigilancia superior de quienes detentan las funciones públicas (numeral 6°), la intervención a que alude el numeral 7° sólo puede entenderse **a título de sujeto procesal**, pues no habría otra manera, dentro de un proceso penal, por ejemplo, de hacer valer el orden jurídico o de implementar la defensa del patrimonio público o de procurar el respeto a los derechos y garantías fundamentales. Este modo de entender el precepto constitucional, se ha explicitado por el artículo 85 de la Ley 201 de 1995 (orgánica de la Procuraduría General de la Nación), de acuerdo con el cual "En materia penal el Ministerio*

*Público intervendrá, **como sujeto procesal cuando sea necesario**, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales" (Se ha subrayado).*

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal Santafé de Bogotá D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

Proceso No. 9984 Aprobado Acta Nº 124

VISTOS

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación, oportunamente interpuesto y sustentado por el defensor del procesado *Ricardo Ramón Flórez Namen*, en relación con la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, que está fechada el 11 de julio de 1994, por cuyo medio se revocó el fallo absolutorio dictado en primera instancia por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, y, en lugar, se declaró que el acusado era autor responsable de un concurso de hechos punibles de *homicidio (dos), secuestro simple y lesiones personales* y, por consecuencia, le impuso la pena principal de veintinueve (29) años de prisión y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por diez (10) años, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio por el término de cinco (5) años, y suspensión de la patria potestad, si la tuviere, por un lapso de quince (15) años.

DE LOS HECHOS

En los fallos de instancia es evidente como síntesis de lo acaecido lo siguiente:

Para el año de 1991, a *Ricardo Flórez Namen* se le conocía como administrador del establecimiento denominado "Lava-autos El Dorado", situado en la ciudad de Santa Marta, local en el cual los tripulantes de la embarcación "Elvia Inés", de propiedad de aquél, se comprometieron a transportar un cargamento (aparentemente de café) a la isla de Aruba. Pues bien, el día 5 de abril del mencionado año, regresaron de la misión el capitán *Bismark Wilson Aragón Torres*, el marino *Elkin Enrique Torregosa Galán* y el timonel *Miguel Maldonado Toro*, quienes le reportaron al señor *Flórez Namen* que la carga (cocaína y no café) no pudo llegar a su destino y se habían visto compelidos a arrojarla al mar por el asedio de un guardacosta de la armada norteamericana.

Aproximadamente a las 6 de la tarde de la mencionada fecha, desde el establecimiento del señor *Flórez Namen*, los componentes de la tripulación fueron llevados a la finca "La Clarita", situada en el corregimiento de Gaira, con el fingido propósito de conversar

sobre el percance con el "otro patrón", lugar en el que los esperaba un grupo de hombres armados, quienes de inmediato los sumergieron en un depósito de agua y durante toda la noche se les sometió a vejámenes para extraerles la verdad sobre el paradero de la mercancía. Ya en la madrugada del día siguiente, los rehenes *Aragón y Maldonado*, maniatados y amordazados, fueron sacados de su cautiverio en un vehículo taxi, marca renault 9, color amarillo y comenzaron un desplazamiento por la carretera que de Santa Marta conduce a Barranquilla. A la altura de Irotama, no muy lejos de la estación de policía de La Paz, los plagiarios detuvieron la marcha para revisar el baúl del automotor, sitio en el cual habían introducido al capitán *Aragón Torres*, oportunidad que aprovechó el timonel *Maldonado Toro*, quien se desplazaba en el piso del asiento trasero, para emprender la huida hacia la montaña cercana, trance en el cual sus captores dispararon, le infirieron cinco (5) lesiones en distintas partes de su cuerpo y continuaron la marcha.

Gracias a la oportuna presencia de un habitante de la zona, se logró que la policía de La Paz acudiera al sitio en el cual se hallaba el herido *Maldonado Toro*, quien fue conducido al hospital San Juan de Dios de la localidad y, después de varias cirugías, se le salvó la vida.

El tercer cautivo, señor *Torregosa Galán*, había sido extraído del lugar a la una de la mañana, horas antes de que lo hicieran con sus compañeros de infortunio, y tanto su cadáver como el de *Aragón Torres* fueron descubiertos, con evidencias de incineración, en una trocha de la región de "Don Jaca", por la carretera que conduce hacia el municipio de Ciénaga.

De la Actuación Procesal

El Juzgado Quinto de Instrucción Criminal radicado en Santa Marta, por medio de auto del 14 de noviembre de 1991, calificó el mérito del sumario y, de conformidad con el artículo 469 del Decreto 050 de 1987 (anterior Código de Procedimiento Penal), ordenó la reapertura de la investigación, por el término de cuatro (4) meses, respecto de los sindicados *Ricardo Ramón Flórez Namen, Angel Enrique Churrio Cárdenas, José Casimiro Rumbo Peralta, Ferney Moreno Cardona, Oswaldo Roberto Vergara DíazGranados, Antonio María Caballero Aduen y Guillermo Javier DíazGranados Valencia*. En relación con el también vinculado *Miguel Maldonado Toro*, el mismo calificador ordenó la cesación de procedimiento (cuaderno original N° 3, fs. 884 y ss.).

En un escrito presentado el 6 de abril de 1992, la Fiscalía Primera Superior, designada desde antes como agente especial para el

proceso, solicitó la nulidad de la actuación procesal cumplida después del auto de reapertura de la investigación, dado que esta providencia no había alcanzado ejecutoria, debido a que no se produjo su notificación personal al Ministerio Público (cuaderno original N° 3, fs. 1012 y ss.). El juzgado instructor, según lo declara en el interlocutorio fechado el 13 de abril de 1992, no halló mérito para decretar la nulidad solicitada, pero reconoció la irregularidad y ordenó la notificación personal del proveído calificatorio al agente especial del Ministerio Público (fs. 1017 y ss.). Interpuestos simultáneamente los recursos de reposición y apelación en contra de dicha decisión, el juzgado proveyó en el auto del 4 de mayo siguiente, por el cual niega la reposición y concede la apelación subsidiariamente rogada (fs. 1037).

Merced al cambio introducido en la estructura procesal penal (Decreto 2700 de 1991), le correspondió dirimir la apelación a la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal de Santa Marta, uno de cuyos despachos, según lo dispuso en la resolución del 17 de septiembre de 1992, reconoció la anomalía por falta de notificación personal al Ministerio Público y accedió a la nulidad de lo actuado a partir de la notificación por estado de la providencia del 14 de noviembre de 1991 -inclusive-, dictada por el desaparecido Juzgado Quinto de Instrucción Criminal (ver otro cuaderno original N° 3 -sic , fs. 19 y ss.).

Le correspondió reponer la actuación procesal a la Fiscal Quinta de la Unidad Especializada de Vida, funcionaria que ordenó y cumplió la notificación personal de la providencia calificatoria al agente especial del Ministerio Público (cuaderno original N° 3, fs. 1055 y 1057). Este Delegado interpuso entonces el recurso de apelación en contra de la decisión de mérito que se le ponía en conocimiento (*idem*, fs. 1059) e hizo la respectiva sustentación en el trámite de segunda instancia (cfr. otro cuaderno original N° 3 -sic-, fs. 67).

Por medio de resolución fechada el 5 de abril de 1993, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal examinó el impugnado proveído calificatorio, y dispuso entonces *acusar* a *Ricardo Ramón Flórez Namen* como presunto autor de los hechos punibles de homicidio cometidos en las personas de *Bismark Wilson Aragón Torres* y *Elkin Enrique Torregosa Galán*, lesiones personales en la persona de *Miguel Maldonado Toro* y secuestro simple consumado en contra de la libertad de las tres mencionadas víctimas. En el mismo decisorio, se ordenó continuar la instrucción en relación con los sindicados *Angel Enrique Churrio Cárdenas*, *José Casimiro Rumbo Peralta*, *Ferney Moreno Cardona*, *Oswaldo Roberto Vergara Diazgranados*, *Antonio María Caballero Aduen* y *Rodrigo José Fuenes Tito*. Respecto

de *Guillermo Javier Díaz-granados Valencia*, se precluyó la instrucción (Otro cuaderno original N° 3 -sic-, fs. 116 y ss.).

El fallo de primera instancia se dictó por el Juzgado Sexto Penal del Circuito, según providencia fechada el 29 de octubre de 1993, y por dicho medio, se absolvió al acusado *Flórez Namen* de todos los cargos formulados en la resolución de acusación. Como se había dicho en la introducción, gracias a la apelación interpuesta por el señor Procurador 164 Judicial Penal, el Tribunal Superior de Santa Marta revocó la sentencia y la sustituyó por otra de sentido condenatorio.

CONTENIDO DE LA DEMANDA

El impugnante dispone tres cargos en contra de la sentencia de segunda instancia y los desarrolla del siguiente modo:

De manera principal, acude a la causal tercera de casación, con fundamento en que es anómalo que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal hubiese decretado "la nulidad del primer auto calificatorio de la investigación, argumentando que dicha providencia no había sido notificada personalmente al representante del Ministerio Público". Como esta falta de comunicación personal no está erigida en causal de nulidad por la ley procesal, se vulnera el principio de legalidad y el debido proceso al invalidar la actuación con apoyo en un motivo inexistente.

De acuerdo con el artículo 177 del anterior Código de Procedimiento Penal, sostiene el recurrente, en relación con el Ministerio Público sólo obligaba la notificación personal de los autos de cesación de procedimiento, cierre de investigación, resolución de acusación y de la sentencia, a pesar de lo cual existía la opción de la notificación por edicto si el representante no comparecía oportunamente. De modo que, como se trataba de un auto de reapertura de la investigación, se le ocurre que la notificación por estado era correcta y entonces no procedía la declaratoria de nulidad.

Pero como también la petición de nulidad de la providencia calificatoria significaba el conocimiento previo de la misma, entonces se había producido el fenómeno de la notificación por conducta concluyente, y de tal manera era extruña la invalidación ordenada. A pesar de la configuración de los presupuestos de ese enteramiento sustitutivo de las providencias judiciales (conducta concluyente), la Fiscalía ante el Tribunal se abstuvo de responder una petición que en tal sentido le hizo la defensa, lo cual acentúa la violación a las formas propias del juicio.

El actor cree que con la declaratoria de nulidad ordenada por la Fiscalía de segunda instancia, se ha premiado la desidia del

Ministerio Público, pues era su deber acudir periódicamente a los despachos judiciales para enterarse de lo que estaba ocurriendo en los procesos que se le había confiado por razón de sus funciones, de tal manera que si no lo hizo la notificación por estado era suficiente y legal.

El segundo cargo también se presenta al amparo de la causal tercera, con la precaución del planteamiento subsidiario, y se explica por la ilegitimidad del Ministerio Público para interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia absolutoria de primera instancia, si se tiene en cuenta que el apelante no participó en la audiencia pública. En efecto, aclara el demandante que la acusación radica en la Fiscalía General de la Nación y, de conformidad con el numeral 4° del artículo 135 del C. P. P., el representante del Ministerio Público sólo está autorizado para coadyuvarla o solicitar la absolución. De esta manera, si el Delegado de la Fiscalía solicitó la exoneración de cargos en favor del procesado en el curso de la audiencia pública, entonces no podía el Ministerio Público suplantar el oficio de acusador, que fue lo que prácticamente ocurrió con la presentación del recurso de apelación en contra del fallo absolutorio. Este trastorno y conversión del Ministerio Público, dice el impugnante, genera un desequilibrio en las fuerzas de oposición dentro del proceso penal.

Dice el censor que, de acuerdo con la norma antes citada, el Ministerio Público sólo puede intervenir como sujeto procesal en los casos de fuero constitucional, en los relacionados con asuntos de interés público o en los que hubiere actuado como querellante o como titular de una petición especial, siempre que la Fiscalía haya acusado. Aunque, en principio, la ley permite la presencia del Ministerio Público en audiencias públicas sobre casos distintos a los mencionados (no como sujeto procesal), siempre lo hará como "defensor del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías individuales" (Const. Pol., art. 117 y C. P. P., art. 131).

Agrega "que en un caso como el presente, el representante del Ministerio Público puede interponer recurso de apelación contra la sentencia absolutoria solicitada y obtenida por la Fiscalía General de la Nación, pero solo puede sustentarlo sobre el supuesto de salvaguardar la legalidad del proceso, ya que sus funciones fundamentales son la de velar por el respeto de los derechos fundamentales del sindicado denunciando su violación, y la de vigilar la conducta del Juez y Fiscal denunciando penal y disciplinariamente las irregularidades que observe".

El tercer cargo, también de formulación subsidiaria, se refiere a la violación indirecta de la ley sustancial, debido a la tergiversación

de las distintas declaraciones del señor *Miguel Maldonado Toro*. El recurrente dice que el Tribunal incurrió en un error de hecho al sostener una identidad en el contenido declarativo de las exposiciones de folios 50 y 71, pues, por la atenta lectura de la última, se infiere que en ella el testigo *"no hace cargos contra ninguna persona concreta, y por consiguiente nada dice que permita suponer que el procesado Ricardo Flórez haya tenido participación alguna en los hechos delictivos investigados"* (cuaderno del tribunal, fs. 89. El énfasis pertenece al texto). De esta manera, cuando el Tribunal declara una coincidencia declarativa no existente entre dos versiones, sencillamente pone en boca del testigo expresiones que no pronunció, pues se convierte en incriminatoria una exposición que de suyo no lo es.

Una segunda distorsión del sentido de la prueba se hace consistir en un trastocamiento de las mencionadas versiones, pues equivocadamente se dice que la de folios 50 es la primera exposición del testigo *Miguel Maldonado Toro*, manifestación en la cual se hacen imputaciones a *Ricardo Flórez Namen*, mientras que la de folios 71 es posterior y contiene afirmaciones similares a la primera. Esta última declaración, dice el actor, en realidad fue la primera en el tiempo, pues se recibió a las 8:20 horas del día 6 de abril de 1991, mientras que la de folios 50 se cumplió a las 15:50 horas de la misma fecha, solo que aquélla equivocadamente aparece insertada posteriormente en el expediente.

Así entonces, continúa el demandante, si se conviene con la crítica testimonial del Tribunal, en el sentido de que es más creíble la primera versión por su mayor aproximación en el tiempo con los hechos y por cuanto son manifestaciones de una persona que acababa de ser lesionada y estaba en peligro de muerte, condiciones que la hacen más permeable a la verdad que a la mentira, consecuentemente debe admitirse que la versión que sale airosa es la de folios 71, en cuyo contenido el accionante no ve cargos en contra del procesado *Flórez Namen*, pues el testigo se limita a decir que conocía a los agresores "de cara", pero sin mencionarlos por sus nombres.

Para que se concrete su aspiración, el censor acompaña los cargos de sendas peticiones y, de manera principal, propone la nulidad del desenvolvimiento procesal a partir de la decisión de invalidez que adoptó la Fiscalía Delegada ante el Tribunal; en subsidio, solicita la nulidad a partir del auto que admitió el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra de la sentencia absolutoria de primer grado; y finalmente, también de manera subordinada, pide que se case la sentencia por violación

indirecta de la ley sustancial y, en lugar, que se dicte fallo absolutorio.

CONCEPTO DEL PRIMER DELEGADO

En relación con la censura principal, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal expone que el artículo 176 del Decreto 050 de 1987, modificado por el artículo 9° del Decreto 1861 de 1989, norma vigente para el momento en que se calificó por primera vez el mérito sumarial y se notificó la respectiva providencia a las partes, indicaba la obligatoriedad de la notificación personal al Ministerio Público, de manera tal que, una vez proferida la decisión, se le debía citar por un medio eficaz para que aquél se presentara dentro de los dos (2) días siguientes a la comunicación. De otro lado, de conformidad con el artículo 174 del mismo estatuto, debían notificarse las sentencias y los autos interlocutorios, y no queda duda de que la decisión de reapertura de la investigación estaba clasificada dentro de la última categoría mencionada.

Como en el proceso no aparece constancia alguna de la gestión realizada para notificar personalmente la decisión calificatoria al Ministerio Público, tiénese que el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal desconoció el imperativo legal al comunicarle el proveído por estado, pues esta clase de notificación ficta, de acuerdo con el artículo 177 (modificado por el art. 10° del Decreto 1861/89), estaba prevista para el evento de que no fuera posible la integración personal al procesado no detenido, al defensor, a la parte civil y a los intervinientes incidentales.

El Procurador Delegado estima que la ausencia de notificación personal al Ministerio Público constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, razón por la cual, con apoyo en la obra del tratadista *Hernando Devis Echandía*, concluye que si la notificación es incompleta o irregular entonces deberá repetirse, pero, si con posterioridad a la notificación irregular se han cumplido actuaciones que dependan estrechamente de los actos anteriores, lo procedente es decretar la nulidad para volver sobre lo realizado, "medio válido cuando la notificación irregular desdibuja el esquema propio del proceso, al alterar la igualdad de las partes, y en forma grave la garantía del principio de contradicción probatoria (arts. 29 y 89 de la C. Nal.".

No es acertado decir que la irregularidad se subsanó mediante la notificación por conducta concluyente, precisamente en el momento en que el sujeto procesal solicitó la nulidad de la reapertura de investigación por ausencia de comunicación personal del proveído, pues alentar esa idea sería propender porque "lo irregular e ilegal se mantenga y haga curso", algo contrario al deber

fundamental del representante de la sociedad de velar por la legalidad del proceso. "Es cierto que, en la tramitación procesal del primer calificatorio, la actuación del ministerio público, fue nula hasta el momento en que se enteró de la existencia de la reapertura de la investigación y de que la misma no le había sido notificada; pero ello no da lugar a que la irregularidad que advirtiera, se subsanara por su aparente negligencia, no, porque como es sabido las cargas procesales que deben atender los agentes del Ministerio Público, muchas veces les impiden atender pronta y debidamente todos los procesos que les fueren asignados..." (fs. 22, cuaderno de la Corte).

De esta manera, concluye el Procurador Delegado, resulta perfectamente legal la nulidad decretada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, por medio de la resolución del 17 de septiembre de 1992, razón por la cual no puede prosperar la anhelada invalidación por presuntas irregularidades en su ordenación.

En lo que atañe al segundo cargo, el Procurador recuerda que el artículo 277 de la Constitución Política relaciona como función del Ministerio Público la intervención en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales (numeral 7ª). Como esta intervención no puede ser en condición distinta a la de *sujeto procesal*, en principio, dicha agencia goza de la misma amplitud de facultades que los demás intervinientes procesales, además, su participación no se concreta en intereses particulares como los que mueven a otras partes procesales, sino que ha de representar a la sociedad y para los fines específicos señalados en la Carta Fundamental.

En cuanto a la apelación del fallo absolutorio por parte del representante del Ministerio Público, el Procurador señala que legalmente no existen requisitos de procedibilidad como los que quiere hacer valer el actor, cuando se refiere a la inasistencia del apelante a la audiencia pública y a la ausencia de acusación por parte de la Fiscalía en dicha diligencia. De modo que, si por su análisis y valoración probatoria, el Delegado impugnante concluía que las conductas por las cuales se acusaba a *Flórez Namen* estaban previstas como delitos y que de ellas era responsable el acusado, le bastaba que hubiese advertido la injusticia de la sentencia absolutoria, "con la correspondiente repercusión en el orden jurídico y el ámbito social", para quedar habilitada la impugnación.

En relación con el falso juicio de identidad, el Procurador señala que no es "desacertado del todo" el juicio de coincidencia que el

Tribunal hace sobre las versiones de folios 50 y 71, pues en esta última el testigo *Maldonado Toro* vuelve a narrar las circunstancias espacio-temporales que ya había expuesto en la primera, con la advertencia de que, al regreso de Aruba, su compañero *Bismarck* se dirigió a la oficina de "*Ricardo*", nombre que indudablemente corresponde al imputado *Ricardo Flórez Namen*, una de las personas señaladas en las investigación como partícipe de los execrables delitos.

Ahora bien, aunque la sentencia del Tribunal tuvo en cuenta las versiones iniciales del testigo *Maldonado Toro*, no es menos cierto que a la hora de la valoración probatoria, en orden a mostrar el convencimiento sobre la responsabilidad del acusado *Flórez Namen*, consideró lo expuesto por el testificante a folios 61 y 225, y en este último atestado, en relación con los responsables de los hechos, afirmó: "... yo le echo las culpas a *Ricardo Flórez Namen*, porque es el dueño del barco y conoce su gente de él".

El Procurador también previene sobre una desviación del ataque por falso juicio de identidad hacia el "falso juicio de convicción" (sic), pues en el fondo de la censura se advierte una crítica a la valoración que el Tribunal hizo del testimonio de *Maldonado Toro*. Con todo, también recuerda el Delegado que esta clase de ataques exigen la demostración cabal de que el juzgador se apartó absurdamente de las reglas de la sana crítica, o quebrantó las reglas de la lógica o simplemente optó por una estimación irracional de las pruebas. Si esta clase de juicio no se hace por el censor, como en verdad ocurre ahora, debe tenerse presente que el recurso de casación no ha lugar a nuevo debate sobre el mérito de las pruebas, habida cuenta de la presunción de acierto en el examen probatorio de las instancias, pues la impugnación extraordinaria se limita a la legalidad de la sentencia, es decir, a una confrontación abierta con la realidad procesal y la normatividad vigente.

Por fuera de la recomendación adversa a la prosperidad de los tres cargos examinados, el Procurador Delegado sugiere que de oficio la Corte se ocupe de la exclusión de las penas accesorias distintas a la interdicción de derechos y funciones públicas, dado que su imposición no sólo carece de motivación en el fallo del Tribunal sino que también carecen de relación con la naturaleza y gravedad de los hechos deducidos y las medidas punitivas impuestas, acorde con el criterio sostenido por la Sala en la sentencia del 2 de noviembre de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como ya se conocen con suficiencia los perfiles de los tres cargos presentados en contra de la sentencia del Tribunal de Santa Marta,

la Sala los examinará en el mismo orden elegido por la demanda y ofrece la siguiente respuesta:

1. Advierte la Corte que no es arbitraria, por el contrario, contiene una presentación razonable, la resolución del 17 de septiembre de 1992, por medio de la cual la Fiscalía ante el Tribunal decretó la nulidad de lo actuado a partir de la notificación por estado de la providencia del 14 de noviembre de 1991, por la cual el desaparecido Juzgado Quinto de Instrucción Criminal ordenó la reapertura de la investigación, como forma de calificación sumarial, en lo que atañe a la mayoría de los vinculados. En efecto:

Lo primero que debe decirse, con el ánimo de introducir claridad en la reclamación, es que no se afectó de invalidez la providencia calificatoria, como impropiamente lo afirma el recurrente, sino de la actuación procesal realizada a partir de la notificación por estado de dicha decisión.

En segundo lugar, tal como lo precisó la Fiscalía al defensor de entonces y lo reitera ahora la Sala para el recurrente en casación, las notificaciones al Ministerio Público en aquel entonces (noviembre de 1991) se regían por el artículo 9° del Decreto 1861 de 1989 (vigente desde el 18 de agosto del mismo año), que había modificado el texto original del artículo 176 del Código de Procedimiento Penal vigente (Decreto 050 de 1987). De acuerdo con dicho precepto en vigor, las notificaciones al Ministerio Público y al procesado privado de la libertad siempre se harían personalmente y, con el fin de hacerlas realidad, se establecía como obligación del despacho judicial la de citar al respectivo agente, por cualquier medio eficaz, y, correlativamente y para reforzar la sustancialidad del acto, se determinaba la responsabilidad disciplinaria del funcionario judicial o del representante del Ministerio Público que injustificadamente retardaran la notificación de las providencias.

Ciertamente, antes de la reforma introducida por el Decreto 1861, el texto original del artículo 177 sólo preveía la notificación personal al Ministerio Público (al igual que al procesado no detenido) de los autos de cesación de procedimiento, el que disponía el cierre de investigación y el de resolución de acusación y las sentencias. Sin embargo, el método cambió con la reforma de 1989 y desapareció la selección de providencias notificables personalmente, en favor del categórico establecimiento de la notificación directa al procesado detenido y al Ministerio Público, sin la alternativa de la notificación por estado y por edicto, que sólo se dejó para el caso del procesado no detenido u otros sujetos procesales distintos al Ministerio Público (artículo 10, Decreto 1861/89).

En tercer lugar, ni siquiera quedó constancia en el expediente del "medio eficaz" utilizado para lograr la comparecencia del Ministerio Público, lo cual significa que no se cumplió el antecedente necesario para poner al funcionario respectivo en situación de incumplimiento de sus deberes. De modo que tal omisión no permite aventurar reproches de incumplimiento en contra del agente especial del proceso en cuestión, así como también es injustificado aseverar, como lo hace el Procurador Delegado, que la actuación del representante del Ministerio Público "fue nula hasta el momento en que se enteró de la existencia de la reapertura de la investigación...", pues claramente se advierte que presentó un sustancial y motivado alegato precalificatorio, escrito en el cual solicitaba la radicación en juicio criminal del procesado *Ricardo Ramón Flórez Namen* y la reapertura de investigación en favor de los demás sindicados (cuaderno original N° 3, fs. 775 y ss.).

La notificación por conducta concluyente, y es la cuarta observación, tanto en vigencia del artículo 181 del Decreto 050 de 1987 como por clamor del actual artículo 191 (Decreto 2700/91), sólo se entiende cumplida si el interesado "hubiere actuado en diligencia o trámite a que se refiere la decisión, o interpuesto recurso contra ella". Ninguna de las dos hipótesis normativas se consolidó en este caso, porque, de un lado, el Ministerio Público no intervino en ninguna de las diligencias y pruebas derivadas de la reapertura de investigación; y, de otra parte, dicho sujeto procesal, por falta de comunicación oportuna, no pudo impugnar la decisión.

El actor propone otro supuesto de notificación por conducta concluyente, no contemplado en la ley, basado en el conocimiento que reveló el Ministerio Público sobre la providencia calificatoria, una vez se decidió a solicitar la nulidad de la misma (entiéndase de la notificación por estado). Pero ocurre que la notificación de las providencias, como proceso comunicación del Estado-jurisdicción con las partes, no constituye un fin en sí misma, pues, además del propósito de publicidad abierta o restringida de la actuación procesal que se cumple con ella, se traduce también en orientaciones para alguna exigencia a los sujetos procesales o se convierte en la puerta de entrada a los recursos. Por ello, si se cumplen los fines para los cuales estaba prevista la notificación que se hace de manera irregular (*principio de instrumentalidad de las formas*) y además el sujeto procesal agraviado tácitamente convalida el acto viciado por la intervención posterior conforme con la decisión no comunicada (*principio de convalidación*), obviamente no procedería la nulidad, acorde con las máximas citadas que informan esta clase de sanción procesal, expresamente recibidas en los numerales 1° y 4° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

Pero claro, esa participación o manifestación ulterior del sujeto procesal ha de resultar oportuna y potencialmente eficaz, en el sentido de que aun pueda provocar una respuesta de la jurisdicción con posibilidad de éxito o fracaso, pues no puede ser convalidante, como paradójicamente lo sugiere el actor, una referencia al proveído para invocar la nulidad de su modo de notificación, con el propósito de retrotraer la actuación procesal, precisamente porque el daño ya era insubsanable. Además, si ya se habían practicado pruebas y diligencias tendientes a desarrollar el mandato de reapertura de la investigación, sin la posibilidad de contradicción por parte del Ministerio Público ignorado, resultaba inútil ordenar la repetición de la notificación del proveído (*carácter de medida extrema de la nulidad*), sin que simultáneamente cayera esa actuación probatoria posterior practicada a sus espaldas. A la nulidad se apela residualmente, sólo cuando se han agotado los esfuerzos de convalidación o de finalidad cumplida a pesar del acto, razón por la cual resulta insólito que la invocación de aquélla se tenga como notificación por conducta concluyente, a sabiendas de que esta forma de comunicación tácita es precisamente un elemento enervante de la nulidad. Para no caer en peticiones de principio o en inversiones de la causalidad, ha de entenderse que es la demostración de los presupuestos legales de la notificación por conducta concluyente la que obvia la nulidad, y no el clamor de ésta lo que daría lugar a la primera.

Ahora bien, el censor se duele de la ausencia de respuesta a la petición de declaratoria de notificación por conducta concluyente, con base en la evidencia de conocimiento por la referencia al proveído calificatorio, actitud que supuestamente arreciaría la ofensa a las formas propias del juicio, pero ocurre que las ficciones legislativas como ésta no se declaran sino que se infieren lógicamente del acto que inequívocamente las revela. Por ello, la norma se refiere a "conducta concluyente" del sujeto procesal ignorado, que es una manifestación de su voluntad que no deja duda del conocimiento de la providencia, a pesar de no habérsele comunicado formalmente (presentarse a la audiencia o interponer recursos contra la decisión). Es la expresión comportamental del sujeto procesal la que trasunta el conocimiento y ha lugar a que "se entienda cumplida la notificación", no la declaración judicial. Excepcionalmente, puede declararse la existencia de una notificación por conducta concluyente, cuando infundadamente se solicita la nulidad por una anomalía en la notificación del proveído, caso en el cual la negación del remedio invalidante implica, por sustentarse en sus presupuestos, la declaración de aquélla.

Por último, no es caprichosa la decisión de nulidad objetada, en la medida en que la Fiscal la justifica por la violación de los principios de publicidad, contradicción, igualdad y lealtad, máxime que "hay

cierto abuso y desvío cuando se considera el proceso y la plenitud de sus formas como privilegio concedido solamente a una de las partes, al enjuiciado, dejando al Ministerio Público y a la parte civil sin las consecuencias de este importantísimo resguardo constitucional" (Casación septiembre 9 de 1976, M. P. *Gustavo Gómez Velásquez*).

2. Sobre el *segundo cargo*, afincado en la presunta ilegitimidad del Ministerio Público para recurrir el fallo absolutorio, es importante destacar lo siguiente:

El artículo 277 de la Constitución Política señala como función de este órgano de control, la de "*intervenir en los procesos*", bien ante las autoridades judiciales ora ante las administrativas, "cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales" (numeral 7°). De modo que, si en un apartado diferente de la norma constitucional aparece la facultad de ejercer la vigilancia superior de quienes detentan las funciones públicas (numeral 6°), la intervención a que alude el numeral 7° sólo puede entenderse *a título de sujeto procesal*, pues no habría otra manera, dentro de un proceso penal, por ejemplo, de hacer valer el orden jurídico o de implementar la defensa del patrimonio público o de procurar el respeto a los derechos y garantías fundamentales. Este modo de entender el precepto constitucional, se ha explicitado por el artículo 85 de la Ley 201 de 1995 (orgánica de la Procuraduría General de la Nación), de acuerdo con el cual "[e]n materia penal el Ministerio Público intervendrá, *como sujeto procesal cuando sea necesario*, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales" (Se ha subrayado).

De manera que es enteramente caprichosa, por ser contraria a la Constitución Política, la interpretación que el recurrente hace de los artículos 131 y 135, numeral 4° del Código de Procedimiento Penal, para decir que, mientras la primera se refiere a una intervención externa del Ministerio Público en la fase del juzgamiento para proteger el orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales; la segunda norma consagra específicamente su participación como sujeto procesal, sólo en los procesos de fuero constitucional, o en los relacionados con asuntos de interés público o en aquéllos en que hubiese actuado como querellante o ejercido la petición especial, actuación que se circunscribe a coadyuvar la acusación formulada por la Fiscalía o a solicitar la absolución. No, como estos preceptos son desarrollo de la Constitución, simplemente el primero relaciona las funciones generales del Ministerio Público dentro del proceso penal, mientras el segundo previene sobre ciertas funciones especiales del mismo órgano de control también dentro del proceso penal.

Así entonces, como en los fines del proceso penal está comprometido el valor justicia, era tarea fundamental del Ministerio Público intervenir para evitar una sentencia que estimaba injusta, pues la injusticia deriva tanto de la condena a un inocente como de la absolución a quien por obra de los medios adecuados y razonablemente aparece como responsable del hecho delictivo investigado. Esta bifronte posibilidad de actuación del Ministerio Público es la que surge de su condición de defensor de los "intereses de la sociedad" y del "orden jurídico" (cuyo quebrantamiento se incrementaría con una sentencia injusta) y de protector de los derechos y garantías fundamentales de los sujetos procesales sin discriminación. Esto es lo que permite calificar al Ministerio Público como sujeto procesal imparcial, aunque tal calificación debe hacerse no por los resultados de su gestión sino por los métodos y medios que constitucionalmente le han sido confiados.

Ahora bien, además del yerro de apreciación sistemática de los artículos 131 y 135, numeral 4°, también es equivocado hacerle decir a este último precepto que prevé una subordinación del ejercicio de control del Ministerio Público a la acusación de la Fiscalía. En efecto, cuando la norma le dispone como función especial la de "coadyuvar la acusación formulada o solicitar la sentencia absolutoria", no se refiere, en su primera parte, tanto a una colaboración con la actitud acusatoria que eventualmente asuma la Fiscalía en curso de la audiencia pública, como al apoyo y la resonancia de la resolución de acusación que en nuestro sistema es la pieza fundamental de introducción al juicio, que como tal se lee antes de cualquier intervención de los sujetos procesales y, además, es el punto de partida y marco de los debates. Y esta importancia de la resolución acusatoria no es un mero destacamiento legal, obedece a un desarrollo del espíritu constitucional, pues, de acuerdo con el artículo 250 del Estatuto Fundamental, para concretar las tareas de "investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes", si a ello hubiere lugar, la Fiscalía previamente deberá "calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas".

Y para evitar suspicacias de aproximaciones al funcionamiento del sistema acusatorio en otras latitudes, debe decirse directamente que la sentencia absolutoria de primer grado dictada en este asunto no podía obedecer meramente a la petición que en tal sentido hiciera el Delegado de la Fiscalía General de la Nación, sino a la evaluación racional que corresponde al juez, no sólo de las posturas asumidas por los sujetos procesales en la audiencia pública, sino también, y de manera fundamental, de la prueba que sustentaba la resolución

de acusación y la que se haya practicado en la fase de juzgamiento (inclusive por iniciativa propia).

Por ello, en nuestro singular sistema de tendencia acusatoria, el proferimiento de la resolución de acusación por el fiscal no implica que ineluctablemente deberá sostener una "actitud acusatoria" en el curso del juzgamiento, pues la Constitución Política le señala como función a la Fiscalía General de la Nación la de "investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes", pero siempre con la recurrente aclaración de que la acusación se asuma "*si hubiere lugar*" a ella (arts. 250-2 y 251-1). Consecuentemente, el artículo 129 del Código de Procedimiento Penal señala que el fiscal podrá invocar cesación de procedimiento o absolución, manifestación legal que también destaca y a la vez es el resultado de la caracterización constitucional de la Fiscalía como autoridad objetiva, en el sentido de que está obligada a investigar tanto lo inculpatorio como lo exculpatorio al imputado (art. 250, inciso final). Además, dentro de la configuración constitucional de la acción penal, la pretensión punitiva es apenas una de las posibilidades de su ejercicio, pues, si aquella se entiende como requerimiento de jurisdicción, también cuenta la potencialidad de solicitar y obtener la cesación de procedimiento y el fallo absolutorio.

La Sala ha dejado claro en pronunciamientos anteriores que el ejercicio de la acción penal no sólo es pretensión punitiva (sentencia de condena), ni que ésta se encuentre condicionada por la "actitud acusatoria" de la Fiscalía en el desarrollo del juicio, y así, en sentencia de única instancia fechada el 8 de septiembre de 1993, cuya ponencia estuvo a cargo del magistrado *Ricardo Calvete Rangel*, se dijo lo siguiente:

"Esto significa que el fiscal tiene el control total de la situación hasta la calificación del mérito del sumario, lo cual puede hacer precluyendo la instrucción o profiriendo resolución de acusación. Si la decisión que toma es esta última, el proceso pasa a manos del juez y las facultades del fiscal se reducen a las de cualquier sujeto procesal, estando entre ellas la de solicitar cesación de procedimiento o en la audiencia la condena o absolución del acusado, tal como lo señala el artículo 129 del estatuto procesal y se desprende de la Constitución Nacional al ordenar que se acuse pero a los presuntos responsables, ya que el hecho de haber formulado pliego de cargos no le impide que atendiendo a las pruebas recaudadas en el juicio o al nuevo estudio del caso, llegue a la conclusión de que hay razones de peso para absolver.

"Para que la petición de absolución presentada por el fiscal tuviera efecto vinculante se tendría que reemplazar el artículo 129 por otra norma que así lo ordenara.

"En la actualidad, su petición no obliga al juez, y si es absolutoria ello no significa que los cargos hayan desaparecido, pues éstos están formulados en la resolución de acusación y se resuelven en la sentencia, de ahí que el artículo 456 ibídem diga que, 'finalizada la práctica de pruebas y la intervención de las partes en la audiencia, el juez decidirá dentro de los diez días siguientes'.

"Dentro de las diversas modalidades que son posibles en un sistema procesal de tendencia acusatoria, la escogida por nuestro legislador otorga al fiscal la potestad de formular cargos o precluir la instrucción, pero una vez el proceso pasa a la etapa del juicio, la decisión corresponde exclusivamente al juez, quien consultará la evidencia recaudada y las alegaciones de las partes, sin que ninguna restrinja su autonomía para decir".

En relación con el *tercer cargo*, atinente a la violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad influyente en el testimonio del señor *Miguel Maldonado Toro*, es necesario advertir lo siguiente:

El hecho procesal concreto, según se lee en la sentencia del tribunal, es que en las primeras versiones el testigo *Maldonado Toro* le hizo imputaciones a *Ricardo Ramón Flórez Numen*, pero en exposiciones posteriores se retracta y acude a la mentira. Pero la censura se ocupa de una comparación equívoca de las versiones de este testigo que aparecen a folios 50 y 71, como si en realidad se tratara de los dichos opuestos a que alude el tribunal, cuando la Corporación lo que advierte es que en la última el testimoniante "vuelve a decir más o menos lo que está consignado al folio 50 a 53 de este mismo cuaderno, con la diferencia que en la última parte afirma que cree que los que lo iban a matar eran narcotraficantes por el aspecto que tenían y la forma de actuar". En verdad, según el contenido de la sentencia impugnada, las versiones de folios 50 y 71 (también la de folios 224) hacen parte de prueba incriminatoria, mientras que la retractación quedó plasmada en la diligencia de indagatoria de folios 161 (primer cuaderno) y en exposición de folios 961 del tercer cuaderno original (Cfr. cuaderno de 2ª instancia, fs. 49, 51 y 52).

Claro que el recurrente quiere hacer ver una aparente contradicción entre las versiones de folios 50 y 71, tal vez porque la última no incrimina a *Ricardo Flórez Numen*; pero, como lo resalta el Procurador Delegado, en dicha exposición el testigo sí se refirió de cierta manera acusatoria al procesado, pues, dijo que al regreso de Aruba se dirigió a la oficina de "*Ricardo*", y además acompañó de nuevo la narración de las mismas circunstancias espacio-temporales y modales antes expuestas en la versión de folios 50.

De modo que la censura contiene un paralogismo, primero, porque la fuerza persuasiva de una primera versión a la cual alude el Tribunal, y que el impugnante acepta acomodaticiamente, no surge de la polarización de los dichos de folios 50 y 71, sino de la comparación de éstas (como una sola) con las posteriores (fs. 161 y 961 ya citados). En segundo lugar, si en gracia de discusión se admite la posibilidad de contradicción entre los señalamientos de las actas de folios 50 y 71, la verdad es que existe una petición de principio en la postura del recurrente, porque compara la hora de realización y dice que la exposición de folios 71 fue primero en el tiempo, después le saca todo el rédito a la crítica del tribunal sobre la credibilidad de la versión inicial (juicio hecho en otro contexto), sin haber demostrado suficientemente la contrariedad entre aquellas dos testificaciones.

Para decir que el Tribunal tergiversó el contenido fáctico de la prueba de cargo (falso juicio de identidad), lamentablemente el censor acudió a la distorsión de las expresiones de motivación que trae el fallo. De este modo, por su desapego de la realidad de lo producido en la sentencia, a sabiendas de que la esencia del recurso extraordinario de casación radica en el examen de la legalidad de las manifestaciones y decisiones del fallo impugnado, se tiene que la censura atenta contra el principio lógico de la razón suficiente. Otras ocurrencias de la demanda, que apuntan más a un distanciamiento sobre los elementos de comparación reconocidos y escogidos por el fallador como suficientes para situar la credibilidad en una versión y no en otra, obviamente se apartan del cometido de la casación y propiciarían una rediscusión sin motivo suficiente de lo que está impregnado de jurisdiccionalidad.

En consecuencia, la conclusión que fácilmente se nota en estas reflexiones es la de desestimación de los tres cargos formulados en contra de la sentencia del tribunal.

Con todo, tiene razón el Procurador Delegado al sugerir que de oficio, de acuerdo con la potestad del artículo 228 del C. de P. P., la Sala se ocupe de las sanciones accesorias de prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio hasta cinco (5) años y suspensión de la patria potestad, si la tuviere, hasta quince (15) años, medidas adoptadas sin ninguna motivación en el fallo demandado. En efecto, de acuerdo con el artículo 28 de la Constitución Política, no sólo la privación de la libertad sino también otras restricciones de derechos, como que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia...", están sujetas a las formalidades y motivos previamente definidos en la ley. De otra manera dicho, la legalidad de las sanciones no sólo está condicionada por el momento legislativo de su predeter-

minación, sino también por el momento judicial de su ajuste a dichos parámetros legales y de la obvia motivación que entraña el proceso de subsunción de los hechos a la norma.

Este criterio ha sido sostenido por la Sala en la sentencia de casación fechada el 2 de noviembre de 1993, cuya ponencia correspondió al magistrado *Juan Manuel Torres Fresneda*, entre otras decisiones, y, con base en los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P., ha accedido a la casación de oficio y a la revocación de las determinaciones inmotivadamente adoptadas, tal como se hará en el presente caso.

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

1. Desestimar los cargos que contiene la demanda de casación presentada en contra de la sentencia de segundo grado fechada el 11 de julio de 1994, dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta.

2. *Casar parcialmente y de oficio* el mencionado fallo, en lo que atañe a las penas accesorias de la prohibición de ejercer un arte, profesión u oficio y la suspensión de la patria potestad, razón por la cual se revoca en lo pertinente el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia y se dejan sin efecto dichas sanciones.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia (no firmó), *Mario Manrique Nougués, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

[1] La condena de éste derivó de su calidad de propietario del vehículo y de haberlo entregado en préstamo de uso al responsable penal.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / CULPABILIDAD / IN DUBIO PRO REO

Aducir o sugerir que se atribuyó delito o se dedujo responsabilidad penal sin culpabilidad, abre el camino bien por la violación directa de normas tan sustanciales como los artículos 2°, 5°, 329 y 340 del Código Penal, por falta de aplicación de las dos primeras y aplicación indebida de las dos últimas, ora por la violación indirecta de los mismos preceptos fundamentales, debido a errores de hecho o de derecho que es preciso individualizar. De igual manera, la capitalización de la regla de solución procesal del in dubio pro reo, *según que se haya estimado positivamente por el juzgador o se haya menospreciado su configuración, delinea los dos sentidos indicados de la causal de violación de dispositivos sustanciales, razón por la cual, aquí y allá, el demandante tenía el deber formal de precisar su inconformidad, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico.*

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Proceso No. 13140 Aprobado Acta N° 125

Vistos:

Examina la Sala el cumplimiento de las formalidades básicas de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Benjamín Antonio Ladino Cataño,* en relación con la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Cali, de acuerdo con la cual el procesado es autor de un concurso de hechos punibles de homicidio y lesiones personales culposos y, en consecuencia, se confirma la sanción principal de tres (3) años de prisión, dos mil pesos ($ 2.000.oo) de multa y un (1) año de suspensión en el ejercicio de la conducción de vehículos automotores, medidas que habían sido adoptadas en el fallo de primer grado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El infausto episodio ocurrió el día 17 de agosto de 1993, aproximadamente a las 5:30 horas de la madrugada, hora en la cual el bus de servicio público afiliado a la Empresa de Transporte Pradera, conducido por el ciudadano *Benjamín Antonio Ladino Cataño*, se desplazaba por la carretera central del Valle del Cauca (conocida como vía panamericana), en su recorrido usual entre el municipio de Pradera y la ciudad de Cali, y precisamente en el tramo conocido como recta Cali-Palmira, a la altura del Centro Internacional de Agricultura Tropical (CIAT), el automotor se precipitó de un momento a otro sobre una hondonada que funciona como separador central del carreteable, produciéndose un aparatoso volcamiento en el cual perdieron la vida los pasajeros *Hernando Mejía Quintero* y *María Luz Gaviria de Mejía* y otros, en cantidad superior a diez (10), resultaron lesionados.

La Fiscalía General de la Nación adelantó la averiguación formal de los hechos y acusó al procesado ante los jueces, por el concurso de delitos de homicidio y lesiones personales culposos, según resolución fechada el 28 de abril de 1995.

Agotada debidamente la fase del juzgamiento, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira dictó sentencia condenatoria el 30 de mayo de 1996, por medio de la cual impuso al procesado las consecuencias antes indicadas, fallo que fue íntegramente confirmado por la decisión de segunda instancia del Tribunal Superior de Cali, adoptada el 3 de septiembre del mismo año.

EXAMEN PRELIMINAR DE LA DEMANDA

Después de individualizar las partes en el proceso y el fallo controvertido, y hacer una síntesis de los hechos que fundamentan el decurso procesal, el recurrente cita textualmente algunos párrafos de la sentencia impugnada, haciendo énfasis en las expresiones que estima pertinentes para sus apreciaciones, y en el capítulo tercero del libelo ofrece el siguiente enunciado:

"Para solicitar se case el fallo ya identificado aduzco la causal primera del artículo 220 del C. P. P., por violación indirecta de la ley sustancial, al haber incurrido el ad quem en error de hecho al suponer la existencia de una prueba que no obra en el proceso".

Como explicación del cargo, el demandante advierte que, si bien el *ad quem* descartó el exceso de velocidad imprimida al bus, dato que infundadamente la primera instancia había situado como causa del siniestro, de todas maneras "en su afán de endilgar la responsabilidad por los hechos ocurridos incurrió en error de hecho manifiesto al dar por demostrado, sin que obrara en el proceso

prueba alguna que lo sustente, de que *Benjamín Antonio Ladino Cataño* se quedó dormido conduciendo el vehículo al momento de la ocurrencia de los hechos, cuando por el contrario, de la injurada rendida por mi defendido, y de las declaraciones allegadas al proceso, se pudo establecer que éste se encontraba en plenitud de sus facultades físicas y mentales".

Ese que es el argumento central y único de la impugnación, prácticamente se reitera por el censor en los siguientes términos:

"Pues bien, el ad quem, al no encontrar una razón lógica de la ocurrencia del accidente, y entendiendo que se encontraba demostrado que el motorista no conducía a exceso de velocidad, se imaginó que Cataño Ladino se quedó dormido con el único argumento de la hora tempranera en que conducía, sin que obre en el proceso prueba que indique que mi prohijado en esos momentos no se encontraba en condiciones aptas para la conducción del vehículo, y mucho menos que se hubiese quedado dormido".

En cuanto a la trascendencia del error, se dice en la sustentación del recurso que éste tiene carácter "manifiesto" y "determinante", de tal manera que si se hace abstracción de él, la decisión sin duda hubiese sido absolutoria, merced a "la aplicación de principios tales como el de la proscripción de la responsabilidad objetiva y el in dubio pro reo, los cuales no fueron observados al imaginarse el juzgador de segunda instancia que mi defendido, en forma imprudente se quedó dormido, sin que, como vuelvo y lo digo, haya un solo medio probatorio dentro del proceso que permita llegar a esa conclusión, de lo cual se concluye en forma clara, que el ad quem se imaginó la existencia de tal prueba".

La Sala vuelve ahora sobre las conocidas observaciones en torno a la estructura de la demanda de casación, escrito que el legislador, en lugar de abandonarlo al talante y la libre composición del actor, razonablemente lo ha sujetado a unos mínimos formales que derivan de la lectura de los artículos 220 y 225 del Código de Procedimiento Penal, precisamente porque se quiere resaltar la nota de lo extraordinario en el recurso de casación y precaver la conversión de dicha sede en una instancia adicional, dado que, salvo motivos elocuentemente canalizados en la respectiva demanda, la Corte periódicamente cumple los cometidos de unificación jurisprudencial, realización de los derechos fundamentales de las partes y resarcimiento de los agravios particulares, pero sin la pretensión mesiánica de absorber o suplantar de cualquier manera el debate amplio, el trabajo y los resultados con impronta jurisdiccional de cumplida vigencia en las instancias.

Si la controversia se sitúa en el *falso juicio de existencia*, ámbito sugerido en el señalamiento de que el tribunal incurrió en error de hecho "al suponer la existencia de una prueba que no obra en el proceso", queda la inquietud de saber cuáles fueron los medios probatorios imaginados para soportar el juicio conclusivo de que el conductor del autobus se quedó dormido a la hora de los hechos y que por ello se produjo la tragedia.

En este sentido, la demanda es equivoca, porque no es posible precisar en su contenido si el dato en cuestión fue completamente inventado gracias a la imaginación del juzgador, sin sustrato probatorio o con base informativa inopinadamente mencionada en el fallo pero inexistente en el proceso, o si atañe a una inferencia lógica que se hace después de evaluar críticamente la prueba y descartar otras hipótesis de ocurrencia. Esto último, y no lo primero, es lo que se entrega inconsistente y contradictoriamente en el cuerpo de la misma demanda, cuando el actor reprocha la conclusión judicial del sueño en el conductor dizque por haberse asentado en "el único argumento de la hora tempranera en que conducía..."

La dilogía en esta materia es intolerable porque torna inescrutable el lenguaje de la demanda, hasta el punto que se corre el riesgo de mezclar indebidamente los motivos de casación, pues no es igual la trascendencia de un yerro tan material como el del fingimiento de la prueba sobre asunto tan definitivo como la hipótesis de culpa (imprudencia), o si la equivocación se sitúa por la discrepancia sobre un juicio de valor de conclusión, en relación con el mismo tema, que se deriva de la apreciación racional de la prueba. Este último matiz, ordinariamente está exento de discusión en sede de casación, porque el recurso extraordinario no puede alentar la confrontación entre dos silogismos probatorios (el del tribunal y el del censor), uno de los cuales está ungido por la soberanía reglada del juez en la materia (art. 254 C. P. P.), salvo que se perfile inequívocamente, por demostración clara del demandante, la carencia del buen sentido, la negación de la lógica elemental o del ordinario discurrir de las cosas o la fulminación de los dictados de la ciencia en la valoración probatoria.

Ello sin contar con el intento de discusión de lo que se perfila como una deducción lógica del sentenciador (la somnolencia del conductor), pues con tal actitud se entra en los terrenos de la prueba indiciaria, caso en el cual, por principio de razón suficiente y por medio de las rutas de casación adecuadas, debería señalarse si la falencia se advierte en la prueba que sirve de fuente al indicio, o si el hecho indicador no está probado, o si el disgusto solamente se circunscribe a la operación lógico-deductiva que arrojó un hecho indicado imposible de concebir.

Ahora bien, alegar que el conductor se hallaba en óptimas condiciones físicas y mentales, según se deduce de su injurada "y de otras declaraciones allegadas al proceso", además de que genera para el recurrente la carga de exhibir concretamente la información de tales piezas procesales que conduce a esa convicción, para no quedarse en el mero enunciado abierto y caprichoso, produce a la vez un desvío conceptual en las reclamaciones, porque tal pauta sugiere otra modalidad de *falso juicio de existencia*, ya no por la simulación de datos probatorios ausentes del proceso, sino, *contrario sensu*, por la ignorancia de algunos medios de información válidos que existen en el proceso.

Se detecta una carencia adicional en el libelo. ¿Cuáles las razones por las cuales se afirma, sin las distinciones o formulaciones subsidiarias exigidas por la ley, que el tribunal violó los principios de culpabilidad (o proscripción de la responsabilidad objetiva) y el de *in dubio pro reo*?. Aducir o sugerir que se atribuyó delito o se dedujo responsabilidad penal sin culpabilidad, abre el camino bien por la violación directa de normas tan sustanciales como los artículos 2°, 5°, 329 y 340 del Código Penal, por falta de aplicación de las dos primeras y aplicación indebida de las dos últimas, ora por la violación indirecta de los mismos preceptos fundamentales, debido a errores de hecho o de derecho que es preciso individualizar. De igual manera, la capitalización de la regla de solución procesal del *in dubio pro reo*, según que se haya estimado positivamente por el juzgador o se haya menospreciado su configuración, delinca los dos sentidos indicados de la causal de violación de dispositivos sustanciales, razón por la cual, aquí y allá, el demandante tenía el deber formal de precisar su inconformidad, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico.

Tan significativas como abundantes perplejidades y carencias técnicas en el pedimento, sólo pueden conducir a que de entrada se desestime por vicios de forma y, consecuentemente, a declarar desierto el recurso de casación concedido por el tribunal.

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

RESUELVE

Rechazar in limine la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Benjamín Antonio Ladino Catano* y, por consecuencia, declarar desierto el recurso de tal naturaleza que concedió el Tribunal Superior de Cali.

En atención a las previsiones de los artículos 197 y 226 del Código de Procedimiento Penal, en relación con esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Dídimo Páez Velandia*, *Mario Montilla Nougues*, *Juan Manuel Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL / TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Si el legislador, a través de este mecanismo excepcional y restrictivo de la casación discrecional, extendió la competencia de la Corte para conocer otros procesos, en procura del desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, restringiendo la titularidad de su accionar a los sujetos procesales ya mencionados, hay que entender, sin necesidad de acudir a brillantes razonamientos, que la legitimidad para acogerse a este excepcional medio impugnatorio le fue vedada, entre otros, al tercero civilmente responsable; y cuando la claridad y fluidez de la normatividad legal es tan ostensible, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del Código Civil).

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Manrilla Nouges.*

Proceso No. 12402 Aprobado Acta No. 125

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de los recursos de casación excepcional interpuestos por el defensor del procesado *Luis Enrique Borda Chavarro* y el apoderado del tercero civilmente responsable, contra la sentencia de condena proferida en segunda instancia por el Juzgado 47 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, en proceso por el delito culposo de lesiones personales.

ANTECEDENTES

1. En horas de la mañana del 21 de septiembre de 1992, en el cruce de la carrera 2ª con calle 48 Sur de esta capital, fue atropellado el niño *Juan Pablo Estupiñan Castro* por el camión de placas SFM-089, al servicio de la empresa Gaseosas Colombianas S.A., conducido en reversa por *Luis Enrique Borda Chavarro*, sufriendo lesiones personales que le significaron una incapacidad definitiva

de 50 días, con deformidad facial transitoria y perturbación funcional y deformidad física permanentes del miembro superior izquierdo.

2. Por los anteriores hechos, el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Bogotá adelantó el correspondiente proceso y condenó al conductor *Borda Chavarro*, mediante sentencia de fecha junio 20 de 1996, a la pena principal de seis meses de prisión y cinco mil pesos de multa, a "la pena accesoria de suspensión del ejercicio de la conducción" (sic) por seis meses y al pago, en forma solidaria con el tercero civilmente responsable Gaseosas Colombianas S.A., de $37.521.000 por concepto de perjuicios materiales y el equivalente a 100 gramos oro por perjuicios morales, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional; fallo apelado por el profesional que venía actuando como defensor del procesado y apoderado del tercero civilmente responsable, y confirmado el 27 de agosto siguiente por el Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito de esta ciudad.

3. Contra dicha decisión fue interpuesto recurso de casación excepcional, en representación del procesado *Luis Enrique Borda Chavarro* y del tercero civilmente responsable *Gaseosas Colombianas S.A.*

4.- Conviene tener en cuenta que la instrucción fue cerrada el 23 de noviembre de 1993 y calificada con resolución de acusación contra Borda Chavarro, el 3 de enero de 1994. La demanda contra Gaseosas Colombianas S.A. es presentada por el apoderado de la parte civil el 15 de abril de 1994; mediante providencia de mayo 17 del mismo año, dicha sociedad es vinculada como tercero civilmente responsable, notificándose personalmente su representante legal el 23 de junio siguiente (f. 165v. cd. inicial), quien dos semanas después otorga poder, representación que reconoce el despacho el 12 de julio ibidem (f. 171).

Entre tanto, el 1° de julio de 1994 el Juzgado 26 Penal Municipal "ordena correr traslado a las partes por el término de treinta (30) días hábiles, conforme y para los fines previstos en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal" (f. 167). Como apoderado de Gaseosas Colombianas S.A., el abogado pide copia "de lo actuado en el sumario" (f. 172), solicita algunas diligencias (f. 174), objeta por error y pide complementación y aclaración del avalúo de perjuicios (cd. incidente) y participa en audiencia de conciliación que no fructificó (fs. 226 y Ss.) y en la audiencia pública (abril 26/96, fs. 238 y Ss.).

La Impugnación

1. El nuevo apoderado del tercero civilmente responsable, acogiéndose a lo establecido en el inciso tercero del artículo 218

del Código de Procedimiento Penal, impetra la admisión del recurso de casación excepcional contra la sentencia de segunda instancia, aduciendo quebranto del derecho fundamental a la defensa de su representado.

En capítulo dedicado a examinar la titularidad del tercero civilmente responsable para recurrir excepcionalmente, invita a la Sala a reconsiderar su criterio sobre la exclusión de la Fiscalía, la parte civil y el tercero civilmente responsable para acceder a este especial medio impugnatorio (menciona providencias de 4 de agosto de 1995 Magistrado ponente *Juan Manuel Torres Fresneda* y 26 de julio de 1996 Magistrado ponente Dídimo Páez Velandia), a fin de que "restudie el punto y decida en controversia un poca más profunda, la bondad o perjuicio de su apreciación, la solidez o debilidad de la misma, la posibilidad de modificarla o de mantenerla conforme a su apego o distanciamiento de la exigible legalidad". Al efecto, expresa:

"La Sala acude al texto del inciso tercero del art. 218, en el segmento que determina los posibles autores de esta solicitud. Pero nada más. Tal vez inconscientemente recuerde que cuando la fórmula

legal es clara, resulta igualmente nítida su valoración. Sobre este equivocado supuesto lógicamente no se trata de una interpretación sino de la aplicación cerrada de la letra de la ley, postura indefensable aún desde el punto de vista de su literalidad. Qué no decir cuando se ahonda en su connotación teleológica y en el espíritu político procesal del instituto.

1. Pero para imponer criterio tan restrictivo y odioso, no se ha pensado en la excepcionalidad del recurso extraordinario, o sea, en el fundamento que lo inspira, anima e impone: la necesidad del desarrollo de la jurisprudencia o lo que es todavía de mayor entidad en un estado de derecho social, la garantía de los derechos fundamentales."

Sostiene que esa recortada interpretación de la norma lleva a pensar si el legislador solo quiso el desarrollo de la jurisprudencia y la garantía de los derechos fundamentales para el procurador, o su delegado, o para el defensor del procesado y observa que la valoración de la Sala parece "fincada en un estadio superado hace años, vale decir, que el derecho de defensa se relaciona con el procesado y que exclusivamente en favor de éste se deba la salvaguardia del debido proceso....".

Opina que la casación discrecional debe responder al anhelo de que todos los sujetos procesales se encuentren en igualdad de facultades, como lo quiere la Constitución Política. "La integridad

de las garantías fundamentales es aspecto tan esencial que por sí mismo debe imponer una interpretación más racional, más acorde con este propósito del legislador, y valga la pena anotar cuán lejos se encuentra este querer de lo que la Corte señala como pretensión y mandato legislativo en este específico campo".

Otro aspecto de la controversia planteada es el relacionado con el alcance que puede darse al vocablo "defensor", que a juicio del impugnante debe mirarse "como el que representa tanto al procesado como a la parte civil o al tercero civilmente responsable"; refiriéndose al maltrato procesal de que dice ha sido objeto este último con la restrictiva interpretación del inciso tercero del artículo 218, expresa que si "el legislador quiere ampliar el fenómeno de la casación y por eso excepciona la regla general del art. 218 1°, porqué la interpretación del inciso segundo (sic) de esta normatividad, angosta puertas de acceso para los recurrentes?. No se dará cierto roce con la prerrogativa de lo sustancial sobre lo formal, con estirpe constitucional?.- art. 228-."

Adicional observación en torno a este tema es presentada por el censor, en los siguientes términos:

"El tercero civilmente responsable se integra más al procesado que a cualquier otro sujeto procesal. Imposible identificarlo con la parte civil, puesto que ésta busca que aquél, solidariamente con el procesado, la indemnice. Aquélla demanda y exige; ésta responde y paga. Aquella se muestra potestativa en cuanto a entrar y salir del proceso, pero ni el procesado ni el tercero civilmente responsable, cuando se le requiere procesal y debidamente, pueden sustraerse a las consecuencias del proceso penal. Esta asimilación, con el señalado fin, no debe parecer extraña o insensata. Cuando al código de procedimiento penal se le introducen reformas trascendentales, así la del tercero civilmente *responsable*, la noción de procesado y defensor no puede ceñirse solo a la persona que sufre pena privativa de la libertad, multa, etc., y a quien le asiste, pues el concepto debe ampliarse para cobijar a todo aquél que es objeto de sanción en un fallo de condena. Y esto indudablemente le ocurre a ese tercero. Entonces él y su defensor están autorizados para recurrir en casación discrecional, aún dentro de la analizada tesis que preconiza la Sala, sobre este tópico impugnatorio".

Como garantía fundamental quebrantada erige el censor el derecho a la defensa del tercero civilmente responsable, por habérsele vinculado tardiamente al proceso, sin permitírsele ejercer a cabalidad las prerrogativas inherentes a su defensa.

Observa el apoderado que a pesar de que la parte civil fue reconocida en noviembre de 1992 y desde ese momento hizo referencia al

establecimiento de la responsabilidad del tercero, solamente en el memorial de conclusión pidió la vinculación de *Gaseosas Colombianas S.A.*, que luego de actuación que reprocha como insólita, el Juzgado vino a determinar el 17 de mayo de 1994. Frente a ésto, manifiesta:

"La responsabilidad penal, presupuesto de la civil, estaba cómodamente establecida, sin la posible pugnacidad del tercero. El resultado probatorio estaba fijado indeleblemente sin darse la vinculación de éste. Con omisión suya y con una nutrida actuación llevada a cabo a espaldas del mismo y sin su conocimiento. En lenguaje coloquial y entroncado con aspectos penales de antiguo molde, se trató de un zarpazo a ***mansalva y sobreseguro***. Solo restaba la cuantificación del perjuicio, que llegó de manera fácil, contra la cual poco quedaba por hacer, aún en el aspecto de su monto."

2. A su turno, el defensor del procesado *Luis Enrique Borda Chavarro*, después de referirse a los antecedentes que motivaron la formación del proceso y la condenación de su cliente, se acoge al recurso de casación excepcional por violación del derecho a la defensa, afirmando que su asistido no contó con defensa técnica y eficaz durante el sumario y parte del juicio, etapas durante las cuales se recaudaron los testimonios que sirvieron de sustento a la sentencia de condena proferida en su contra.

Afirma que el defensor de oficio del sindicado *Borda Chavarro*, cargo desempeñado sucesivamente por un abogado y un estudiante de derecho, no solicitó la práctica de pruebas en favor de su representado, ni controvirtió las recaudadas en su contra, ni impugnó las decisiones adversas, es decir, no desarrolló actividad en defensa del inculpado, viciando de nulidad la actuación por quebranto de una de las garantías fundamentales del juzgamiento.

Alude al hecho de que la tardía vinculación al proceso del tercero civilmente responsable incidió desfavorablemente en los intereses del procesado, que se vió afectado por una

condenación al pago de una considerable suma de dinero por concepto de perjuicios materiales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En reiterados pronunciamientos, la Sala ha expresado que la viabilidad de la casación discrecional está supeditada al cabal cumplimiento de ciertas exigencias, a saber:

a) Que la impugnación se dirija contra un fallo de segunda instancia, respecto del cual no proceda la casación regular.

b) Que la impugnación se presente dentro del término de ejecutoria de la sentencia, esto es, dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la misma.

c) Que exista legitimación para recurrir, es decir, que la interposición del recurso provenga del procurador, su delegado, o del defensor, según lo expresamente previsto, o el procesado, quien tiene los mismos derechos de su defensor, excepto sustentar el recurso de casación (art. 137 C. de P. P.).

d) Que se busque el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

e) Que el impugnante exponga claramente los motivos que lo animan a acudir a la Corte en procura de lo indicado en el literal anterior, para que ésta, en desarrollo de la discrecionalidad de que está investida, pueda examinar la viabilidad de su pedido.

Sentadas estas premisas, es del caso examinar cada impugnación en particular.

IMPUGNACIÓN A NOMBRE DE TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

1. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 221 del Código de Procedimiento Penal, 366 del de Procedimiento Civil (modificado por el D. E. 2282/89, art. 1°, numeral 182) y 2° y 3° del D. L. 522/88, la cuantía para recurrir en casación con incidencia única en la indemnización de perjuicios, se encuentra establecida para el bienio que empezó el 1° de enero de 1996, durante el cual se profirió la sentencia de segunda instancia y se interpuso este recurso excepcional, en $38'416.000, valor superado en este caso por $37'521.000, de la indemnización de los perjuicios materiales, más el equivalente en moneda nacional de 100 gramos oro por concepto de los morales, a razón de $13.232.03 el gramo de oro fino a 20 de junio de 1996, fecha de la sentencia inmodificada de primera instancia, esto es, $1'323.203, para un total de $38'844.203 a tal fecha.

2. La casación discrecional constituye un medio extraordinario y excepcional de impugnación de las sentencias, encaminado a que la Corte efectúe el pronunciamiento que resulte necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

Si se trata de esta solicitud excepcional y restrictivo viable para determinadas sentencias y por motivos específicos, donde el legislador ha querido que la legitimación para impugnar radique exclusivamente en cabeza del procurador, su delegado, o del defensor, como fluye del claro texto literal del inciso tercero del

artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 35 de la ley 81 de 1993, además del procesado en ejercicio de su propia defensa material, por lo ya mencionado, excluyendo de dicha titularidad al fiscal, a la parte civil y al tercero civilmente responsable.

De ahí que la Sala en providencia de 22 de mayo de 1995, con ponencia del Magistrado doctor Didimo Páez Velandia hubiese expresado lo siguiente, refiriéndose a la ilegitimidad impugnatoria de la parte civil:

"La precisión normativa reguladora del recurso de casación que de manera excepcional para los específicos casos y por los precisos motivos plasmados en el artículo 218 del C. de P.P., compete conceder o negar a la Corte, excusa de mayores comentarios respecto de la legitimidad de la personería del recurrente.

Quiso el legislador de manera expresa y en forma exclusiva, conceder el derecho impugnatorio en comentario, al Procurador, su Delegado y el defensor, es decir, excluyó de él a la representación de la parte civil, dejando la posibilidad propia de ésta de disentir del fallo absolutorio al representante de la sociedad, el Ministerio Público, en los eventos en que éste interviene y considera objetable la decisión en tal sentido que pone término a las instancias del proceso.

La legitimidad de la personería del postulante constituye condición de procedibilidad de su pretensión y hace parte del ordenamiento jurídico procesal, que como se sabe, es de orden público y de imperativa observancia para el juez, por antonomasia el llamado a respetarlo, como árbitro de las garantías constitucionales y legales en el debate sometido a su jurisdicción; no puede el funcionario habilitar a su arbitrio a ninguno de los sujetos procesales para ejercitar derechos que la ley no le ha concedido, menos aún, cuando la preceptiva es clara y concreta en sus términos no dando margen a un proceso interpretativo que desborde su tenor gramatical".

Y en auto de 4 de agosto de 1995, con ponencia del Magistrado doctor Juan Manuel Torres Fresneda, expuso en lo pertinente:

"En relación con el recurso que ha interpuesto el tercero civilmente responsable, se le responderá que es por mandato del mismo precepto al cual se acoge (art.218, inciso tercero del C. de P.P.) que en este caso media una restricción frente a los titulares del recurso extraordinario que identifica el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal, porque en el caso de la casación discrecional cual es el que se asume, su interposición se halla limitada al

Procurador, su delegado o el defensor del acusado, lo que sustrae y margina de su interposición y su sustento al tercero civilmente responsable".

El profesional del derecho que representa los intereses del tercero civilmente responsable critica a la Sala por lo que considera radical y cerrada postura, respecto a la legitimidad de todos los sujetos procesales para acceder a esta excepcional vía de impugnación, invitándola a que cambie de parecer por las ponderadas razones que aduce, que la Corte no puede prohijar por resultarle contrario a la ley, dada la claridad y precisión que sobre el punto ofrece la preceptiva que institucionalizó la figura de la casación discrecional.

Si el legislador, a través de este mecanismo excepcional y restrictivo de la casación discrecional, extendió la competencia de la Corte para conocer otros procesos, en procura del desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, restringiendo la titularidad de su accionar a los sujetos procesales ya mencionados, hay que entender, sin necesidad de acudir a brillantes razonamientos, que la legitimidad para acogerse a este excepcional medio impugnatorio le fue vedada, entre otros, al tercero civilmente responsable; y cuando la claridad y fluidez de la normatividad legal es tan ostensible, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del Código Civil), que por supuesto se recuerda, no "inconscientemente" como manifiesta en su industrioso estilo el recurrente.

La Corte en reciente pronunciamiento dijo:

"El recurso de Casación es, en el sistema jurídico Colombiano, una vía extraordinaria de impugnación. Ello significa que no procede frente a todas las decisiones de la jurisdicción, ni es viable por cualquier motivo, ni es de libre formulación. Si bien la Constitución Política ha previsto su existencia en el numeral 1°. Del art. 235, la misma ha dejado al ámbito de libertad que es propio del legislador, la manera como esté disciplinado el recurso, las finalidades declaradas del mismo y las exigencias de tipo material y formal para que prospere.

No es extraño, entonces, que sea un recurso limitado, y antes bien dichas limitaciones han sido consustanciales a su existencia a través del tiempo y del derecho comparado.

En lo que tiene que ver con el Decreto 2700 de 1991 y con las discusiones que lo precedieron, se sabe que en algún momento se propuso una Casación que permitiera recurrir todas las sentencias, dividiéndose, eso sí, la competencia para resolverlo, entre la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores. La idea finalmente

no prosperó. En cambio fué abierta la posibilidad de que todos los procesos penales fueren susceptibles del recurso; de manera ordinaria respecto de las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales (Superiores de Distrito, Penal Militar y Nacional), a condición de que se trate de delitos cuyo máximo de pena privativa de la libertad sea o exceda de 6 años, aunque la sanción impuesta haya sido medida de seguridad; y de manera excepcional cuando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, lo acepte. Ello condicionado a que se trate de casos distintos de los aludidos, que la Corte lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, y que haya sido así solicitado por el Ministerio Público (El Procurador o su delegado) o por el defensor del acusado.

No es entonces simple casualidad, ni responde a mera liberalidad, que ni el Fiscal, ni la parte civil, ni el tercero civilmente responsable, tengan restringida la posibilidad de solicitar el juicio de necesidad que únicamente la Corte puede formular en función de la procedencia del recurso, ni que los motivos de su admisibilidad sean limitados. Tampoco que tratándose de esta vía excepcional pierdan preponderancia las finalidades de reparación de agravios inferidos a las partes o de efectividad del derecho material (art. 219 C.P.P.), aunque eventualmente la prosperidad del recurso pueda conducir a ellas.

Entendido así el recurso, aún planteado en términos de su selectividad discrecional, es entonces comprensible que el legislador haya concebido la potestad de invocar la procedencia de su examen, en principio, en cabeza del Ministerio Público, sujeto procesal a quien corresponde como función específica la garantía de observancia de los derechos fundamentales, y que actúa en interés de la sociedad y en defensa del orden jurídico (131 C.P.P.), y que por extensión garantista, hubiese abierto la facultad de solicitarlo, al defensor del acusado. Guardadas algunas diferencias menores, evoca la Corte la denominada en vieja legislación Italiana "Casación Extraordinaria en Interés de la Ley", como facultad exclusiva del Procurador General, cuando tuviese la convicción de que las sentencias y ordenanzas firmes por inactividad de las partes no respondían a la justicia, con el fin de defensa de la ley.. (Florián; Elementos de Derecho Procesal Penal).

Tratándose pues de una potestad para obtener de la Corte el examen de necesidad que frente a un probable pronunciamiento puede conducir a la protección de una garantía o a la unificación de la jurisprudencia, cualquier consideración sobre el principio de igualdad sería descartable, amén de que miradas las cosas desde las perspectivas de los intereses particulares de la parte civil o del

civilmente responsable, no se podría resolver el dilema con respecto al Fiscal, como sujeto procesal, ni en relación con otros eventuales intervinientes procesales que pudiesen recibir agravios a su postura procesal o a sus pretensiones, como no fuera desaplicando la norma (art. 218 inc. 3) para extender la autorización de manera indiscriminada y absoluta.

Esta misma clase de dificultades se opone a una interpretación extensiva del concepto de defensor, e impide aceptar la proposición del solicitante. Es que el ámbito específico con que la ley procesal colombiana define a quien representa técnicamente al acusado es, además de repetitivamente unívoco, también por oposición indubitable. No puede pasarse por alto que la ley designa como apoderado de la parte civil a quien siendo abogado titulado representa al perjudicado, y que por la misma vía la ley procesal civil denomina como apoderados a quienes ejercen, privativamente, el derecho de postulación en sentido estricto. Tampoco, que el Código de Procedimiento Penal suprimió definitivamente la dualidad apoderado -defensor para distinguir a quien asiste jurídicamente al imputado en el sumario y al acusado en el juicio, y que antes bien consolidó el principio de unidad de defensa en distintas previsiones normativas. No hay pues lugar a equívocos en ésta materia pues ni se presenta oscuridad de texto legal, ni se justifica un tratamiento de amplitud que no requiere la institución.

Todo lo expuesto para señalar que no existe motivo para variar lo que hasta ahora ha constituido la postura de la Sala frente al texto del inciso 3º. del art. 218 del Código de Procedimiento Penal y que en consecuencia se inadmitirá el recurso de Casación que por vía de excepción, pero sin legitimación para invocarlo, pretende el apoderado representante del tercero civilmente responsable en este asunto".(Cas.Dis. Rad. No. 12.862, Oct.7/97, M.P. doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar).

Impugnación a nombre del procesado Luis Enrique Borda Chavarro.

Proferida la sentencia condenatoria de segunda instancia, el defensor del procesado *Luis Enrique Borda Chavarro* manifestó por escrito su deseo de recurrir contra dicha decisión por la vía excepcional del inciso 3º del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (f. 290), recurso que sustentó mediante memorial presentado en el juzgado el *3 de octubre de 1996*, es decir, dos días después de vencido el término legal, así indique algo diferente el informe rendido por el Secretario del Juzgado, que como lo viene sosteniendo la Sala tiene una función puramente ilustrativa y no cambia los

términos, los cuales sólo pueden corresponder a los realmente señalados por la ley.

Efectivamente, surtida la última notificación de la sentencia impugnada, que lo fue por edicto desfijado el 10 de septiembre de 1996 (f. 291), los quince días hábiles para interponer el recurso y sustentarlo comenzaban a contarse a partir del día siguiente y vencieron el *1° de octubre* a las seis de la tarde.

Entonces, como quiera que el recurso no fue sustentado en tiempo, no cabe otra alternativa que rechazarlo.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero. NO ACEPTAR el recurso de casación excepcional interpuesto a nombre del tercero civilmente responsable *Gaseosas Colombianas* S.A.

Segundo. RECHAZAR por extemporáneo el recurso interpuesto por el defensor del procesado *Luis Enrique Borda Chavarro.*

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen. Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel* (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE LA SENTENCIA

De acuerdo con el principio de integración previsto en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, la aclaración de la sentencia debe solicitarse en la oportunidad señalada en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, es decir, dentro del término de ejecutoria, lo que impone al juez pronunciarse mediante auto complementario, respecto de "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella".

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Didimo Paez Velandia.*

Proceso No. 12362 Aprobado Acta No.125

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de segundo grado proferida por esta Sala el 27 de agosto último, el procesado doctor Néstor Olinto Quintero Alvarez, solicita se aclare "en el sentido de determinar si los 54 salarios mínimos legales mensuales que debo pagar como multa corresponden a los años de 1995, en que ocurrieron los hechos, a los de 1996 cuando fuí condenado en primera instancia o a los de 1997 cuando se produjo la sentencia de segunda instancia" (fl. 61).

Se procede en consecuencia a decidir lo que legalmente corresponda.

Consideraciones de la Corte

De acuerdo con el principio de integración previsto en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, la aclaración de la sentencia debe solicitarse en la oportunidad señalada en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, es decir, dentro del término de ejecutoria, lo que impone al juez pronunciarse mediante auto complementario, respecto de "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella".

Para el caso concreto, el procesado entiende que la Corte en su fallo no precisó si la multa de cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales que se le impuso en la sentencia de primer grado, confirmada por esta Sala, corresponden al momento de la ejecución del hecho o al del proferimiento de las sentencias de primera o segunda instancia, lo cual genera para él duda sobre el monto de la aludida sanción que debe cumplir.

La Corte en su sentencia, encontró ajustadas a derecho las penas privativa de la libertad, de multa e interdicción de derechos y funciones públicas impuestas por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá al doctor Quintero Alvarez, razón por la cual les impartió su confirmación, sin que fuese necesario precisar, por resultar obvio, el valor de la sanción económica impuesta.

No obstante lo anterior y para evitar equívocos, ha de decírsele al libelista que el salario mínimo legal mensual a tener en cuenta para determinar el valor de la multa, es el de la ejecutoria del fallo que declaró su responsabilidad penal.

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

RESUELVE:

1° *Aclarar* que el valor del salario mínimo legal mensual que debe tenerse en cuenta para el pago de la sanción de multa impuesta al doctor *Néstor Olinto Quintero Alvarez*, es el correspondiente a la ejecutoria del fallo que declaró su responsabilidad penal.

2° Infórmese al peticionario, vuelva el proceso al Tribunal de origen para los fines legales pertinentes y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel* (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Dídimo Páez Velandia*, *Mario Montilla Nougues*, *Juan Manuel Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION - Requisitos

Las exigencias formales del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que reglan el contenido de la demanda de casación guardan relación con la naturaleza extraordinaria de este medio de impugnación, dentro del cual es de la exclusiva iniciativa del censor la selección y la sustentación de la causal bajo la cual ampara su ataque a la sentencia; autonomía que tiene como contrapartida la neutralidad de la Corte, que no podrá corregir, modificar ni de otra manera exceder los límites que le impone el libelo, restringida como se encuentra por el principio de limitación a responder los cargos de la manera como estos le fueren presentados, con la sola excepción del decreto oficioso de la nulidad o la violación a los derechos fundamentales, la que al no poder ejercer fuera del fallo, supone de igual modo la sujeción de la demanda a las exigencias formales prevenidas.

Dentro de esos ineludibles requisitos resulta insoslayable la necesidad de una fundamentación clara y precisa de la causal seleccionada, tomando cuidado de no incurrir en la presentación de proposiciones entre sí excluyentes o contradictorias, pues, como ya se dijo, frente al principio de limitación no le resultaría posible a la Corte modificar los términos de la demanda, ni escoger a voluntad una pretensión con desmedro de las otras.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Proceso No. 12693 Aprobado Acta No. 125.

VISTOS

Decide la Sala si la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Jorge Arias López*, se ajusta a los requisitos formales exigidos por la Ley procesal penal para su admisibilidad en esta sede.

ANTECEDENTES

El día 19 de abril de 1994 varios sujetos asaltaron la "Joyería Don Jaime" de la ciudad de Cali, apoderándose de valiosas alhajas con las cuales huyeron.

Como al conocimiento de la Policía llegó la información de que en la escuela "Juan de Ampudia", ubicada en el barrio La Base de dicha ciudad, se encontraba *Jorge Arias López* alias "El Gordo" quien había participado en el asalto, hasta allí se trasladó el agente *Ariel Augusto Alvarez Ladino*, vestido de civil y simulando ser amigo de los asaltantes, y acompañado del cabo *Carlos Alberto Hurtado*.

Luego de ingresar al establecimiento educativo con el fin de capturar al imputado y tener un cruce de palabras con éste, el agente recibió un disparo que le propinó *Jorge Arias* y que le ocasionó la muerte, resultando también herido el cabo *Hurtado* por el mismo agresor, cuando trató de respaldar a su compañero. Aprovechando que otros agentes entraron a auxiliar a los lesionados, el agresor logró evadir su aprehensión, pero el 10 de mayo siguiente se le capturó, después de haber asaltado otros establecimientos.

La Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales de la ciudad de Cali, adelantó la instrucción y como resultado dictó resolución de acusación en contra de *Jorge Arias López* por el delito de homicidio agravado en concurso con tentativa de homicidio agravado y porte ilegal de armas (fols. 426 a 439), y puesto el caso bajo el conocimiento de un Juzgado Regional de esa ciudad, la causa concluyó con la condena del procesado a 46 años de prisión por los delitos contra la vida, absolviéndosele por el porte ilegal de armas (fols. 694 a 718), decisión que fuera luego confirmada por el Tribunal Nacional (fols. 9 a 25).

Como este último pronunciamiento resultara recurrido en casación, se ha formulado la demanda de cuyo examen formal entra la Sala a ocuparse.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal el señor defensor del procesado *Jorge Arias López* demanda la sentencia de segundo grado acusándola de haber transgredido normas de derecho sustancial "al valorar de manera errónea la prueba indiciaria y darle el valor que no le corresponde; haber dejado de valorar pruebas testimoniales y técnicas y verdaderos indicios, o no darles el justo valor cuando así se amerita en derecho, para demostrar inocencia o circunstancias que atenúen

la punibilidad, y pronunciar un fallo a toda luz de responsabilidad objetiva" (fol. 52).

Con base en esta causal propone el casacionista dos cargos, sosteniendo en el primero de ellos que la sentencia viola el derecho sustancial al hacer una representación errónea de la prueba indiciaria por otorgarle "...característica que no revisten o infiriendo (sic) circunstancias sin capacidad" (sic) llegando a declarar la responsabilidad penal del acusado, mediante la aplicación inadecuada del artículo 323 del Código Penal y la tentativa agravada.

Dice a continuación que se viola en forma directa la ley sustancial por determinar una responsabilidad de tipo objetivo de resultado (art. 5o. del Código Penal), porque de la confesión del procesado de ser autor del hurto a la joyería, el fallador deduce que también es responsable del homicidio y la tentativa del homicidio, sin hacer un estudio de la causalidad que señala el art. 21 del mismo Código, tomando en cuenta las declaraciones de los agentes de la policía directamente ofendidos con la muerte y la tentativa de homicidio de sus compañeros.

Critica que los agentes obtuvieron la confesión del procesado mediante tratos crueles y degradantes, lo que llevó al Fiscal Regional de Cali a declarar una nulidad. Y agrega que existe también violación directa de la ley en la modalidad de selección, porque si bien el agente *Ariel Augusto Alvarez Ladino* resultó muerto y el cabo *Alberto Hurtado* herido en los hechos materia de investigación, ello se ocasionó cuando actuaban como civiles y no como policías, luego

"...en este caso *Jorge Arias* el que disparó o dispararon lo pudieron hacer amparados en el artículo 19 del C.P. párrafo 2o. numeral 4o. como causal de legítima defensa. Por tanto hay violación de la ley al seleccionar discriminadamente la "persona calificada" por ser policía. "Es menester en consecuencia se analice y valore la ilegalidad del procedimiento que lleva a una justificación del hecho, como petición y así mismo quede sin defecto alguno el artículo 30 de la ley 4o del 93 numeral 8o." (folio 54).

En el cargo segundo, que el censor apoya en el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 1o. del Código de Procedimiento Penal y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), sostiene el actor que tales normas fueron vulneradas, teniendo en cuenta que los agentes de la policía torturaron y lesionaron en la cabeza al procesado, grabando su confesión en forma desprevenida, lo que no impidió que el recaudo probatorio siguiera en forma normal.

Sostiene que la única persona presencial de los hechos fue la chancera María Teresa Guerrero, cuyo testimonio se pidió en la

etapa probatoria pero sin que fuera allegado, quedando únicamente lo dicho por los agentes. Tampoco se efectuó la inspección judicial con reconstrucción, pese haber sido solicitada a fin de establecer la credibilidad o factibilidad del reconocimiento de *Jorge Arias López* en sitio oscuro y lloviendo.

Y junto a lo anterior se omitió el cotejo de los tres proyectiles de arma de fuego con el revólver Scorpios 38 largo, lo que hubiera posibilitado variar los resultados de la investigación y establecido el in dubio pro reo. De la misma manera se omitió el reconocimiento en fila de personas, aunque según el recurrente carecía de objeto cuando ya *Jorge Arias López* había sido reconocido por la prensa y la radio, y se dejó de practicar el análisis de balística que hubiera establecido si los disparos se hicieron a quemarropa y si fue el procesado quien los hizo. Por otra parte, el Tribunal consideró que la cita del procesado con Mónica Vega Rodríguez y su ingreso a una sala de cine constituyó una coartada, pero los investigadores no ahondaron sobre el tema.

Con asidero en estas consideraciones estima el casacionista que se afectó el debido proceso y se vulneró de paso la presunción de inocencia (artículo 2o. del C.P.P.), lo mismo que las disposiciones de los artículos 247, 249, 251, 254 y 303 del mismo estatuto, ya que "Los yerros anotados indudablemente se erigen sobre las pruebas, lo cual nos sitúa necesariamente en el inciso 2o. que trata de la violación indirecta en el artículo 220 del C.P.P" (fol. 55).

En tales condiciones se solicita se case la sentencia para que en su lugar se absuelva al acusado.

Consideraciones de la Sala

Las exigencias formales del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que reglan el contenido de la demanda de casación guardan relación con la naturaleza extraordinaria de este medio de impugnación, dentro del cual es de la exclusiva iniciativa del censor la selección y la sustentación de la causal bajo la cual ampara su ataque a la sentencia, autonomía que tiene como contrapartida la neutralidad de la Corte, que no podrá corregir, modificar ni de otra manera exceder los límites que le impone el libelo, restringida como se encuentra por el principio de limitación a responder los cargos de la manera como estos le fueren presentados, con la sola excepción del decreto oficioso de la nulidad o la violación a los derechos fundamentales, la que al no poder ejercer fuera del fallo, supone de igual modo la sujeción de la demanda a las exigencias formales prevenidas.

Dentro de esos ineludibles requisitos resulta insoslayable la necesidad de una fundamentación clara y precisa de la causal

seleccionada, tomando cuidado de no incurrir en la presentación de proposiciones entre sí excluyentes o contradictorias, pues, como ya se dijo, frente al principio de limitación no le resultaría posible a la Corte modificar los términos de la demanda, ni escoger a voluntad una pretensión con desmedro de las otras.

Para el caso presente, de estas exigencias hace el demandante caso omiso, cuando en el cargo primero y tras la enunciación crítica de reparos hacia unas mismas pruebas, desde el comienzo apunta indistintamente a la demostración de la "inocencia" del procesado, como a "circunstancias que atenúan la punibilidad", pues la contradicción entre estas dos pretensiones resulta manifiesta, y no propuesta por simple accidente, dado que en el desarrollo de la censura tal dualidad persiste como se nota cuando aduce que el juzgador supuso la responsabilidad del homicidio, de la simple confesión del hurto, pero luego remata asegurando que la agravante derivada de la calidad de los sujetos pasivos no debería tenerse en cuenta porque ninguno de los agentes se hallaba uniformado.

Es tan de bulto la oposición y la exclusión que existe entre las dos proposiciones erradamente conjugadas (absolución en una y condena atenuada en la segunda), que su sola ostentación resulta suficiente para mostrar la insalvable inidoneidad de la demanda, como para orientar su anticipado fracaso en esta sede.

Otro tanto sucede con el cargo segundo, donde la confusión se extiende de la causal hasta el petitum, al punto de no definir si lo buscado es la invalidación del trámite cumplido, caso en el cual no indica ni el motivo de nulidad ni el momento a partir del cual debía restituirse lo actuado: o en su lugar la causal primera por violación indirecta de la ley.

Orientado a lo primero, el censor invoca la violación de los artículos 29 Constitucional, 1o. del Código de Procedimiento Penal y la Ley 16 de 1972, pero se queda corto al no desarrollar una insinuada violación del debido proceso, citando pruebas omitidas pero sin indicar su trascendencia, porque al menos en parte él mismo menosprecia lo que podrían ser sus resultados. Si lo segundo, la acusación sugiere que se violó la presunción de inocencia y unas disposiciones procesales, de cuyo contenido y sentido nada dice, por lo que el cargo queda también en simple enunciado, lo que de nuevo anuncia la imposibilidad de una decisión de fondo, pues como queda dicho, no está la Corte autorizada ni para completar ni para corregir la demanda incompleta o defectuosa.

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

RESUELVE

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Jorge Arias López*, por lo que se declara desierto el recurso extraordinario de casación que fuera impetrado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno, de conformidad con los artículos 197 y 226 del Código de Procedimiento Penal.

Comuníquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel* (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia*, *Mario Mantilla Nougues*, *Juan Manuel Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION - Requisitos / PARTE CIVIL

Sobre la aspiración a modificación del monto indemnizatorio preciso es advertir la falta de interés jurídico del representante de la parte civil para recurrir extraordinariamente, porque la cantidad liquidada en el fallo acusado quedó consentida por él mismo, debido a que su discrepancia con ella, no fue expuesta oportunamente ante el Tribunal, ya que su recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado se interpuso extemporáneamente, según lo revela el trámite del proceso a partir de las notificaciones -cuestión que resta seriedad a su afirmación como censor de haber apelado por esa razón- (fls. 302 y ss.).

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo PAez Velandia.*

Proceso No. 12074 Aprobado Acta No.125

Decide la Corte sobre la viabilidad de la demanda de casación en la que se sustenta el recurso extraordinario interpuesto por la representación ***de la parte civil*** contra la sentencia emanada el 6 de marzo de 1996 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, mediante la cual condena a *Oscar de Jesús Lopera Gómez* como autor responsable del concurso de delitos culposos de homicidio en accidente de tránsito en la persona de ***Guido José Berrio*** y lesiones personales (art.334, inc. segundo C.P.) en *Rubén Alejandro Vásquez.*

ANTECEDENTES

1º. El 20 de octubre de 1993, aproximadamente a las dos y media de la tarde, en la carretera que de Montería conduce a Planeta Rica, en cercanías del Cementerio Jardín La Esperanza, colisionó el camión Ford de placas WF 0102 de Riosucio, modelo 1995 de color rojo y blanco, afiliado a la Empresa Cootransrio Ltdá., conducido por *Oscar de Jesús Lopera Gómez*, con la motocicleta Suzuki

125, color rojo en la que se trasladaban *Guido José Berrio Izquierdo* conductor quien pereció y *Rubén Alejandro Vásquez Meriño*, acompañante del occiso, quien recibió lesiones con incapacidad superior a treinta días.

2º. En el proceso, iniciado para establecer los hechos, se profirió contra el implicado *resolución acusatoria el 6 de febrero de 1995* por el concurso de delitos de homicidio y lesiones personales culposos (fls. 231-234 cd.ppl.). Así mismo, como tercero *civilmente responsable* fue llamada la empresa a la cual se hallaba afiliado el camión conducido por aquél, la Cooperativa Central de Transportadores de Riosucio Caldas (fls. 181-182). Rituado el juicio, por los mismos hechos punibles el Juzgado 6o. Penal del Circuito de Montería expidió sentencia de condena y entre otras decisiones, impuso la obligación indemnizatoria al procesado y al tercero civilmente responsable *para pago solidario*, en un total de 6.900 gramos oro (fls. 288-301 cd. ppl.) distribuidos así: 5.600 gramos oro para los afectados con el homicidio y 1.300 gramos oro para el lesionado.

3º. El representante del vinculado en calidad de *tercero civilmente responsable interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación contra el fallo del Juzgado, mientras que el apoderado de la parte civil, lo hizo fuera de término*, como que desfijado el edicto de notificación el 7 de noviembre de 1995, solo interpuso su recurso el día 22, cuando ya transcurría el término para alegar, *de los no apelantes* (fls. 204-315v. cd. ppl.).

4º. El 29 de noviembre, previo el informe secretarial referente al recurso del tercero, el Juzgado concedió la apelación interpuesta por éste y guardó silencio respecto del extemporáneo recurso de la parte civil (fls. 333 334).

5º. El Tribunal Superior del Distrito atendiendo los argumentos del apelante, aunque confirmó el sentido de la sentencia, *revocó la condena indemnizatoria para pago solidario con el procesado, recaída en la cooperativa vinculada como tercero civilmente responsable*, quedando así la obligación solamente en cabeza de aquél, motivado así la inconformidad de la parte civil, que en consecuencia interpuso el recurso de casación que sustenta con la demanda cuyo examen formal ahora se adelanta.

LA DEMANDA

Pretende el señor apoderado demandante que la Corte "case la sentencia y que *actualice o aumente el valor de las indemnizaciones*.

Al efecto el profesional —quien en el curso del proceso había recibido poder de las dos partes afectadas con los delitos para

representarlas como parte civil pero solo fue reconocido respecto de los afectados por el homicidio—, *presenta un alegato en el que afirma haber recurrido en apelación por razón de la cuantía contra la sentencia de primer grado, sin recordar que* el fallador de la primera instancia solo concedió el recurso para el apelante oportuno que lo fue el vinculado como tercero civilmente responsable, y que respecto de su poderdante lesionado la Fiscalía no hizo pronunciamiento aceptándole la personería y la demanda.

Sostiene, *sin mencionar causal alguna de casación*, que el sentenciador incurrió en "desconocimiento a la responsabilidad del tercero civilmente responsable", y en desarrollo del planteamiento define con remisión al artículo 153 del C. de P.P. la noción de ese sujeto procesal a la vez que relaciona las diversas normas del Código Civil referentes al tema de la responsabilidad del tercero, haciendo énfasis en la responsabilidad directa.

Con algunos comentarios sobre el contenido de las disposiciones en listadas alude la postura jurisprudencial sobre el tema, para pasar, con variados comentarios, a lo que parece ser la concreción al caso específico, afirmando que el fallo hizo una acertada cita doctrinaria pero, precisa, "... la desnaturaliza, dándole credibilidad a los contratos aportados por el abogado de la empresa ... de desprendimiento de responsabilidad de la misma".

Luego, sin arribar a ninguna conclusión sobre este punto, pasa en su exposición a otro, que enuncia como "Lo que no vio el Magistrado Ponente ni la Sala con relación a los contratos ...", y bajo el subtítulo de "segunda causal. Inexistencia de contrato", —*con antelación no aparece precisión a causal alguna*—, afirma que para la fecha del accidente no existía contrato pues los dos que asevera fueron aportados por la firma "Cootransrío", son anteriores y posteriores a esa fecha —no suministra las especificaciones esenciales de esos contratos—, puntualizando para rematar el tema:

"No entré en detalles anteriormente sobre los contratos por ser muy conocida la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas con sus vehículos afiliados.

"También es muy conocido estos fallos así para darle la oportunidad al demandado que siga produciendo mientras se ventila la apelación o la casación ...".

Finaliza el discurso dando por colmados en su alegato los requisitos formales del artículo 225 del C. de P.P. y solicitando a la Corte que case la sentencia y que, "*actualice o aumente el valor de las indemnizaciones*".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La reseña de la lacónica demanda muestra cómo los temas tratados por el censor aparecen expuestos sin sujeción a causal alguna de casación porque ninguna menciona, sin separarlos en capítulos independientes como lo dispone el artículo 225-4 del C. de P.P., sin indicar qué clase de transgresión a la ley sustancial pudo cometer el sentenciador; sin conceptualizar ni precisar a la luz de la casación los posibles errores que determinaron la decisión de la cual discrepa, y, sin claridad alguna en la consecuencia de sus argumentos, pues; como se transcribió, no obstante controvertir una absolución civil sin glosar cuantía alguna, termina solicitando sin argumento conocido, que la Corte case la sentencia y "actualice o aumente el valor de las indemnizaciones".

El escrito así presentado para sustentar el recurso extraordinario, lejos está de allanarse a las exigencias de forma que prescribe el artículo 225 del C. de P.P., como se verá.

Es imperativo para el demandante precisar las causales de casación en que apoya sus reparos al fallo impugnado, "indicando en forma clara y precisa" los fundamentos de la controversia que plantea, vale decir, estableciendo la correlación entre las causales legales de casación y esa sentencia, para evidenciar los errores de fondo o de forma que la afectan en sí misma o como efecto de vicios procedimentales presentes en la actuación.

Fluye entonces por obvio, que debe indicarse si la decisión cuestionada viola la ley sustancial o desconoce derechos y garantías procesales; exponerse y demostrarse los errores que se adecuan a los motivos legales de casación y, también demostrarse su incidencia en el sentido o/y el alcance del fallo.

Además, la petición casacional debe guardar coherencia con el o los cargos presentados, porque si lo que se ha cuestionado es la revocación de la atribución de responsabilidad civil a alguno de los sujetos procesales condenados en la primera instancia y no la cuantía de la obligación indemnizatoria porque esta subsiste en cabeza de los restantes, mal puede la pretensión sobrepasar los motivos de censura. Estas, cuando son varias, deben exponerse en capítulos separados porque obedecen a supuestos diferentes, indicándose la pretensión respectiva. Entremezclarlas en la demanda, genera confusión e imprecisión en la disertación y acarrea de entrada la ineficacia de la impugnación.

Sin la observancia de estas prevenciones de forma, la demanda para sustentar el recurso de casación; que es técnico por antonomasia y ceñido en sus presupuestos procesales a las pautas que el

Código de Procedimiento Penal establece en sus artículos 218 y siguientes, corre el riesgo de ser rechazada haciendo nugatoria, la pretensión casacional.

La detallada reseña del contexto del escrito, presentado en este específico caso, sin la indispensable fundamentación legal que disciplina el recurso, como se acotó, evidencia su confusión en la mixtura en el primer tema tratado, de reflexiones referentes al contenido de algunas normas del código Civil con críticas por haber conferido credibilidad y "validez" a los contratos presentados por el tercero vinculado como civilmente responsable, pues así se desconoce si la discrepancia se debe a errores de selección normativa o a errores de evaluación probatoria.

En el otro tema que aborda, al carecer la demanda de la sustentación legal propia del recurso, omite precisar la naturaleza del error cometido por el Tribunal en el examen de la prueba y demostrar la naturaleza y contundencia de los contratos a que hace referencia, limitándose a advertencias que no suplen las insalvables omisiones formales del escrito.

Como una inconsistencia más, surge la confusa genérica pretensión casacional de que la Corte *"case la sentencia y que actualice o aumente el valor de las indemnizaciones"*, sin tener en cuenta que su personería adjetiva solo cuenta respecto de los afectados con uno de los delitos, sin explicar el motivo de disenso en torno al dicho valor, y sin haber expuesto las razones para pretender esos incrementos, ni dado a conocer la suma de la divergencia económica.

Sobre la aspiración a modificación del monto indemnizatorio preciso es advertir la falta de interés jurídico del representante de la parte civil para recurrir extraordinariamente, porque la cantidad liquidada en el fallo acusado quedó consentida por él mismo, debido a que su discrepancia con ella, no fue expuesta oportunamente ante el Tribunal, ya que su recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado se interpuso extemporáneamente, según lo revela el trámite del proceso a partir de las notificaciones -cuestión que resta seriedad a su afirmación como censor de haber apelado por esa razón- (fls. 302 y ss.).

Así la deficitaria situación de la demanda, fuerza es advertir que el recurso carece de posibilidad de continuar su trámite. Se decidirá de conformidad.

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

Resuelve

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en este proceso; por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso interpuesto por *la parte civil* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería que condena a *Oscar de Jesús Lopera Gómez* como responsable a título de culpa, *a pagar él solo el monto total de las indemnizaciones decretadas* a consecuencia del concurso de delitos de homicidio y lesiones personales en *Guido José Berrío* y *Rubén Alejandro Vásquez*, respectivamente y absuelve a la empresa "Cootransrío Ltda." que había sido vinculada en calidad de tercero civilmente responsable.

Contra esta decisión, según los artículos 197 y 226 del C. de P.P., no cabe recurso alguno.

Devuelvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel* (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia*, *Mario Mantilla Nougues*, *Juan Manuel Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ PERSONALIDAD DEL PROCESADO

Si por personalidad se entiende el conjunto de factores singularizantes del individuo, reflejo de su manera de ser y de actuar, ha de estimarse el comportamiento criminal desplegado, como parámetro decisivo para determinar ese aspecto.

Sobre el particular, la Sala en providencia del 17 de febrero de mil novecientos ochenta y uno dijo:

"La actividad humana, en particular la delictuosa, se ha dicho, es expresión de la personalidad. Una distinción entre delito y personalidad, es ilegítima. En el momento de la infracción, existe una ecuación perfecta entre el uno y la otra."

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 12911 aprobado acta No. 127

VISTOS

La Sala decide el recurso de reposición interpuesto por el sindicado *Luis Alirio Velandia Rodríguez* contra la providencia del pasado diecisiete de septiembre, por medio de la cual se le negó la libertad provisional.

LA IMPUGNACIÓN

El recurrente considera que el quantum punitivo es arbitrario, caprichoso y no garantiza una efectiva resocialización, y menos en el sistema penitenciario colombiano. Entonces qué parámetro se tiene para estimar que purgada la totalidad de la pena impuesta habrá alcanzado ese maravillo proceso de resocialización que no logró en cincuenta y cuatro meses y veintiún días que lleva en detención.

Alega que si bien fue sentenciado en primera y segunda instancia por los delitos de Secuestro Extorsivo y Secuestro Simple, no existe

en nuestra legislación norma alguna que prohiba el beneficio de la libertad condicional para esta clase de ilícitos, por lo que se está legislando en forma paralela, haciendo una interpretación en mala parte.

Censura que se haya negado el beneficio incoado con fundamento en la naturaleza y modalidades de los delitos imputados, pues el artículo 71 (sic) del Código Penal no señala ese aspecto para pronosticar la readaptación social, toda vez que reduce la consideración subjetiva a la personalidad, buena conducta en el establecimiento carcelario y antecedentes de todo orden.

Aduce que en nada incide en el pronóstico de readaptación social la conducta desplegada en las hipótesis delictivas por las que fue sentenciado, ni la condición de agente de la policía, pues de ser así debería proscribirse el subrogado para los servidores públicos y no se crearían falsas esperanzas liberatorias.

En consecuencia, solicita que se reponga la providencia impugnada y en su lugar se decrete su libertad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En la providencia objeto de discusión la Sala sostuvo que *Velandia Rodríguez* no cumple el requisito subjetivo que señala el artículo 72 del código penal, por cuanto no se puede realizar un diagnóstico favorable sobre su personalidad, toda vez que el procesado denota una manera de ser y de actuar ambiciosa e insensible que impide suponer su readaptación social, pues no obstante su condición de agente de la policía nacional, atentó contra bienes jurídicos de la más alta consideración, movido única y exclusivamente por el afán de obtener dinero de manera fácil.

Tales consideraciones conservan su vigencia por cuanto para el otorgamiento de la libertad que solicita el recurrente no es suficiente el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena impuesta y haber observado durante el tiempo de reclusión una conducta excelente, pues el artículo 72 dispone que se estudie también su personalidad, aspecto que en el caso concreto impide la concesión del beneficio impetrado.

El procesado alega que no se puede negar la libertad con base en la naturaleza y modalidades del hecho punible por cuanto el legislador no señala ese aspecto para realizar el pronóstico de readaptación social, pero tal censura resulta impertinente en razón a que en el caso concreto la Sala desestimó el beneficio solicitado con fundamento en la personalidad, más nunca con base en la gravedad de los ilícitos por los cuales Velandia Rodríguez fue condenado en primera y segunda instancia.

En el proveído recurrido se tuvo en cuenta la conducta delictiva para establecer la personalidad del sindicado, sin que tal proceder se pueda calificar de arbitrario e injusto, toda vez que el mismo resulta acorde con la norma penal, pues si por personalidad se entiende el conjunto de factores singularizantes del individuo, reflejo de su manera de ser y de actuar, ha de estimarse el comportamiento criminal desplegado, como parámetro decisivo para determinar ese aspecto.

Sobre el particular, la Sala en providencia del 17 de febrero de mil novecientos ochenta y uno dijo:

"La actividad humana, en particular la delictuosa, se ha dicho, es expresión de la personalidad. Una distinción entre delito y personalidad, es ilegítima. En el momento de la infracción, existe una ecuación perfecta entre el uno y la otra."

Tampoco es cierto que para determinar la personalidad no se pueda tener en cuenta la condición de agente de la policía nacional que ostentaba el sindicado por la época de los ilícitos que se le atribuyen, pues precisamente la manera de ser y de actuar del procesado se establece entre otros factores con fundamento en los oficios, artes o profesiones que haya ejercido, siendo en el caso concreto relevante esa condición, pues de conformidad con el artículo 2º de la Carta Política, Velandia Rodríguez estaba obligado como ningún otro individuo a respetar los derechos de sus conciudadanos, y haber faltado a ese deber muestra una fácil inclinación a transgredir la ley penal que no permite su liberación anticipada.

La Sala comparte el criterio del recurrente según el cual no existe norma alguna que prohiba la libertad condicional para las personas enjuiciadas por los delitos de Secuestro Extorsivo y Simple, pero ello no significa en momento alguno que automáticamente se deba otorgar la libertad provisional que se solicita, pues ésta solo procede cuando el interesado cumple debidamente los requisitos que exige el numeral 2º del artículo 415 del código de procedimiento penal, en concordancia con el artículo 72 del código penal.

Finalmente, el propio artículo 72 ibídem prevé que así el procesado haya cumplido las dos terceras partes de la condena, el examen desfavorable de uno cualquiera de los factores allí señalados permite descartar fundadamente su readaptación social y exigir el cumplimiento total de la pena impuesta, a efecto de alcanzar al término de la misma dicha finalidad.

La circunstancia de que en algunos eventos no se cumpla ese propósito, en momento alguno implica que siempre se conceda la

libertada condicional , pues a este paso como lo anotó en alguna oportunidad la Sala, también debería llegarse al extremo de no imponer las sanciones previstas por la ley, para evitar, de una vez, todos los males que se le cargan al sistema penitenciario colombiano[1].

En conclusión, se tiene que los motivos de discrepancia con la providencia impugnada no desvirtúan las razones por las cuales se declaró la improcedencia de la excarcelación solicitada, ni constituyen argumentos válidos para que la Corte cambie su criterio.

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

RESUELVE

No reponer la providencia del pasado diecisiete de septiembre, mediante la cual se negó al procesado *Luis Alirio Velandia Rodríguez* la libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

[1] Casación mayo 10 de 1.988. Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez.*

REFORMATIO IN PEJUS / LEGALIDAD DE LA PENA

Debe la Sala recordar tal y como lo precisó en la decisión objeto de controversia, que "Es evidente que el juez de segunda instancia no puede estar atado por la ilegalidad que supone la imposición por parte de su inferior jerárquico de una pena por debajo del límite mínimo, por encima de la sanción máxima, o, en fin, de una naturaleza diversa de la que expresamente le ha señalado la ley. Ya se ha dicho que el principio de la no agravación punitiva por la segunda instancia que consagró la Carta Política en el artículo 31, está condicionado por el también principio de legalidad, lo cual significa básicamente que sólo la pena legal limita la competencia del superior en cuanto a la agravación de la sanción deducida por el inferior (En tal sentido son los fallos de Casación del 29 de julio de 1.992, 6 de octubre de 1.994 y 13 de marzo de 1.997).".

En verdad, la noción que sobre el principio de la reformatio in pejus tiene el defensor de (...) está determinada por la simple literalidad del art. 217 del Código de Procedimiento Penal, sin observar que ha sido reiterativa y constante la jurisprudencia de esta Sala en fijar su real contenido y alcance, esto es, en el sentido de considerar que si el juez ad quem advierte una irregularidad en relación con la naturaleza o cuantum de la pena en las hipótesis señaladas, le resulta forzoso corregir el yerro, pues resulta claro que "el artículo 31 de la Constitución Nacional al consagrar la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico", es decir, que bajo ninguna circunstancia puede la reformatio in pejus amparar actos ilegales.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., ventiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Proceso No. 13493 Aprobado Acta No.127

VISTOS

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado *Raimundo Escallón Sampedro*, contra el auto del pasado 25 de septiembre del año en curso, mediante el cual se declaró inadmisible el recurso discrecional de casación interpuesto.

FUNDAMENTOS DE LA REPOSICION

Para el recurrente es claro que de acuerdo con el contenido del artículo 217 del C. de P.P., la competencia del superior está limitada a revisar "únicamente los aspectos impugnados", salvo que la decisión sea susceptible de consulta pues en estos casos no existe tal limitante.

Insiste por ello en que la inconformidad al sustentar la apelación fue precisamente la ilegalidad de la condena que se impusiera a *Escallón Sampedro* "como sindicado del delito de fraude a disposición (sic) judicial", vulnerándose así los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Política a su defendido, por lo que el "señor Magistrado en cuestión, salido completamente de la órbita de su competencia, produjo una condena en contra de mi cliente a la pena de 'Arresto' que antes no existía en el proceso".

Entiende, de esta manera, que se presenta una "típica *reformatio in pejus*", que está prohibida por la Constitución Política y la ley, solicitando, en consecuencia, se revoque el auto impugnado, para en su lugar admitir el recurso de casación interpuesto.

CONSIDERACIONES

1. Todo el fundamento argumentativo en que sustenta el apoderado de *Escallón Sampedro* el recurso de reposición contra el auto por medio del cual la Sala declaró inadmisible el recurso de casación discrecional impetrado, lo hace radicar, nuevamente, en su confusión sobre el principio de la reformatio in pejus, pues entiende equivocadamente que de acuerdo con tal garantía constitucional y legal, cuando la sentencia es apelada únicamente por el condenado o su defensor, el superior jerárquico debe limitarse a convalidar la pena impuesta por el inferior, no obstante que esta sea ilegal.

2. Para responder a este insistente alegato, debe la Sala recordar tal y como lo precisó en la decisión objeto de controversia, que "Es evidente que el juez de segunda instancia no puede estar atado por la ilegalidad que supone la imposición por parte de su inferior jerárquico de una pena por debajo del límite mínimo, por encima de la sanción máxima, o, en fin, de una naturaleza diversa de la que expresamente le ha señalado la ley. Ya se ha dicho que el principio de la no agravación punitiva por la segunda instancia que consagró la Carta Política en el artículo 31, está condicionado por el también principio

de legalidad, lo cual significa básicamente que *sólo la pena legal limita la competencia del superior* en cuanto a la agravación de la sanción deducida por el inferior (En tal sentido son los fallos de Casación del 29 de julio de 1.992, 6 de octubre de 1.994 y 13 de marzo de 1.997).".

3. En verdad, la noción que sobre el principio de la reformatio in pejus tiene el defensor de *Escallón Sampedro* está determinada por la simple literalidad del art. 217 del Código de Procedimiento Penal, sin observar que ha sido reiterativa y constante la jurisprudencia de esta Sala en fijar su real contenido y alcance, esto es, en el sentido de considerar que si el juez ad quem advierte una irregularidad en relación con la naturaleza o cuantum de la pena en las hipótesis señaladas, le resulta forzoso corregir el yerro, pues resulta claro que "el artículo 31 de la Constitución Nacional al consagrar la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico", es decir, que bajo ninguna circunstancia puede la reformativo in pejus amparar actos ilegales.

4. Además, como también se precisó en la decisión objeto de disentimiento, sin que al respecto haga referencia alguna el escrito de reposición, ningún interés tendría el impugnante para interponer el recurso extraordinario de casación en este caso.

En efecto, lo único que hizo el Tribunal fue modificar la sanción que de 8 meses de prisión por el delito de fraude a resolución judicial se impuso al procesado en la primera instancia, por el mismo cuantum pero de arresto tal y como lo dispone el art. 184 del Código Penal, por lo que "la naturaleza más gravosa de la prisión frente al arresto, haría pensar que en lugar de buscar beneficios para su defendido, lo que pretendería es agravarle la pena".

La decisión objeto del recurso, en consecuencia, deberá mantenerse.

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

RESUELVE:

NO REPONER el auto impugnado.

Comuníquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia* (no firmó), *Mario Montilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

REFORMATIO IN PEJUS/ CONSULTA

Como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, cuando opera el grado jurisdiccional de la consulta el superior funcional puede revisar en su integridad el fallo así haya sido impugnado, pudiendo incluso agravar la situación del procesado recurrente único.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., veintidos (22) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Proceso No. 10110 Aprobado acta No. 128

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la demanda de casación presentada por el defensor del Teniente retirado de la Policía Nacional *Carlos Hugo León Suárez*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, que confirmó la dictada por la Inspección General de la Policía Nacional, en cuanto condenó al aquí recurrente como autor del delito de concusión, a la pena principal de dos (2) anos de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por un (1) año, y a los agentes Martin Tapias, Harry Perlaza, Salvador Arias y Jorge Ardila como cómplices del mismo delito, a la pena principal de un (1) año de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por seis (6) meses, imponiéndoles a todos la pena accesoria de separación absoluta de la Policía Nacional. Revocó la concesión del subrogado de la condena de ejecucion condicional, para en su lugar ordenar el efectivo cumplimiento de la pena por parte de los sentenciados.

HECHOS

El Procurador Delegado los resumió así:

"Ocurrieron en la ciudad de Medellin el cinco de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, fecha cuando el teniente *Carlos Hugo León Suárez* y los agentes de la Policía Martín Gonzalo Tapias Cardona, Harry Antonio Perlaza Villada, Salvador Arias Rodríguez y Hugo Ardila Hoyos prestaban el turno de vigilancia en la patrulla

Nissan 1- 02 y recogieron a un particular que en actuaciones posteriores ante terceros se identificó como miembro del B-2 u oficial del grupo élite.

"El grupo de individuos se dirigió al Restaurante Bella Villa y allí retuvieron a tres personas a quienes trasladaron a la Subestación de Policía "La Floresta", en donde el particular los interrogó.

"Posteriormente, con las informaciones obtenidas, los autores del hecho retuvieron al señor Jorge Iván Navarro Mora a quien informaron que lo estaban siguiendo por tener informaciones de que traficaba con automóviles robados y le exigieron la entrega de un millón de pesos para 'arreglarle los papeles y dejarlo limpio'.

"Navarro Mora accedió a las pretensiones del grupo de individuos y se trasladó con ellos hasta el Banco Anglo Colombiano en donde obtuvo trescientos mil pesos en efectivo que entregó al particular por instrucciones del subteniente *León Suárez*, con la promesa de que al día siguiente entregaría el resto del dinero exigido.

"Como el sometido no cumplió lo prometido, la familia de Navarro Mora fue objeto de presiones, por lo que el ofendido decidió denunciar la anómala situación ante la Dirección General de la Policía, la que dispuso una investigación que culminó con la captura de los responsables".

ACTUACION PROCESAL

El Juzgado Noventa y Tres de Instrucción Penal Militar ordenó la apertura de la investigación; oídos en indagatoria el teniente *Carlos Hugo León Suárez* y los demás inculpados, al primero se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el presunto delito de concusión.

Anexadas las copias del informativo disciplinario adelantado contra el oficial y los agentes de la Policía, y otras diligencias, el Inspector General de la Policía Nacional avocó el conocimiento y luego de cerrada la investigación, en proveído de veinticuatro (24) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1.992) profirió resolución de convocatoria a consejo de guerra sin intervención de vocales contra el Teniente retirado *Carlos Hugo León Suárez* por el delito de concusión en calidad de autor, y los Agentes Tapias Cardona, Perlaza Villada, Arias Rodríguez y Ardila Hoyos, por el mismo hecho punible en calidad de cómplices.

Realizado el consejo de guerra, el Juez de primera instancia dictó sentencia condenatoria en los términos antes reseñados. Apelado este fallo, el Tribunal revocó lo relativo a la condena de ejecución condicional.

La Demanda

Al amparo de la causal primera de casación cuerpo primero, el recurrente formula un solo cargo contra la sentencia de segunda instancia, por estimar que violó en forma directa la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional, en tanto que el Tribunal Superior Militar revocó el subrogado de la condena de ejecución condicional otorgado en la sentencia de primera instancia, haciendo más gravosa la situación del sentenciado, a pesar de tener la calidad de apelante único.

De conformidad con el artículo 31 de la Constitución Política el superior no puede agravar la pena cuando el condenado sea apelante único. La expresión "reformatio in pejus" traduce "reformar empeorando", con lo cual no se puede hacer más gravosa la situación del procesado cuando se cumplan los requisitos de que quien apela sea el condenado y que éste sea el apelante único.

Trae algunos extractos de pronunciamientos de la Corte con relación al tema, para sustentar la viabilidad jurídica de la petición. Así mismo refiere que la Sala ha reiterado que el principio Constitucional tiene requisitos y limitantes: en cuanto a los primeros, la necesidad de que quien apela sea el condenado en forma directa o a través de defensor, y sea apelante único. Los segundos se concentran básicamente en que aún siendo el condenado apelante único, si la sentencia tiene grado jurisdiccional de consulta, el superior puede hacer más gravosa la situación del procesado.

Esta interpretación a la luz de la jurisdicción ordinaria en forma exclusiva, no tiene inconveniente, toda vez que en ella no existen providencias consultables.

Del artículo 206 del C. de P. P. se desprende que en materia de jurisdicción ordinaria no se presenta la vía de la consulta y sólo por vía de excepción, se puede presentar dentro de la Jurisdicción regional, pero aún más excepcionalmente opera únicamente en caso de una "sentencia anticipada"; pero la situación varía sustancialmente cuando esta problemática se traslada a la jurisdicción penal militar, teniendo en cuenta que conforme al artículo 434 todas las providencias son consultables; y si tomamos el criterio de la Corte, en el sentido de que la consulta, faculta al superior para agravar la situación del condenado cuando éste sea apelante único, esto quiere decir que frente a la jurisdicción penal militar el principio y derecho constitucional de la reformatio in pejus no tiene aplicabilidad.

Este principio en su condición de mandato constitucional no puede ser solo objeto de aplicabilidad frente a la jurisdicción ordinaria o a la regional, sino que cobija también a la penal militar. No se

puede pasar por alto que el Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1.988) entró en vigencia antes de la Constitución de 1.991, y por ello aquél estatuto no se ha acomodado al nuevo ordenamiento constitucional, pero a la vez esto exige que sea interpretado acorde con el nuevo mandato constitucional, máxime cuando la ley fundamental una vez creada adquiere el carácter intemporal, esto es, se entiende como si siempre hubiese estado rigiendo.

Como al momento de crearse el Código de Justicia Penal Militar no existía el artículo 31 de la actual Carta, no se hizo ningún reparo sobre el alcance que posteriormente podría tener la norma de la consulta, pero ello no es óbice para pensar que el mandato constitucional deba resultar afectado.

Estima que el artículo 31 tiene plena aplicabilidad frente a la justicia Castrense y por lo mismo el Tribunal no podía hacer más gravosa la situación de su defendido. La prohibición de la reformatio in pejus dentro de la nueva Carta Fundamental obedeció a la necesidad de garantizarle al condenado que en caso de controvertir la decisión desfavorable, el superior no lo pueda perjudicar, naturalmente ello obedece a una razón de justicia y si se quiere de humanidad; esta garantía solo existirá en la medida en que se le de plena vigencia a un mandato de naturaleza constitucional, que como tal prima sobre toda otra norma.

Finalmente solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia recurrida y en consecuencia otorgar el subrogado de la condena de ejecución condicional a su representado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar la sentencia recurrida, por considerar que el cargo formulado en la demanda no tiene vocación de éxito.

De tiempo atrás la Delegada ha venido sosteniendo que la infracción al artículo 31 de la Carta Política (violación de interdicción de la reforma peyorativa) es materia de la causal tercera de casación. De la misma forma ha admitido que en los casos en que el recurrente invoque la infracción directa de la ley sustancial como causal de casación en los eventos contemplados en la norma citada, debe entenderse como adecuadamente formulada la demanda en razón de las constantes decisiones de la Corte.

En cuanto a los planteamientos de la demanda, la Delegada luego de recordar la interpretación de la Corte, -aceptada por el libelista- que fija el alcance del artículo 31 constitucional, advierte que encuentra adicionalmente respaldo en decisión de la Corte Constitucional (Sentencia SU-327 de julio 27 de 1995) que en fallo

de unificación sentó el criterio de que el precepto en cita limita las facultades del juzgador de segundo grado, señalando en éste la competencia que tiene para examinar la sentencia apelada.

Se tiene, entonces, que según los criterios autorizados de las más altas corporaciones de las jurisdicciones ordinaria y constitucional, el principio de la interdicción de la reforma peyorativa se encuentra íntimamente ligado con la competencia del superior, quien no puede agravar la pena impuesta al condenado cuando éste sea apelante único, en tanto que su interés (el del condenado) no es el de transferir al Tribunal Superior la revisión de la pena en lo que le sea desfavorable, lo que quiere decir que si en algunos casos (la consulta) la ley regula la competencia del superior de manera diversa a como lo hace frente al recurso de alzada, la competencia del superior ha de examinarse de conformidad con el contenido de la ley que la rige.

Para al caso bajo estudio, el Código Penal Militar establece la consulta en algunas de las decisiones que se toman dentro del proceso previsto en el Decreto 2550 de 1988, sin especificar si en tales casos la competencia del superior es plena o se encuentra limitada por condición alguna. Ello significa que para determinar la competencia del superior en la consulta dentro del procedimiento penal militar, preciso es recurrir al ordenamiento procesal ordinario (tal como lo autoriza el artículo 302 del Código Penal Militar), compilación legislativa en la cual se encuentra el artículo 217, según el cual "La consulta permite al superior decidir sin limitaciones sobre la providencia o la parte pertinente de ella".

La competencia del superior en la consulta, entonces, no admite limitación diversa a la competencia de la misma, es decir, a que se reúnan respecto de la decisión los requisitos procesales previamente definidos que, en lo que es materia de este estudio, fueron fijados por el numeral 1. del artículo 434 del Decreto 2550 de 1988, luego según la legislación legal en vigencia, dentro del procedimiento penal militar la consulta procede en todos los casos de sentencia de primera instancia, en lo cuales el superior tiene plena competencia (sin limitación) para revisar la legalidad de la decisión, lo que significa de conformidad con las enseñanzas jurisprudenciales ya reseñadas, que puede el ad quem, sin violar el contenido del artículo 31 de la Carta Política, agravar la pena impuesta o decidir adversamente al apelante, pues entonces no es éste quien fija los límites de la apelación, sino la ley la que determina los alcances del grado jurisdiccional de consulta.

La pretendida incompatibilidad entre la Constitución Política y el Código Penal Militar a que hace referencia el censor no es tal ni

puede admitirse la necesidad de adecuar el ordenamiento Penal Militar a lo previsto en la Carta, en razón a que ésta no impone al legislador la obligación de consagrar en todo caso la apelación de las sentencias con prescindencia de su grado de jurisdicción de consulta.

Si el artículo 31 constitucional prevé la apelación y simultáneamente ordena la consulta, no se advierte en esta doble fuente de la competencia del juzgador contradicción alguna con la Carta, en tanto que es atribución del legislador la de establecer cuáles son los casos en los que se admite el recurso y cuáles aquellos en los que opera oficiosamente la revisión de la sentencia.

Y ello por lo demás, tiene sentido en relación con la administración de justicia en el campo penal militar, pues siendo ella la manifestación de un fuero especial de juzgamiento encomendado por decisión de la Carta Fundamental a personas que no tienen —por su propio origen— formación judicial, es lógico que el propio Estado pretenda minimizar los riesgos de equivocaciones judiciales, para lo cual prevé la consulta de las decisiones ante el Tribunal Superior Militar, organismo éste conformado sí por juristas especializados, como que ya no se trata de los comandantes de la fuerza pública que ejercen funciones judiciales de manera excepcional.

Pero además, es también procedente la consulta en función de la naturaleza misma de los hechos de que conoce la jurisdicción penal militar, delitos que el estado considera como de mayor incidencia en una de sus particulares funciones (fuerza pública) en razón de las posibles violaciones de los derechos ciudadanos mediante el uso coactivo de la fuerza (en la mayoría de los casos).

Los argumentos relativos a la necesaria adecuación del procedimiento penal militar a las disposiciones constitucionales, no deja de ser un simple planteamiento de una "conveniente" revisión de las normas que rigen en esa especial jurisdicción, pero que no constituyen a la luz de las consideraciones anteriores sustento suficiente para predicar una contradicción de la ley con las normas superiores, que autorice el desconocimiento de las leyes que aún se encuentran en vigencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Al contraerse la inconformidad a la presunta violación del artículo 31 de la Constitución Nacional por falta de aplicación, el ataque por la vía de la causal primera de casación resulta acertado.

Para ilustrar este punto basta recordar un pronunciamiento de la Sala con ponencia de quien ahora cumple ese mismo cometido:

"La prohibición de la reformatio in pejus es una garantía que se instituye en favor del procesado, pero que tiene un hondo contenido sustancial en la medida en que protege al imputado frente a los desmanes que se presenten en la aplicación de (la) normatividad sustancial, como es toda la que tiene que ver con la punibilidad, y si esta es su naturaleza necesariamente se tiene que entender que el marco lógico del ataque es el que enmarca la causal primera que es la instituida para resolver yerros in iudicando." (Sentencia de septiembre 14 de 1994, reiterada en fallo de junio 14 de 1995, entre otros).

2. Ahora bien, entrando a responder de fondo el tema propuesto se advierte que no le asiste razón al recurrente cuando reprocha al sentenciador de segunda instancia la falta de aplicación del artículo 31 de la Carta política, bajo el entendido de que al procesado no le podía ser desmejorada su situación por ser apelante único, pues como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, cuando opera el grado jurisdiccional de la consulta el superior funcional puede revisar en su integridad el fallo así haya sido impugnado, pudiendo incluso agravar la situación del procesado recurrente único.

Este criterio es compartido por la Corte Constitucional, y en ese sentido se ha pronunciado en varias oportunidades, entre otras, en la sentencia de tutela 289 de 1994, en donde dijo:

"Ha sido clara y enfática la jurisprudencia de esta Corporación, así como la proveniente de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que no tiene operancia el principio constitucional de la no reformatio in pejus, cuando el fallo de primera instancia, por ministerio de la ley, tenga el grado jurisdiccional de la consulta, **así haya sido recurrida por uno o varios procesados, ya que el superior adquiere competencia plena para revisar el fallo y tomar las determinaciones que estime pertinentes.**"

La explicación es muy sencilla: con la consagración legal del grado jurisdiccional de consulta se expresa la voluntad del legislador de que determinadas decisiones de primera instancia no cobren ejecutoria hasta que no sean revisadas por el superior funcional, y esa es precisamente la situación de las sentencias proferidas en la jurisdicción penal militar. Además, en forma clara el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, aplicable por integración, dispone que "La consulta permite al superior decidir sin limitación alguna sobre la providencia o la parte pertinente de ella".

Como es lógico, la efectividad del mandato legal no queda al arbitrio de los sujetos procesales, de modo que baste que alguno apele para que la facultad del superior se reduzca a conocer únicamente de los aspectos impugnados. Por el contrario, con apelación

o sin ella, siendo consultable la providencia el superior tiene competencia plena para revisarla.

En estas condiciones, es claro que al suprimir el Tribunal Superior Militar la condena de ejecución condicional que le había otorgado al procesado el juez de instancia, no incurrió en violación del artículo 31 de la Constitución, por lo tanto la queja del censor no tiene asidero jurídico.

3. Sobre la constitucionalidad de la norma que establece la consulta en los procesos de que conoce la justicia penal militar, la Corte Constitucional en sentencia C-055 de febrero 18 de 1.993 se pronunció favorablemente así:

"Al tenor del artículo 31 de la Constitución, toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada salvo las excepciones que consagra la ley.

"La consulta es un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud por ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata.

"La consulta es una figura distinta de la apelación. Se surte obligatoriamente en los casos y con las características que define la ley, sin contar con la voluntad de las partes. A diferencia de la apelación, no es un recurso. Por eso no hay apelante y, por ende, la competencia del juez de segundo grado no depende de si una sola o ambas partes aspiran a la modificación de la sentencia proferida en primera instancia, de tal manera que goza de atribuciones suficientes para reformar y aun para revocar el proveído que se somete a su conocimiento. Pero desde luego habrá de tenerse en cuenta el motivo de la consulta, es decir, el interés que con ella se busca tutelar, a fin de establecer dentro de las características propias que ofrece en las distintas jurisdicciones, hasta donde podrá llegar el juzgador en el momento de introducir cambios a la providencia en cuestión.

"De lo dicho se concluye que el argumento del actor en cuanto a la posible contradicción del artículo 434 acusado con el 31 de la Carta por hacer imposible la garantía que prohíbe la 'reformatio in pejus' es a todas luces equivocada.

"En relación con la supuesta 'violación procesal al principio de integridad', alegado por el demandante, cuyos perfiles son muy

confusos en el contexto de la demanda, supone la Corte que el cargo hace referencia a una presunta obligación del legislador en el sentido de prever la prohibición de la 'reformatio in pejus' a propósito de la consulta.

"Por una parte, la Constitución Política no hace forzosa la consulta respecto de toda sentencia, como parece entenderlo el demandante, sino que estatuye su procedencia como regla general, dejando al legislador la facultad de determinar las decisiones en las cuales, por excepción, no cabe aquella. De otro lado, en cuanto a la consulta ya establecida y regulada en un determinado ordenamiento legal, no tiene sentido que su procedencia se relacione con la 'reformatio in pejus' ya que, según lo dicho, este nivel de decisión jurisdiccional no equivale al recurso de apelación y, por ende, no tiene lugar respecto de ella la garantía que específica y únicamente busca favorecer al apelante único.

"La norma cuestionada no hace cosa distinta de desarrollar la previsión constitucional definiendo cuándo procede y cuándo no el grado de consulta en los procesos de los cuales conoce la justicia penal militar".

En consecuencia, no tiene ningún fundamento aceptable la insinuación del censor respecto a una posible incompatibilidad entre la ley que ordena la consulta de las sentencias dictadas en la justicia penal militar, y el artículo 31 de la Constitución Política, pues el tema ya fue dirimido mediante una decisión jurisprudencial que tiene efectos erga omnes.

Lo expuesto es suficiente para concluir que el cargo debe ser desestimado.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NOTIFICACION - Sentencia/ TERMINO

La notificación de la sentencia debe hacerse mediante edicto, cuando no ha sido posible notificar personalmente a los demás sujetos procesales distintos al procesado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público, quienes por mandato del artículo 188 del C.P.P. deben notificarse en esta forma.

Si se tiene en cuenta que respecto de las sentencias de segunda instancia, éstas se pueden recurrir en casación "dentro de los quince días siguientes a la última notificación", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 223 del C.P.P., esta clase de fallos solo hacen tránsito a cosa juzgada una vez transcurridos 15 días, después de desfijado el correspondiente edicto o de la última notificación personal cuando todos los sujetos procesales lo han hecho de esa manera, siempre que no hayan sido recurridos en casación, pues la impugnación interrumpe su ejecutoria.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., veintidos (22) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Proceso No. 13344 Aprobado Acta No. 124 (15-10-97)

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor de *Alvaro Bayona Cardona*, contra la sentencia del 29 de abril de 1996 proferida en segunda instancia por el Juzgado 6° Penal del Circuito de Pereira, por medio de la cual se confirmó la dictada en primer grado por el Juzgado 7°. Penal Municipal de esa misma ciudad, en la que se condenó a dicho procesado a la pena principal de 22 meses y 15 días de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso como autor del delito de hurto calificado y agravado, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

Ajustándose a la realidad probatoria, así los resumió el a quo:

"El día 16 de agosto de 1994 fue hurtado el campero marca Suzuky, Modelo 80, de placas AG - 3887 de propiedad del señor Luis Fernando Jaramillo García. Este hecho tuvo ocurrencia en esta ciudad de Pereira en la fecha antes mencionada. Posteriormente fue capturado cuando conducía el vehículo sustraído, el sujeto que respondió al nombre de *Alvaro Bayona Cardona*..

Al ser sometido a indagatoria expresó que había sido contratado por un tal Jevier del que desconoce su apellido y dirección, quien le entregó en esta ciudad el carro para que lo llevara hasta la estación de gasolina de Alcalá Valle, que por esa gestión recibiría la suma de $ 20.000.".

ANTECEDENTE

Con fundamento en la denuncia formulada por Luis Fernando Jaramillo García ante la SIJIN de Risaralda sobre el hurto de un vehículo Suzuki de placas AG 3887, modelo 1980 y el informe policivo que da cuenta de la aprehensión *Alvaro Bayona Cardona*, el 18 de agosto de 1994 el juzgado 7º Penal Municipal de Pereira ordenó la apertura de la investigación, vinculando mediante indagatoria al capturado, a quien el 24 de agosto del mismo año le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva con excarcelación, por el delito de hurto calificado y agravado.

Perfeccionado el ciclo instructivo, el 4 de noviembre de 1994 se declaró cerrada la investigación, calificándose el mérito probatorio del sumario el 31 de enero de 1995, con resolución acusatoria por el mismo delito imputado en la medida detentiva.

Agotada la etapa del juicio, el 8 de febrero de 1996 se profirió sentencia condenatoria en contra de *Bayona Cardona*, y apelada por la defensora de oficio recibió confirmación por parte del Juez 6º Penal del Circuito de la misma ciudad.

Notificado por edicto el fallo del ad quem, se devolvió el proceso al juzgado de primera instancia, en donde por auto del 13 de mayo del mismo año y considerando que se encontraba ejecutoriado el fallo, dispuso "realizar las anotaciones en los libros radicadores; rendir el informe estadístico de ley DANE; librar la orden de captura contra *Alvaro Bayona Cardona* para que entre a purgar la pena impuesta; y ubicar el expediente en la casilla destinada a los condenados pendientes de captura"

Capturado *Bayona Cardona* el 4 de octubre de 1996, elevó cinco peticiones de libertad, habiéndosele resuelto la última el pasado 10 de marzo del año en curso.

No obstante lo anterior, el nuevo abogado de confianza designado por el condenado solicitó al Juez de primera instancia la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto proferido el 13 de mayo del año anterior, pues en su concepto, se había incurrido en una irregularidad que afectaba el derecho a la defensa, por cuanto la sentencia de segunda instancia no se encontraba ejecutoriada dado que no se habían dejado transcurrir 15 días de que trata el artículo 223 del C.P.P. para interponer el recurso de casación excepcional a que se refiere el inciso 3º del artículo 218 del C.P.P. y por ende, la captura de *Bayona Cardona* se había efectuado en forma ilegal.

Así, accediendo a dicha petición, mediante auto del 13 de mayo del año en curso se decretó la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del proferido por ese despacho el año anterior (1996) en la misma fecha, disponiendo en consecuencia la "libertad inmediata" del condenado, para que, una vez en firme dicha decisión se remitiera el proceso al Juez 6º Penal del Circuito a fin de que "sea allí donde se decida lo pertinente con relación al término de ejecutoria del fallo que fuera proferido por esa instancia.".

En tales condiciones, mediante auto del 26 de mayo del año que corre, el referido Juez del Circuito consideró que como en el presente caso procede el recurso extraordinario de casación en los términos del inciso 3º del artículo 218 del C.P.P., se debía como en efecto se ordenó, "dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 223 del mismo estatuto procedimental, dejando correr término de 14 días hábiles que aún faltan para que si a bien lo tienen los sujetos procesales (Procurador o su Delegado y defensor) interpongan dicho recurso.", por lo que dentro de dicho término, el defensor del condenado impugnó extraordinariamente la sentencia de segundo grado.

El Recurso

Para el impugnante, procede la casación discrecional interpuesta, por cuanto "principalmente en la etapa del juzgamiento" se vulneró a su defendido el derecho a la defensa, pues no resulta cierto que la no comparecencia de *Bayona Cardona* al proceso cuando fue requerido, luego de habérsele concedido la libertad provisional, por evitar la acción de la justicia, ya que si se constata el expediente se concluye lo contrario, esto es, que todo se debió a las erradas citaciones que se hicieron, tanto por parte del Juzgado Penal Municipal como de los funcionarios comisionados para que fuera notificado, quienes, no obstante tener el número telefónico del lugar

de trabajo de la esposa del procesado, insistieron en enviar las comunicaciones a la calle 4 No. 22- 101, calle 4 No. 22 A- 101 y a la calle 4 A No. 22- 101 de Manizales, a pesar de las respuestas que habían obtenido en el sentido de que en esas direcciones no residía. Así, concluye, es evidente que, se adelantó la etapa del juicio "a espaldas" del inculpado, impidiéndole de manera flagrante el real ejercicio del derecho a la defensa, debiéndosele por tanto, conceder la casación discrecional que impetra para que le sea posible proceder a presentar en su oportunidad la respectiva demanda.

CONSIDERACIONES

1º. Confrontados los presupuestos exigidos para decidir sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación discrecional, se establece que el interpuesto por el defensor de *Alvaro Bayona Cardona* contra la sentencia del 29 de abril de 1996, proferida en segunda instancia por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, no procede por extemporáneo.

2º. En efecto, la notificación de la sentencia debe hacerse mediante edicto, cuando no ha sido posible notificar personalmente a los demás sujetos procesales distintos al procesado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público, quienes por mandato del artículo 188 del C.P.P. deben notificarse en esta forma.

3º. Si bien el Código de Procedimiento Penal previó el edicto como una de las formas de notificación y no reguló lo pertinente a su ritualidad, es claro que en virtud del principio de integración, es aplicable en esta materia lo pertinente del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el cual la fijación del edicto para notificar la sentencia procede cuando transcurridos tres días después de proferido el fallo no haya sido posible su notificación personal, debiendo permanecer fijado en un lugar visible de la Secretaría, del despacho judicial por el término de tres días, surtiéndose la notificación una vez desfijado el edicto.

4º. Sin embargo, si se tiene en cuenta que respecto de las sentencias de segunda instancia, éstas se pueden recurrir en casación "dentro de los quince días siguientes a la última notificación", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 223 del C.P.P., esta clase de fallos solo hacen tránsito a cosa juzgada una vez transcurridos 15 días, después de desfijado el correspondiente edicto o de la última notificación personal cuando todos los sujetos procesales lo han hecho de esa manera, siempre que no hayan sido recurridos en casación, pues la impugnación interrumpe su ejecutoria.

5º. Trátase entonces de términos legales y preclusivos los aplicables a esta clase de notificaciones y su ejecutoria, es decir, que como tales no pueden ser suplidos por el arbitrio del Juez ni admiten alternatividad alguna a los sujetos procesales para ejercitar a posteriori el derecho que solo puede ser reclamado dentro de los límites temporales previamente fijados por la ley; de ahí que no esté supeditada su contabilización a la voluntad del Secretario o del mismo Juez, pues corren por sí mismos con el simple transcurso del tiempo.

6º. En este caso, haciéndole eco al defensor designado por el procesado durante la ejecución de la sentencia, la Juez Penal Municipal desconoció éstos postulados jurídico - legales reguladores de la situación a decidir, llevándose de calle, además, los principios de preclusión de los actos procesales y de la cosa juzgada formal y material, para concluir más de un año después de proferido el fallo de segunda instancia, esto es, el 13 de mayo del año en curso, que por el hecho de que el Juez del Circuito devolvió el proceso al Juez de primera instancia una vez desfijado el edicto y sin haber dejado transcurrir en su Despacho los 15 días para que se pudiese recurrir en casación, no había cobrado ejecutoria, procediendo mediante este mecanismo a concederle la libertad al condenado, cuando lo cierto es, que dentro de dicho lapso ninguno de los sujetos procesales legitimados para impugnar extraordinariamente lo hizo y que el auto dictado el 13 de mayo de 1996 declarando legalmente ejecutoriada la sententencia y ordenando "- realizar las anotaciones en los libros radicadores; - rendir el informe estadístico de ley DANE; - librar la orden de captura contra *Alvaro Bayona Cardona* para que entre a purgar la pena impuesta; y - ubicar el expediente en la casilla destinada a los condenados pendientes de captura", en nada impedía que se corriera el término legal de ejecutoria, toda vez que ello no requería de auto que así lo declarare.

7º. En efecto, si bien el Secretario del Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira devolvió el proceso antes de transcurridos los 15 días posteriores a la última notificación, en este caso el edicto, esto no impedía en manera alguna que los sujetos procesales legitimados interpusieran el recurso de casación en forma discrecional dentro de dicho lapso, así el proceso se encontrara para entonces en el despacho de la Juez de primera instancia y ésta hubiese dictado el referido auto del 13 de mayo de 1996, inocuo e innecesario, pues como ya se precisó, el término de ejecutoria en este caso es de naturaleza y regulación legal, razón por la cual no podía ser suspendido ni menos suprimido por el inusitado proveído de la Juez, siendo por tanto procedente que si era voluntad del defensor del procesado recurrir el fallo de segundo grado en

casación, así haberlo manifestado ante el a quo para que en estas condiciones se le diera el trámite correspondiente remitiendo el proceso a la Corte para que se decidiera sobre su concesión.

8ª. En estas condiciones, es evidente la extemporaneidad del recurso extraordinario de casación discrecional interpuesto por el defensor de *Bayona Cardona*, pues lo hizo una vez ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, esto es, cuando ya había precluido el término de 15 días que establece la ley para ese fin. Y si bien, el defensor ejercitó éste derecho con base en la referida decisión de la Juez de primer grado, es claro que un tal pronunciamiento respecto a la ejecutoria del fallo de segunda instancia carece de efectos procesales vinculantes, pues cuando esta decisión se tomó, esto es, la del 13 de mayo de 1997, el fallo de segundo grado se encontraba ejecutoriado hacía más de un año, razón por la cual, siendo deber de la Corte para efectos de determinar la procedencia de este recurso verificar la oportunidad de su interposición; la Sala declarará la invalidez de dicha decisión y por ende, la extemporaneidad del referido recurso, debiendo en consecuencia la Juez de conocimiento ordenar la captura del condenado para efectos de la ejecución de la sentencia.

En mérito de lo expuesto. *Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal*

RESUELVE

1º. *Declarar la invalidez* del auto proferido el 13 de mayo de 1997, por medio del cual la Juez 7ª Penal Municipal de Pereira decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto del 13 de mayo de 1996. En consecuencia, *disponer* que por medio del Juez competente se libre la captura del condenado para la ejecución de la sentencia.

2º. *Negar* por extemporáneo el recurso excepcional de casación interpuesto por el defensor de *Alfonso Bayona Cardona*.

Cúmplase y devuélvase al juzgado de origen

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia (no firmó), *Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

VIGENCIA DE LA LEY/ HOMICIDIO-Ley 40 de 1993/ RESOLUCION DE ACUSACION

1.- Visto que la ley 40 fue insertada en el Diario Oficial número 40726, correspondiente al 20 de enero de 1993, la promulgación se entiende consumada a la media noche de esa fecha (C. R. P. y M., arts. 52, inciso 2° y 60, inciso 1°), y entonces sólo a partir de la media noche del día 20 de enero comienza a regir la mencionada ley (art. 40), sobre todo porque su observancia no puede exigirse antes de que se conozca por obra de su promulgación o publicación en el Diario Oficial.

2.- Es obvia la importancia de la resolución de acusación en el proceso penal colombiano, como que representa el punto de partida del debate público del juicio y el anuncio de las modalidades que revestirá la satisfacción de la pretensión punitiva, razón por la cual se exige suma precisión y claridad en los cargos para facilitar la contradicción y para que la defensa avance unívocamente. Para estos fines, el artículo 442 del C. de P. P. dispone las formas básicas del proveído acusatorio, entre las que se destacan, por su relación con el tema discutido, la primera que exige una narración sucinta de los hechos investigados, "con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen", y la tercera, por demandar una "calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal". Este último requerimiento formal debe matizarse con el requisito sustancial de la demostración de la ocurrencia del hecho delictivo (art. 441 idem), de tal manera que siempre habrá de contener dicha resolución el proceso de subsunción de la conducta circunstanciada en los respectivos tipos legales, sin que sea imperativo citar la pena correspondiente.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 9772 Aprobado Acta N° 128

Vistos

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, actuando en sede de apelación, revisó el fallo de primer grado proferido por el Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de esta misma ciudad, y adoptó entonces la sentencia de segunda instancia fechada el 9 de marzo de 1994, por medio de la cual, en primer lugar, niega la nulidad propuesta por el defensor del procesado *Gabriel Muñoz Carranza*, por presunta falta de defensa técnica; en segundo lugar, revoca la condena impuesta al mismo procesado y lo absuelve; y, finalmente, confirma el fallo en lo atinente a la condena deducida al coprocesado *José Guillermo Muñoz Carranza*, hermano del primero, a quien con certeza se le atribuye el concurso de hechos punibles de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Por parte de la Procuraduría Judicial y del condenado se ha interpuesto el recurso extraordinario de casación; se han presentado las respectivas demandas y también se cuenta con el concepto del Procurador Delegado ante esta Corporación. De modo que, acorde con las previsiones del artículo 226 del C. de P. P., se han cumplido los presupuestos para proveer sobre la impugnación extraordinaria.

De los Hechos y el Recurso Procesal

El acontecimiento que dio lugar a la acción penal, de acuerdo con la descripción de las instancias, puede resumirse de la siguiente manera:

El 21 de enero de 1993, aproximadamente a las diez de la noche, los hermanos *José Guillermo* y *Gabriel Muñoz Carranza* ingresaron a las residencias "El Danubio Azul", situada en la carrera 13A N° 19-40 de la nomenclatura de esta ciudad, lugar en el cual acordaron pagar relaciones carnales con las mujeres *Rosa Elvia Pérez Camacho* y *Alba Lucía Noreña*, respectivamente, dos de las damas que ejercen la prostitución en dicho establecimiento. Pues bien, debido a la insistencia de *José Guillermo* para repetir el acto sexual sin costo adicional, se produjo una discrepancia que desencadenó en un zafarrancho que involucró al señor *Jaime Ortiz Linares*, portero del establecimiento y quien quiso que la disputa se dirimiera afuera, porque de inmediato el trabajador fue agredido a golpes de mano y puntapiés por *Gabriel Muñoz Carranza*, mientras que simultáneamente su hermano *José Guillermo* lo maltrataba con la cacha de un revólver que portaba. El vigilante reaccionó con un machete que tenía a su disposición, lesionó a *Gabriel* en la cabeza y de esta manera se retiraron los consanguíneos del lugar.

Habían pasado veinte minutos después de este enfrentamiento, cuando los carnales *Muñoz Carranza* regresaron a las residencias y, mientras *Gabriel* se quedó en la puerta de entrada, *José Guillermo*

penetró al recinto y disparó su arma de fuego hacia el grupo de personas que se encontraban en la recepción, entre quienes se contaban la mujer *Luisa Fernanda Franco Lozano*, quien en ese instante le curaba las heridas al portero y resultó mortalmente lesionada por un proyectil que ingresó por la región escapular derecha, y también el señor *José Danilo Gaitán González*, dueño del establecimiento, quien acababa de llegar y recibió una lesión superficial en el pómulo izquierdo.

Los agresores emprendieron la huida, pero fueron perseguidos por el propietario del local, quien, con el fin de llamar la atención, accionaba su revólver marca Llama, calibre 38 largo, número IM-9279J y que estaba debidamente amparado. Dos policiales que se desplazaban por el sector, se apersonaron del caso, capturaron primero a las tres personas que corrían y seguidamente lo hicieron con el portero del establecimiento. Inmediatamente después, los servidores policivos inspeccionaron el lugar y, debajo de un bus estacionado donde previamente se habían ocultado los hermanos *Muñoz Carranza*, hallaron el revólver marca Smith & Wesson, número C660574, provisto de tres cartuchos y tres vainillas, y que, sin permiso de autoridad competente, portaba el imputado *José Guillermo*, al igual que el machete del cual habían despojado al portero.

Las primeras diligencias las adelantó la Unidad de Investigación Previa y Permanente, y después el Fiscal 94 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito inició la instrucción y vinculó por medio de indagatoria a los imputados *Gabriel y José Guillermo Muñoz Carranza, José Danilo Gaitán González y Jaime Ortiz Linares* (fs. 6, 32, 36, 43, 53, 63 y 187). Para proveer a la situación jurídica de los sindicados, el fiscal instructor dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, solamente en contra del vinculado *José Guillermo Muñoz Carranza*, como presunto autor del delito de homicidio "de que trata el artículo 323 del C. P.", pues en relación con los tres restantes sindicados no hubo mérito para adoptar igual determinación (fs. 92).

La defensora del procesado *José Guillermo Muñoz*, aún en curso la instrucción, solicitó la práctica de una inspección judicial, entre otras diligencias, con el fin de determinar el lugar en el cual se hallaban los protagonistas del caso al momento de los hechos, pero entretanto se produjo un cambio en el titular de la defensa y la última profesional se interesó más por pedir la revocatoria de la medida de aseguramiento, propósito en el cual no tuvo éxito (fs. 142, 146 y 151).

Se adoptó después el cierre de investigación y otro defensor constituido por *José Guillermo*, interpuso reposición contra tal proveído, con el fin de insistir en la práctica de la inspección judicial antes solicitada y pedir adicionalmente otras pruebas, pero la Fiscalía estimó que tenía la prueba suficiente para calificar el sumario, de acuerdo con el artículo 438 del C. P. P., y por ello negó el recurso interpuesto (fs. 234 y 249). Sin embargo, debido al transcurso del tiempo que llevaba el procesado en detención preventiva, sin calificar aún el mérito sumarial, se ordenó su libertad provisional (fs. 254).

En la calificación del sumario, el fiscal profirió resolución de acusación en contra de *José Guillermo y Gabriel Muñoz Carranza*, el primero como autor de un concurso de delitos de homicidio (Decreto 100/80, art. 323), tentativa de homicidio (arts. 22 y 323 *idem*) y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (art. 1°, Decretos 33664/86 y 2266/91); y el segundo, a título de determinador de los dos primeros hechos punibles. En favor de los sindicados *José Danilo Gaitán González y Jaime Ortiz Linares*, se dictó preclusión de la instrucción como forma de calificación (fs. 278).

En el curso de la fase del juzgamiento, el Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito practicó pruebas, algunas solicitadas por la defensa y otras ordenadas de oficio, y también en esta etapa se privó de nuevo de la libertad al acusado *José Guillermo Muñoz Carranza* (fs. 319 y 323).

Cumplida la audiencia pública, el juzgado de instancia profirió la sentencia fechada el 10 de diciembre de 1993, por medio de la cual condenó al procesado *José Guillermo Muñoz Carranza* a la pena principal de veinticinco (25) años y un (1) mes de prisión, como autor del concurso de delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, y a su hermano *Gabriel Muñoz Carranza* a la sanción principal de veinticinco (25) años de prisión, como determinador del hecho punible de homicidio; además, en relación con los dos, se adoptó la sanción accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de diez (10) años, y también se les impuso la obligación solidaria de resarcir los daños ocasionados en cuantía equivalente al valor de quinientos (500) gramos-oro. Se ordenó en el mismo fallo la expedición de copias para investigar por separado el daño corporal ocasionado a *José Danilo Gaitán González*, por estimar que este hecho en particular constituía el delito de lesiones personales y no el de tentativa de homicidio (fs. 428).

Por virtud de la apelación interpuesta por el procesado *José Guillermo Muñoz Carranza* y su defensor, y también por el defensor

del coprocesado *Gabriel Muñoz Carranza*, se produjo el fallo del Tribunal que ahora se revisa en sede de casación, cuyo contenido ya fue reseñado en el introito de esta decisión.

LAS DEMANDAS DE CASACION

A. *Primera demanda.*

La Procuradora Trece en lo Judicial Penal se ampara en la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, debido a que el Tribunal aplicó indebidamente en este caso el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 y dejó de aplicar el artículo 323 del Decreto 100 de 1980, norma que era la vigente para la fecha de los hechos.

El fundamento jurídico del cargo radica en que, a pesar de que la ley 40 de 1993 fue promulgada el 20 de enero del mismo año y en su artículo 40 señala que regirá "a partir de su promulgación", no puede olvidarse que su observancia sólo obliga dos (2) meses después de la promulgación, de acuerdo con el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal. Además, no cabe aquí ninguna de las excepciones del artículo 53 del mismo estatuto, dado que no se fijó en aquella ley fecha a partir de la cual debía regir, ni tampoco se autorizó al Gobierno para determinarla, pues "es del caso precisar que en el asunto sometido a consideración el Legislador no consignó en el texto de la ley, *que regía a partir de la fecha de su publicación* que si, (sic) hubiese coincidido con la inserción de la ley en el periódico oficial (20 de enero de 1993)".

En el segundo fundamento de la censura, la demandante arguye que el término de dos (2) meses puede legalmente acortarse o extenderse, pero siempre será necesario *"que la promulgación se consume"*, pues de otra manera no ha comenzado la observancia de la ley, máxime que, de acuerdo con el artículo 29 de la Carta Política, la aplicación de la ley en materia penal no sólo está supeditada a su preexistencia sino también a su vigencia (que semánticamente es igual a su observancia). De acuerdo con este planteamiento, la actora colige que para la ley 40 de 1993 este último hecho sólo se produjo dos (2) meses después de su inserción en el Diario Oficial, esto es, el 20 de marzo de 1993, no siendo procedente su aplicación al caso debatido, por no hallarse vigente dicho ordenamiento para el 21 de enero de 1993, fecha de ocurrencia del episodio delictivo.

La recurrente propone a la Corte que case parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, que fije la pena por el delito de homicidio en diez (10) años de prisión, de conformidad con el artículo 323 original del Código Penal, que era la disposición aplicable.

B. *Segunda demanda.*

El defensor del procesado *José Guillermo Muñoz Carranza* relieva cuatro (4) cargos en contra de la sentencia impugnada y los mismos pueden sintetizarse del siguiente modo:

Al tenor de la causal primera de casación presenta el primero y el tercero reproches, en forma principal y subsidiaria, los cuales en su orden se sustentan así:

Dice que se ha violado indirectamente las normas sustanciales contenidas en los artículos 323 y 329 del Código Penal, por aplicación indebida del primero y exclusión evidente del segundo, por cuanto el juzgador incurrió en error de hecho como falso juicio de existencia, en relación con tres hechos indicadores que, si se aprecian debidamente, conducen a la conclusión de que el homicidio se realizó en forma culposa y no dolosamente. Argumenta que el primer indicio se refiere a "la trayectoria del proyectil antes de ingresar en el cuerpo de la víctima y su recorrido dentro del mismo"; el segundo tiene que ver con "la pericia del acusado en el manejo de armas de fuego"; y el tercero hace relación a "la falta o carencia de motivo para que José Guillermo Muñoz Carranza causara esa muerte de manera intencional".

En efecto, aduce que si el proyectil recuperado en el sostén de la víctima aparecía achatado, ello significa que el objeto primero hizo contacto con una superficie dura. Así entonces, evidenciado en la necropsia el recorrido del plomo, que sólo compromete órganos y tejidos blandos, no queda duda de que el proyectil chocó primero en el piso antes de ingresar en el cuerpo de la víctima.

Engarza con el anterior hecho la realidad de que el procesado era un suboficial de la policía nacional, y a la sazón se desempeñaba como Jefe de Investigación de la Policía Judicial de Salamina (Caldas), razón por la cual es indiscutible su experiencia y habilidad en el manejo de armas de fuego; de tal manera que, si su propósito claro fuera el de causarle la muerte a la víctima, sin duda el proyectil hubiera entrado directamente en su cuerpo y no por rebote previo en una superficie lisa.

Como se ha establecido que la finada *Franco Lozano* era completamente ajena al conflicto, supuesto que no participó en la riña que se desató por discrepancias de los hermanos *Muñoz Carranza* con su compañera *Rosa Elvia Pérez*, resulta claro que ningún motivo inducía al procesado a causarle la muerte, máxime que la sanidad mental de éste no ha sido cuestionada para llegar a concluir que mató sin un antecedente causal grave que explique su conducta.

De modo que si los juzgadores ignoraron la prueba indiciaria que se ha resaltado, obviamente tampoco podían hacer las inferencias lógicas de los datos que de allí se derivaban, de acuerdo con el artículo 300 del C. de P. P., y de igual manera era imposible la valoración conjunta de dichos indicios y su correlación con los demás medios de prueba, como lo ordenan los artículos 248, inciso 2° y 303 del mismo estatuto. El resultado de lo que se echa de menos, no ha podido ser diferente "al de considerar establecido que mi representado *José Guillermo Muñoz Carranza* no causó la muerte aquí investigada de una manera dolosa sino, en caso extremo, en forma culposa" (fs. 154, cuaderno del Tribunal).

La otra agresión a la ley sustancial, esta vez por el argumento de la violación directa, se refiere a la indebida aplicación del artículo 29 de la Ley 40 de 1993, dado que el incremento previsto en esta disposición se tiene sólo para los delitos de homicidio sustancialmente conectados con el de secuestro, habida cuenta de la naturaleza misma del estatuto (antisecuestro) y su finalidad político-criminal de lucha contra ese flagelo. Pensar que dicha pena intensificada puede aplicarse a cualquier clase de homicidio, significa contravenir el precepto del artículo 158 de la Constitución Política, cuya primera parte previene que "Todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella...". Así lo entendió la Corte Constitucional en la sentencia C-565 de 1993 (7 de diciembre), al declarar exequible la norma en cuestión, pues, según la lectura que de dicho fallo hace el demandante, sólo por la ostensible conexidad entre ambas formas de delincuencia se podía declarar la unidad de materia en la ley examinada y, por ende, quedaba a salvo su constitucionalidad.

Ahora bien, es notorio que el juzgador ha excluido caprichosamente la aplicación del artículo 323 del Decreto 100 de 1980, si se tiene en cuenta que la víctima fue lesionada en el establecimiento en el cual ejercía el oficio de meretriz, sin que pueda aseverarse que había sido secuestrada para darle muerte.

Ahora bien, con fundamento en la causal tercera de casación, por vía subsidiaria, el actor señala la presunta violación al debido proceso y el derecho de defensa, de acuerdo con los artículos 29 de la Constitución Política y 1° del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, a pesar de que en el curso de la investigación la defensa del procesado solicitó la práctica de una inspección judicial con intervención de expertos en balística, fotografía y planimetría, con el fin de establecer la posición de los actores y la trayectoria de los proyectiles, no hubo respuesta de la Fiscalía instructora para la

realización de tan importante diligencia, que bien pudo haber aclarado la forma como fue mortalmente lesionada la señora *Franco Lozano*, y más bien se procedió apresuradamente a cerrar la investigación.

No obstante que, por medio del recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución de cierre de investigación, se insistió en la práctica de la prueba que se echa de menos, la Fiscalía tampoco expuso razón alguna para no revocar el proveído. Se procuró entonces por la defensa que se reabriera la investigación, con el ánimo de llevar a cabo la diligencia, pero igualmente resultó infructuoso el esfuerzo. Ni siquiera el juez del conocimiento hizo uso de la facultad de oficio para decretar la prueba en la oportunidad prevista en el artículo 446 del C. P. P., manera loable de corregir el yerro, sino que también dicho funcionario persistió en la omisión negligente.

Pese a la conducencia de la inspección solicitada, el fiscal ni siquiera tuvo el cuidado de examinarla para ver de negar u ordenar su práctica, omisión que no sólo obstaculizó el ejercicio del derecho de defensa, sino que también violó el principio de publicidad de las decisiones judiciales.

Entiende el recurrente que esa negligencia frente a tan crucial prueba, lesiona el principio de imparcialidad en la búsqueda de la verdad, de acuerdo con el artículo 249 del C. de P. P., y compromete también el axioma de la investigación integral, de conformidad con el artículo 333 *idem*, a cuyo tenor debe indagarse con igual diligencia tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado.

En el capítulo cuarto de la demanda, el recurrente acude a la causal segunda de casación, bajo el supuesto de que la sentencia atacada no guarda consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

Argumenta el censor que la providencia de enjuiciamiento se refiere acertadamente al delito de homicidio previsto en el texto original del artículo 323 del Código Penal, pero inopinadamente las sentencias de primero y segundo grado aplican el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 (Estatuto Antisecuestro), sin que ese cambio se hubiera siquiera mencionado en la audiencia de juzgamiento, como para dar oportunidad a la defensa de exponer sus argumentos, desviación que condujo a la condena de su representado "por un precepto diferente y que contempla una pena de 25 a 40 años de prisión y no de 10 a 15 años, como se había formulado el cargo y como realmente corresponde" (fs. 166).

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en relación con la primera demanda propone el siguiente análisis:

Parece que la demandante procura establecer diferencias entre la *publicación* y la *promulgación* de la ley, pero nada dice sobre el particular, pues en últimas son los mismos preceptos que cita los que le quitan la razón de ser a esa pretendida distinción. De conformidad con el artículo 52 del C. de R. P. y M., la promulgación de la ley se entiende consumada en la fecha del número del Diario Oficial en que termine su inserción, entonces la ley 40 de 1993 fue promulgada el 20 de enero del mismo año, fecha en la cual se insertó su texto completo en el Diario Oficial N° 40726.

Así entonces, como dicha ley antisecuestro previó su vigencia "a partir de su promulgación" (art. 10), que coincide con su publicación, no es dable predicar frente a dicho estatuto el principio general de observancia de la ley, "puesto que ella misma estableció dentro del marco de las excepciones, desde cuándo empezaría a regir, que no es fecha diferente a la del 20 de enero de 1.993" (fs. 23).

En sentir del Ministerio Público, el cargo no puede prosperar.

En lo que atañe a la segunda demanda, el Procurador acude al principio de prelación y se ocupa en primer lugar del cargo propuesto de nulidad (causal 3ª), en los siguientes términos:

De verdad que la violación del principio de investigación integral comporta también la transgresión del derecho de defensa. También es cierto que en relación con la inspección judicial solicitada no hubo respuesta para negarla, ni tampoco se practicó, pero el demandante no ha demostrado la trascendencia que tendría esa prueba que echa de menos sobre las demás, porque, si lo pretendido con ese medio de convicción ya aparece establecido por otros canales, entonces ninguna razón justificaría la nulidad. Además, el abogado omite resaltar que el defensor que interpuso el recurso de reposición contra la resolución de cierre de investigación, con el ánimo de que se allegara la inspección judicial, fue el mismo que en la etapa del juicio hizo una solicitud de pruebas en la que no incluyó la que ahora se lamenta.

Las dudas planteadas por el recurrente con respecto al modo de realización del delito (doloso o culposo), no han sido estimadas como tales dentro del proceso, pues, aún desde la calificación, los funcionarios judiciales han declarado la forma de comisión dolosa (eventual) del homicidio, con fundamento en los testimonios de Rosa Elvia Pérez, Luz Marina Martínez, Ernestina Villamil y Alba Lucía Noreña, de acuerdo con los cuales el procesado reapareció en el establecimiento "haciendo disparos".

De esta manera, el cargo no puede prosperar.

Sobre los ataques por la vía de la causal primera de casación, el Procurador postula lo siguiente:

En cuanto al primer cargo, relacionado con el error de hecho por falso juicio de existencia, en el sentido de que supuestamente no se tuvieron en cuenta tres hechos indicadores que revelarían un comportamiento culposo y no doloso como finalmente fue calificado por las instancias, el Ministerio Público recuerda que esta forma de censura exige el desquiciamiento de todos y cada uno de los supuestos probatorios que apuntalan la sentencia, así como la expresión de la incidencia que frente a ellos tienen las pruebas omitidas, de tal manera que de haberlos tenido en cuenta, la decisión hubiese sido diferente. Como no se hace esta correlación, el minucioso y juicioso análisis de estos tres indicios, aparece como un punto de vista aislado de las conclusiones de las sentencias sobre el dolo eventual y como un criterio de personal oposición al judicial.

De todas maneras, agrega el Delegado, ni los hechos indicadores reseñados ni la inferencias lógicas que hizo el censor, introducen variación alguna en el grado de culpabilidad del sindicado, pues los fallos se asientan sobre una fiable prueba testimonial que señala cómo el procesado disparó indiscriminadamente a personas que se hallaban en un recinto cerrado y pequeño, actitud que revela el ingrediente del dolo eventual por la asunción de una ejecución peligrosa desplegada por un individuo que, gracias a su profesión, fácilmente podía tomar conciencia del grave riesgo de su actuación. Es intrascendente que el proyectil hubiese rebotado primero en el piso o en cualquier otra superficie dura, antes de interesar a la víctima, pues, dentro de la estructura del dolo eventual, tal era una de las varias posibilidades que debió prever el procesado.

En relación con el segundo cargo, que se refiere a la indebida aplicación del artículo 29 de la Ley 40 de 1993 y la exclusión consecuente del imperio del artículo 323 del Decreto 100 de 1980, al suponer que aquella norma sólo opera cuando se establece conexidad del delito de homicidio con uno de secuestro, el Procurador Delegado lamenta que el recurrente haya aportado una cita recortada de la sentencia C-565/93, por medio de la cual la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 1, 28, 29, 30 y 31 del Estatuto Antisecuestro.

En efecto, de acuerdo con el pertinente texto completo que resalta el Ministerio Público, la unidad de materia de la Ley 40 es evidente por la conexidad axiológica entre los bienes jurídicos de la vida y la libertad personal, que están en el mismo plano de importancia y supremacía, razón por la cual tanto para el homicidio como para el

secuestro el legislador podía imponer un incremento de los límites punitivos previstos en las figuras básicas de ambos delitos (arts. 1° y 29). Algo más: la sentencia C-565/93 en ninguno de sus apartes se refiere, ni de ella puede inferirse, a que la aplicación de la Ley 40 esté supeditada a conexidad del delito de homicidio con el de secuestro, "lo que deviene como obvio, si en cuenta se tiene que el artículo 29 de la citada norma introdujo una expresa modificación al artículo 323 del Decreto 100/80..." (fs. 31).

"Por último, considera la Delegada, que de aceptarse la tesis del casacionista habría necesariamente de concluirse que, la Ley 40/93 sólo es aplicable cuando el homicidio es agravado, pues si es requisito *sine qua non* para ello que se cometa en conexidad con el de secuestro, ineludiblemente hay que suponer o bien un concurso de delitos o bien un homicidio donde concurre la causal 2ª del art. 30 de la ley antisecuestro, en la medida en que se comete para 'preparar, facilitar o consumar otro hecho punible; para ocultarlo, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los partícipes', no siendo posible entonces predicarse su aplicación respecto del homicidio simple, lo que haría inaplicable la expresa modificación al art. 323 del Decreto 100/80" (fs. 32).

La última censura, que para el Delegado tampoco tiene éxito, está sustentada en la causal segunda, de acuerdo con la cual se peca de incongruencia entre la sentencia y la resolución de acusación, como quiera que en ésta se atribuyó a *Muñoz Carranza* el delito de homicidio contemplado en el artículo 323 del Decreto 100 de 1980, pero fue condenado con base en el artículo 29 de la Ley 40 de 1993. En relación con este cargo, el Procurador Delegado hace ver que la acusación se hizo por el delito de homicidio de que trata el Código Penal en su Libro Segundo, Título XIII, Capítulo I, artículo 323, sin deducir circunstancias de agravación ni abonar factores de atenuación, pero es entendido que esta cita se refiere a su contenido vigente para la época en que se cometió el hecho, que no es otra que el artículo 29 de la ley antisecuestro, modificación expresamente introducida al artículo 323 del Decreto 100 de 1980.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por cuanto el concepto de la Procuraduría Delegada propone una solución satisfactoria del recurso, tanto formal como materialmente, la Sala recogerá en sus premisas el contenido de sus reflexiones, y además adelantará otros juicios que precisan la decisión del recurso. En el mismo orden de los planteamientos recursivos, la argumentación fundante de este fallo puede presentarse de la siguiente manera:

A. *Primera demanda.*

Como la ley 40 de 1993 rige "a partir de su promulgación" (art. 40), la cual se produjo por su inserción en el Diario Oficial del día 20 de enero, entiende la Procuradora Trece en lo Judicial Penal que la vigencia de dicha ley sólo principia dos (2) meses después de promulgada (a partir del 20 de marzo de 1993), conforme con el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal, razón por la cual los hechos aquí debatidos, por haber ocurrido el 21 de enero, no pueden verse afectados por ese estatuto de un mayor rigor punitivo que el artículo 323 del Decreto 100 de 1980, que al fin y al cabo es la ley preexistente al acto que se imputa al procesado *Muñoz Carranza.*

Y el caso, en sentir de la recurrente, no está dentro de las previsiones excepcionales del artículo 53 del C. R. P. y M., dado que la ley en su texto no dijo "*que regía a partir de la fecha de su publicación*", que en tal evento podría coincidir con su inserción en el Diario Oficial (20 de enero).

La recurrente evidencia una confusión en el entendimiento del artículo 40 de la Ley 40 de 1993, cuando para precisar su "*vigencia y alcance*", señala que "La presente ley *rige a partir de su promulgación*, modifica y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias" (se ha destacado). El texto destacado no es una reiteración inútil de la primera prescripción general que hace el artículo 52 del C. R. P. y M. (Ley 4ª de 1913), según el cual las leyes no pueden regir antes de su promulgación, sino que se trata de la fijación expresa de la "***vigencia***" (de ahí la intitulación del artículo), que tiene como presupuesto y punto de partida la "promulgación". El mandato general del artículo 52 está dirigido al legislador y éste lo cumple, no mediante una repetición artificiosa en cada ley que se expida, sino con la precaución de que en concreto no se fijen fechas de vigencia *antes de su promulgación* -aunque sí después de ella-, pues resulta obvio que se quiere garantizar el conocimiento del texto legal por sus destinatarios, única manera de poner a salvo la preexistencia y la función instructora de la norma como puntales de la legitimidad en su aplicación, y de atemperar el rigor de la ficción de que el solo hecho de dicha publicación hace presumir el conocimiento de la ley por todos los asociados.

De modo que, armónicamente interpretados los artículos 52 y 53 del C. R. P. y M., la observancia de una ley "principia dos meses después de promulgada", cuando ella guarda silencio sobre esta materia, pues, si en su propio texto se destina una norma al tema de la "vigencia", sin duda es porque el legislador se aparta de dicha regla general y acude a las excepciones habilitadas por el segundo

precepto. De otra manera, se confundiría entonces la *promulgación* con la *vigencia*, dos instituciones vinculadas por el principio antecedente-consecuente, en la medida en que la ley no puede entrar en vigor antes de ser promulgada.

Son diversas las formas oracionales para fijar la fecha de vigencia de un precepto legal, con tal de que sean determinadas o fácilmente determinables, y en el caso de la ley 40 se puso como punto de partida de su regencia la promulgación, hecho jurídico claramente comprobable por la fecha de su inserción en el Diario Oficial. Por ello, resulta extraño el giro que, según la censora, debió utilizarse en el artículo 40, pues la *promulgación* de una ley no es nada distinto de su *publicación* en el Diario Oficial.

Ahora bien, visto que la ley 40 fue insertada en el Diario Oficial número 40726, correspondiente al 20 de enero de 1993, la promulgación se entiende consumada a la media noche de esa fecha (C. R. P. y M., arts. 52, inciso 2° y 60, inciso 1°), y entonces sólo a partir de la media noche del día 20 de enero comienza a regir la mencionada ley (art. 40), sobre todo porque su observancia no puede exigirse antes de que se conozca por obra de su promulgación o publicación en el Diario Oficial. La frase "a partir de", que no está incluida en el Diccionario de la Real Academia Española, se usa como semejante a las expresiones "desde o contando desde", que sí están incluidas en el Diccionario, y de ahí el sentido de la vigencia de la ley "desde su promulgación", pero claro cuando jurídicamente ésta se entienda consumada.

De este modo, como los hechos conocidos por medio de este proceso ocurrieron aproximadamente a las 10 de la noche del día 21 de enero de 1993, no queda duda de que el artículo 29 de la ley 40 del mismo año era la ley preexistente y aplicable al caso, razón por la cual no prospera el reparo por indebida activación de dicho precepto ni por falta de aplicación del texto original del artículo 323 del Decreto 100 de 1980, disposición esta que entonces ya había sido modificada por la nueva ley.

B. *Segunda demanda.*

1. En atención al principio de prelación de las censuras, según el cual deben evacuarse primero los reparos que en su proyección decisoria vuelven superfluos los demás, se abordará el estudio del segundo cargo, así:

El hecho en el cual se respalda el agravio consiste en que no se practicó una indispensable diligencia de inspección judicial al lugar del acontecimiento delictivo, ni tampoco se dio respuesta a la petición que en tal sentido elevó la defensa en la fase de la instrucción,

irregularidad ésta que lastima el principio de investigación integral y, por consecuencia, el ejercicio libre del derecho de defensa.

Desde luego que la inspección judicial y el examen de los testigos en el lugar de los hechos, son diligencias que pueden tributar mayor claridad en el conocimiento del funcionario judicial, sobre todo porque permiten estrujar eventuales precariedades en los momentos cognoscitivo y declarativo del testimonio, que de alguna manera mediatizan la percepción del investigador , y de ahí que no es conveniente que la práctica judicial las obvie, máxime si ha mediado petición de parte. También es clara la posibilidad de afrenta al principio de investigación integral y, por ende, al derecho de contradicción y defensa, cuando ni siquiera se responden las peticiones de prueba en favor del procesado. Sin embargo, ya para afrontar el recurso extraordinario de casación, la Sala ha sido enfática al exigir la demostración del vacío grave de convicción que genera la ausencia de la prueba que se echa de menos, dentro de un juicio de relación con los demás medios probatorios que apoyan la decisión atacada, pues no se puede pretender la construcción de otra verdad procesal, que como tal hace paralelismo, sin destruir dialécticamente la que está vigente por obra del ejercicio jurisdiccional; amén de que con la inspección judicial requerida, por ser una diligencia de investigación, no se puede garantizar anticipadamente un resultado positivo para los intereses del acusado, pues bien puede arrojar datos que simplemente confirman la información verosímil ya aportada por los testigos de cargo.

Esto se dice porque los fallos de instancia, con la debida motivación, han declarado suficiente la ilustración de los testimonios de *Rosa Elvia Pérez, Luz Marina Martínez, Ernestina Villamil y Alba Lucía Noreña* para reconstruir mentalmente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que actuó delictivamente el procesado, y consecuentemente también estimaron solvente el conocimiento así logrado para declarar sin duda que el comportamiento reprochado es doloso (a título de dolo eventual) y no culposo, como lo pretende el actor.

Y no sólo falta la anhelada demostración de la fuerza probatoria decisiva de la diligencia, así como de la fragilidad persuasiva del fundamento probatorio estimado por la sentencia, también se advierte de alguna manera contribución de la defensa al silencio de la judicatura sobre la petición incoada, dado que el abogado que procuró la revocatoria de la resolución de cierre de investigación para habilitar la práctica de la inspección judicial, fue el mismo que en la etapa del juzgamiento solicitó la práctica de pruebas y diligencias, entre las que no incluyó la que se echa de menos (fs. 317). De modo que, si la inspección era tan importante para los

propósitos de la defensa, su falta podía subsanarse en esa nueva fase del proceso, por medio de petición expresa de la diligencia, acorde con el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

A los fines de esta declaración de improcedencia de la nulidad, no importa que el abogado defensor de ahora sea diferente al que actuaba para la época en que se produjo la solicitud y la subsiguiente omisión judicial, pues se trata de una operación equívoca de la defensa técnica y cada profesional asume su encargo en el momento en el cual llega al proceso, pero el sujeto procesal sigue siendo el mismo, a pesar de los cambios en la persona que lo dinamiza. Desde luego que esta invocación de coherencia y lealtad en las actuaciones de los intervinientes procesales, no será una manera encubierta de eximir al funcionario judicial de sus facultades de investigación oficiosa, acorde con las cuales aquél podrá decretar pruebas de oficio para que la verdad procesal se aproxime al máximo a la verdad histórica y entonces prevalezca el derecho sustancial, porque de todas maneras tal potestad se ejerce precisamente cuando el funcionario aprecia necesaria la prueba o diligencia para tales fines y no por la mera conducencia de la misma.

2. El primer cargo de la demanda, dispuesto de manera principal, se presenta tras la invocación de la causal primera de casación, cuerpo segundo, y se fundamenta en un presunto error de hecho como falso juicio de existencia, debido a la falta de consideración de tres hechos indicadores que, de haberse estimado, sin duda inducen la conclusión de que el procesado actuó culposamente y no con dolo eventual.

Como estos hechos indiciarios ya fueron descritos y explicados en capítulo antecedente, de una vez la Sala emprende el estudio de la censura del siguiente modo:

Los hechos indicadores se han denominado por el recurrente como "la trayectoria del proyectil antes de ingresar en el cuerpo de la víctima y su recorrido dentro del mismo", el primero; "la pericia del acusado en el manejo de las armas de fuego", el segundo; y "la falta o carencia de motivos para que José Guillermo Muñoz Carranza causara esa muerte de manera intencional", el tercero. Si legalmente se determina que el hecho indicador debe estar probado (art. 302 C. P. P.), ello significa que el indicio ingresa al proceso por otros medios probatorios, aspecto que denota su carácter de prueba indirecta, aunque no es suficiente esa caracterización para negar su connotación de prueba directa por su mayor cercanía a los hechos investigados. En efecto, a manera de ejemplo, la huella de sangre está más próxima al crimen que el testimonio que da cuenta de la misma, a pesar de lo cual sólo a éste se le otorga tradicionalmente la categoría de prueba directa.

Pues bien, esta distinción jurídica se hace para mostrar la equivocidad del cargo formulado por esta vía, pues no se sabe si los tres hechos indicadores no fueron estimados como consecuencia de la ignorancia de las respectivas pruebas que los contienen (fuente), o si en realidad éstas fueron apreciadas pero no se tuvo en cuenta que eran portadoras de dichos indicios. Si ocurrió lo primero, el sentido del ataque es por el error de hecho como falso juicio de existencia, pero en relación con la prueba fuente, que bien puede ser el dictamen de necropsia, la versión del procesado o los testimonios, y no de cara a los indicios que ella revela. Mas si ocurrió lo segundo, la censura sólo tiene cabida por el error de hecho como falso juicio de identidad, en la medida en que se habría recortado arbitrariamente el contenido fáctico de las pruebas.

Con todo, tampoco es cierto que las sentencias de instancia hayan omitido en su apreciación tales hechos indicadores, pues, en relación con el primero y el segundo (proyectil deformado y heridas y habilidades y experiencia del procesado), el fallo de segundo grado consideró expresamente lo siguiente:

"... El señor defensor en la sustentación oral, alega que la conducta no fue dolosa sino culposa. *Advera que el proyectil antes de ingresar a la víctima, sufrió una deformación la cual sólo es posible a consecuencia de un rebote contra otro objeto sólido y más duro;* que no es posible que hubiese entrado disparando (Guillermo) hacia determinadas personas y como se dice a la loca, lo cual resulta incongruente por su capacidad para el manejo de armas. Asumió fue una actitud defensiva ante la actitud también defensiva de Danilo Gaitán.

"La Sala no está de acuerdo con este planteamiento pues los testimonios recepcionados merecen como se dijo toda credibilidad y descartan la legítima defensa en favor del procesado. En cuanto al dolo eventual 'se caracteriza por la circunstancia de que el autor prefiere la ejecución peligrosa a pesar de concurrir la posibilidad de producción del resultado, a la renuncia total a la acción' (Maurach, citado por Estrada Vélez. Derecho Penal 1.981, pag. 322); y los renombrados testimonios han demostrado que el sindicado entró disparando en forma indiscriminada hacia el interior de las residencias el Danubio. *Siendo el acusado un suboficial de la policía nacional, experto por ende en el manejo de armas de fuego, bien sabía y conocía a la perfección lo peligroso al disparar a un grupo de personas y sin embargo así lo hizo, luego su conducta indudablemente es dolosa*" (cuaderno 2ª instancia, fs. 30 y 31. Se ha subrayado lo que el actor caprichosamente dice que se omitió).

En cuanto al tercer hecho indicador, que se hace consistir en la falta de suficientes motivos para causar intencionalmente la muerte, por cuanto el procesado no conocía antes de los hechos a la víctima, el Juez de primera instancia lo estimó de la siguiente manera:

"*En efecto, en el caso que nos ocupa, ni José Guillermo Muñoz, ni su hermano Gabriel, conocían con anterioridad a los hechos, ni a Luisa Fernanda Franco Lozano, ni a José Danilo Gaitán González, por lo tanto no tenían motivos para haber pretendido matarlos.* Lo que ocurrió fue que luego de la primera trifulca con *Jaime Ortiz Linares y Rosa Elvia Pérez* sí huyeron y estuvieron alejados algunos minutos, durante los cuales fraguaron el vengar las heridas sufridas por *Gabriel*, y este fue el segundo suceso, en que *José Guillermo Muñoz*, quien como suboficial de la Policía que era, debía conocer la consecuencia de disparar hacia un grupo indeterminado de personas, y aún cuando pudiera no haber querido matar a *Luisa Fernanda Franco*, hizo propia tal eventualidad, la admitió tácitamente y se comprometió en ella" (fs. 439, cuaderno original). Y más adelante agrega: "*El despacho no pone en duda en el caso que nos ocupa que la intención o voluntad específica de matar a Luisa Fernanda Franco y a José Danilo Gaitán estaba ausente del comportamiento de los procesados, ya que no los conocían*, pero como se sabe, el resultado subordinado (no deseado) en el dolo eventual es probable, y si se continúa con la conducta principal querida y realizada por el actor, a sabtendas de tal posibilidad, equivale a aceptar el resultado que en principio no se quiere" (fs. 448. Se ha destacado lo que arbitrariamente dice el actor que se soslayó).

Se concluye entonces, por lo que se deja transcrito, que los fallos de instancia no desconocieron los mencionados hechos indicantes, por el contrario, sí los apreciaron pero indujeron de ellos datos diversos de aquéllos a los que aspiraba la defensa. Si esto se ha constatado procesalmente, la censura no sólo es insubstancial sino que se ocurre aún más dilógica, pues parece que el error ya no se radicaría en las pruebas que sirven de fuente al indicio, ni en la declaración de existencia del hecho indicador, sino que estriba en una diversidad en la inferencia inductiva, que para el actor debió ser la del comportamiento culposo, mientras que para los falladores lo fue la de la conducta dolosa en forma eventual.

3. El tercer cargo se relaciona con la violación directa de la ley sustancial, dado que se aplicó indebidamente el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, en perjuicio de la norma procedente que era el artículo 323 del Decreto 100 de 1980. El error se sitúa porque el primer dispositivo sólo se aplica en eventos de conexidad del delito de homicidio con el de secuestro.

Como para respaldar la crítica se trajo a colación un aparte de la sentencia C-565 de 1993, obra de la Corte Constitucional, la Sala hace suyas las reclamaciones que hace el Procurador Delegado sobre la fidelidad y extensión pertinente en las citas que decida traer el recurrente. En efecto, si se asume el texto completo que reproduce el Ministerio Público, tiénese que en uno de los apartados del fallo, la Corte se refiere a la "conexidad axiológica" entre los *bienes jurídicos* de "la vida, la libertad personal, la dignidad, la familia y la paz, entre otros" (no a la conexidad de delitos), que se lesionan de manera grave y por igual en los delitos de secuestro y homicidio, y es tal fenómeno vinculante lo que permite pregonar la "unidad de materia" de la Ley 40/93 y, a la vez, justifica el incremento punitivo para cada una de las figuras delictivas básicas en cuestión (arts. 1°, 2°, 29 y 30). En otro párrafo, la Corte Constitucional menciona cómo en muchos eventos, lamentablemente, a la víctima le "sobrevienen la muerte o lesiones personales por causa o con ocasión del secuestro", con el definido propósito de mostrar allí la intensificación del daño o la extensión del mismo a otros bienes jurídicos, y justificar de esta manera las circunstancias de agravación previstas en los numerales 7 y 11 del artículo 3° de la Ley 40.

De verdad que son francamente pluriofensivas las arrogantes y conmovedoras modalidades del secuestro y el homicidio que soporta nuestro país, de tal envergadura que a una persona víctima de la aprehensión violenta no sólo se le lesiona la libertad en su más compleja dimensión, sino que de una vez se le pone en grave riesgo su vida, su dignidad y su integridad familiar, y he ahí la razón de conexidad valorativa que resalta la Corte Constitucional. De igual manera, una razón de coherencia interna del orden jurídico-penal, llevó al legislador a equiparar las penas del secuestro extorsivo y el homicidio simple, lo mismo que las del secuestro extorsivo-agravado y el homicidio agravado, dado que político-criminalmente era parificable el reproche por estos dos graves atentados contra la vida y la libertad personal.

Adicionalmente, la Sala advierte una clara sistemática en la Ley 40 de 1993, por medio de la cual no sólo se dictó el "Estatuto Nacional contra el secuestro", sino que se adoptaron "otras disposiciones" axiológicamente conectadas con las primeras; tales como el aumento de penas en su configuración general como el incremento punitivo relacionado con algunas figuras delictivas de la parte especial (homicidio, simple y agravado, y extorsión). Además, como lo recuerda el Procurador Delegado, si las penas para el homicidio previstas en la Ley 40 sólo operan en casos de conexidad con el delito de secuestro, a sabiendas de que tal situación

compleja está directamente regulada en los artículos 3°, numerales 7 y 11, y 30, numeral 2° de dicho estatuto, se llegaría a la conclusión absurda de que el artículo 29 de la misma ley no tendría aplicación en la práctica.

4. La cuarta y última censura, se asienta sobre la causal segunda de casación, porque, según el pensamiento del recurrente, la sentencia no fue adoptada en consonancia con los cargos presentados en la resolución de acusación, pues, mientras en la fórmula acusatoria se calificó el hecho como homicidio simple previsto en el artículo 323 del Decreto 100 de 1980, la condena se emitió conforme con el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, norma esta que no fue discutida en el juicio y sobre la cual obviamente no se propició la defensa.

Es obvia la importancia de la resolución de acusación en el proceso penal colombiano, como que representa el punto de partida del debate público del juicio y el anuncio de las modalidades que revestirá la satisfacción de la pretensión punitiva, razón por la cual se exige suma precisión y claridad en los cargos para facilitar la contradicción y para que la defensa avance unívocamente. Para estos fines, el artículo 442 del C. de P. P. dispone las formas básicas del proveído acusatorio, entre las que se destacan, por su relación con el tema discutido, la primera que exige una narración sucinta de los hechos investigados, "con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen", y la tercera, por demandar una "calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal". Este último requerimiento formal debe matizarse con el requisito sustancial de la demostración de la ocurrencia del hecho delictivo (art. 441 *idem*), de tal manera que siempre habrá de contener dicha resolución el proceso de subsunción de la conducta circunstanciada en los respectivos tipos legales, sin que sea imperativo citar la pena correspondiente.

Así entonces, el fiscal calificador correctamente hizo el proceso de adecuación típica de la conducta (que es el del artículo 323 original del Código Penal y se reitera en la reforma introducida por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993), pero erróneamente se refirió a un marco punitivo que había sido derogado antes de que ocurriera el hecho delictivo investigado (de 10 a 15 años de prisión), menospreciando el ámbito de punibilidad vigente para el homicidio simple (de 25 a 40 años).

Aunque los jueces (no los fiscales) detentan una facultad discrecional para medir la pena en la sentencia, la aplicación de la ley preexistente y vigente es un objeto indisponible para ellos, salvo

la favorabilidad cuando el hecho ocurre en vigor de una ley penal anterior más benigna, caso en el cual ésta se aplicará de preferencia (Const. Pol., arts. 29 y 230 y C. P. P., arts. 1° y 10). Además, dicha discrecionalidad judicial jamás puede superar los límites mínimos y máximos de pena establecidos para cada figura delictiva, en homenaje al principio de reserva legal que rige la materia (sólo el legislador los puede variar) y al de sometimiento de los jueces a la ley.

De modo que la cita del artículo 323 del Código Penal en la resolución de acusación le cumple a los fines de la congruencia, supuesto que no quedaba duda sobre los elementos estructurales del cargo de homicidio simple que el procesado debía encarar en el juicio, mas resulta irrelevante el error en la mención de los límites legales de la pena imponible, ya que ello no induce a equivocaciones en la contradicción de los cargos y en la defensa, ni es asunto que dependa de la voluntad del juez, mucho menos del fiscal, sino de la ley. En la materia del marco legal de la pena, las decisiones judiciales no son constitutivas de esos límites sino recognoscitivas de lo que sobre el particular dispone la ley.

En este orden de ideas, todas las censuras son improcedentes y así se declarará en esta sentencia.

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:

Desestimar los cargos formulados contra la sentencia en las demandas de casación presentadas por la Procuradora Trece en lo Judicial-Penal y el defensor del procesado *Muñoz Carranza*.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougues* (no firmó), *Juan Manuel Torres Fresneda*.

Jose Ignacio Talero Lozano, Conjuez (no firmó)

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION - Cambio de jurisprudencia

Conforme al criterio mayoritario de la Sala, el cambio jurisprudencial debe referirse al criterio que sustentó todo el fallo y, por lo tanto, debe tener como consecuencia que la sentencia condenatoria devenga absolutoria y no simplemente que se reconozca una causal de atenuación o se suprima una de agravación. Cualquier pretensión distinta a derribar la condena revela falta o, por lo menos, insuficiencia de interés y, por ende, es improcedente.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal Santafé de Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda.*

Proceso No. 12364 Aprobado acta N°132

VISTOS

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve sobre la admisibilidad de la demanda que en acción de revisión instauró la Procuradora 86 Judicial en lo Penal, en el proceso adelantado contra *Jorge Orlando Barrientos Betancourt,* condenado como autor de los delitos de hurto agravado y calificado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

LA DEMANDA

La señora Procuradora asevera que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia del 16 de enero de 1995, condenó al procesado Barrientos Betancourt a la pena principal de 28 meses de prisión, como autor de los delitos precedentemente señalados, concediéndole la legal rebaja de punitiva, por haberse acogido a la sentencia anticipada.

Posteriormente agrega:

"2°. La Corte Constitucional mediante Sentencia C-070 de febrero 22 de 1.996, resolvió declarar la exequibilidad del numeral 1o. del artículo 372, siempre y cuando la expresión "Cien mil pesos" se

entienda en términos del valor constante del año de 1.981, equivalente a 18.83 salarios mínimos legales vigentes.

"3º. Como quiera que a la época en que ocurrieron los hechos (Agosto 22 de 1.994) el salario mínimo mensual estaba en *noventa y ocho mil setecientos pesos m/cte.* ($98.700.oo), que al ser multiplicado por 18.83, nos daría un equivalente a *un millón ochocientos cincuenta y ocho mil quinientos veintiún pesos* ($1.858.521.oo), suma superior a los *cien mil pesos* ($100.000), que se tomaron como base para imponer el agravante del numeral 1o. del artículo 372 del C.P., para aumentar la pena impuesta en OCHO (8) meses, cifra que debe actualizarse, en razón al principio de favorabilidad (Art. 6º De C.P.)."

Los objetos hurtados, dice, fueron avaluados en doscientos mil pesos, cifra que está muy por debajo al equivalente correspondiente para el año de 1984.

Por lo anterior, concluye la libelista que la pena impuesta al sentenciado debe rebajársele en ocho (8) meses, la que le fue deducida como agravante por el numeral 1º del artículo 372 del Código Penal.

Como fundamentos de derecho de su petición cita los artículos 232-6, 233, 234 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Anexa la sentencia C-070 del 22 de febrero de 1.996 y copias de las sentencias de primera y segunda instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La acción de revisión por ser un medio para el levantamiento de la inmutabilidad e intangibilidad de las decisiones amparadas por la cosa juzgada, en procura de una decisión materialmente justa, debe someterse a los taxativos motivos señalados en la ley.

Quiere decir ello que los argumentos exhibidos por el actor han de estar soportados en cualesquiera de las hipótesis que establece el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal. En lo que concierne a la causal invocada, es menester que se cumplan los siguientes requisitos:

Que se trate de pronunciamiento judicial en el que se haya cambiado *favorablemente* el criterio que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria. "La norma en cita consagra la aplicación retroactiva de la jurisprudencia favorable, pero limitándola únicamente a pronunciamientos judiciales de la Corte ..." (Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto . Rad. 8800. Revisión Octubre 14/93).

Que tal pronunciamiento provenga de la Corte Suprema de Justicia y por vía jurisprudencial, no pudiendo, por ende, ser de ninguna otra entidad judicial, "por cuanto, en su especialidad penal, es la máxima autoridad judicial y sus pronunciamientos son unívocos, lo que no necesariamente sucede al nivel de Tribunales Superiores o Juzgados.

La anterior afirmación no surge simplemente como una reflexión jurisprudencial sino que es una decisión de carácter legislativo cuando en el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal se señala entre los fines primordiales de la casación "... la unificación de la jurisprudencia nacional" (Sentencia octubre 8 de 1995, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas).

El criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria debe ser de la Corte Suprema de Justicia, pues ella es la única fuente de producción de jurisprudencia penal y se trata de una modificación de la misma hecha con posterioridad al fallo cuya revisión se pretende. En consecuencia, se trata de que la condena se base en un determinado criterio del tribunal de casación y que éste lo cambie en sentido favorable.

Al respecto ha sostenido la Sala "... porque cuando el precepto remite a un pronunciamiento judicial que ' haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria ', solo se puede referir a los que emite la Corte Suprema de Justicia, pues es a ella a la que le concierne dentro de la jurisdicción ordinaria esa labor unificadora a la que se ha aludido en precedencia" (M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, diciembre 2 de 1996, Rad. 12.314).

Conforme al criterio mayoritario de la Sala, el cambio jurisprudencial debe referirse al criterio que sustentó todo el fallo y, por lo tanto, debe tener como consecuencia que la sentencia condenatoria devenga absolutoria y no simplemente que se reconozca una causal de atenuación o se suprima una de agravación. Cualquier pretensión distinta a derribar la condena revela falta o, por lo menos, insuficiencia de interés y, por ende, es improcedente.

Frente a lo expresado fácil resulta evidenciar el desatino de la libelista respecto de la comprensión del numeral 6º del artículo 232 ibidem y su deficiente interés pues, reiteramos, cuando del cambio jurisprudencial se trata es preciso que las bases jurídicas de las conclusiones de la sentencia varíen de tal forma que conduzcan necesariamente a la absolución de quien en su momento fue condenado.

Dentro de nuestro sistema procesal la naturaleza de esta causal es la de ser un instrumento para el derrumbamiento total del fallo y no para lograr la atenuación punitiva, pues la revisión opera en un momento procesal posterior a la decisión definitiva que, como tal, está amparada por la inmutabilidad de la cosa juzgada, que es garantía de seguridad jurídica en un Estado de Derecho , sin que se comparta el argumento de que una interpretación teleológica del precepto conduciría a la opinión contraria, pues ello llevaría a la desnaturalización de esta acción y al resquebrajamiento del sistema jurídico.

Si se pudiera lograr la atenuación de la responsabilidad se estaría disponiendo de una decisión a la que el ordenamiento jurídico le ha otorgado la calidad de indisponible.

Por lo tanto, aquellos aspectos colaterales al fallo condenatorio no son objeto de la causal de revisión en estudio, en la medida en que la misma norma se encarga de excluirlos, al precisar que el pronunciamiento judicial de la Corte Suprema de Justicia cambie favorablemente "el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria", en forma tal que no está contemplada la posibilidad de atenuar la responsabilidad, siendo la única alternativa la de condena - absolución.

Las causales de revisión son excepcionales y de interpretación restrictiva, pues lo contrario atentaría contra la seguridad jurídica, presupuesto necesario del orden jurídico y de la paz social.

Al respecto, mayoritariamente ha sostenido la Sala:

"Tanto fue así el querer del legislador, que da por descontado que al removerse la decisión revisada, surge como consecuencia imperiosa el otorgamiento de la libertad del procesado (art.241 C. de P.P.): 'En el fallo en que se ordene la revisión, la Sala decretará la libertad provisional de procesado ...', la liberación inmanente al cambio de condena por absolución, pero no necesariamente generable, de una eventual revisión que simplemente admita atenuante, suprima agravantes o conduzca a una nueva dosificación punitiva favorable, manteniéndose vigente la condena" (Auto del 29 de febrero de 1996, M.P. Drs. Carlos E. Mejía Escobar y Nilson Pinilla Pinilla).

Así entonces, como lo que se pretende es modificar el quantum punitivo, tema éste ajeno a la acción de revisión y, además, la jurisprudencia invocada no proviene de la Sala de Casación Penal de la Corte, se rechazará la demanda propuesta por la Procuradora 86 Judicial en lo Penal del Tribunal Superior de Cúcuta.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de revisión propuesta por la Procuradora 86 Judicial en lo Penal ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el proceso que por los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de defensa personal se adelantó contra *Jorge Orlando Barrientos Betancourt*.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Mario Montilla Nougues* (no firmó), *Juan Manuel Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

12364 ACLARACION DE VOTO

No obstante estar de acuerdo con la decisión en el sentido de denegar la acción de *revisión*, como ya he tenido la oportunidad de manifestarlo en oportunidad anterior respecto de un caso similar, no me asiste el mismo criterio sobre las razones jurídicas que la motivan; por ello, con el debido respeto, me veo en la necesidad de hacer constar mi disenso con el expuesto por la Sala Mayoritaria, así:

1. Si bien, aquí la discrepancia conceptual se centra en un punto de técnica-jurídica relacionada con una temática altamente especializada en nuestra práctica penalística, creo que esta sólo es consecuencia de una premisa precedente a la específica función hermenéutica de la acción de revisión y menos de la causal objeto de la decisión que ahora ocupa a la Corte, pues el sentido que se fije frente a esta problemática, necesariamente depende de los supuestos filosóficos, jurídicos y políticos que profesemos respecto del derecho penal, ya que de ellos dependerá el sentido que se les dé a los contenidos normativos a aplicar en un momento dado.

2. En efecto, trátese del derecho penal estrictamente sustantivo o del procesal, que como la doctrina universal lo reconoce hoy en día, nada tiene de adjetivo en sus fundamentos es lo cierto que una insoslayable premisa se impone para establecer el contenido y alcance de los diversos institutos que lo integran, esta es, la de no equiparar ley penal con derecho penal, toda vez que, aquélla sólo es una parte de éste, pero no lo agota, pues constituye únicamente su sustento normativo pero nunca suple todo su ámbito científico, cuya riqueza precisamente se la imponen inescindiblemente los contenidos filosóficos, políticos, históricos, económicos y sociales en los que la norma positiva se inspira y los cuales yacen latentes en el conflicto por solucionar y por ende, de imposible desconocimiento por quien lo conceptualiza.

3. En estas condiciones, por más que se trate de un instituto procesal tradicionalmente caracterizado entre nosotros como de aquellos estrictamente técnicos, es indudable que estas exigencias no pueden llegar al extremo de hacer sucumbir los avances

legislativos que en estricta armonía con la nueva Carta Política traslucen claros reconocimientos de justicia, como sucede con la causal sexta de la acción de revisión, de conformidad con la cual, procede para aquellos casos en que haya cambiado favorablemente la jurisprudencia que sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria haciendo tabla rasa, de un lado, de las incontenibles transformaciones sociales, y de otro, de los cambios normativos que al recuperar la supremacía del derecho sustancial ante el formal imponen averiguar en el proceso interpretativo: el por qué y el para qué de la norma, pues sus respuestas necesariamente nos conducen a desentrañar el real sentido jurídico social de la misma.

4. Así, es evidente y no se nos escapa a la vista, que toda una teorización, por demás antigua, puede justificar la tesis mayoritaria de la Sala, como que corresponde a una ya pretérita elaboración jurisprudencial y doctrinal sobre esta acción, conocida en las legislaciones anteriores como recurso extraordinario; sin embargo, y sin desconocer que por este carácter excepcional las exigencias técnicas para su procedibilidad deben ser mayores que si se tratase de una impugnación ordinaria, es también lo cierto que, estrictamente sobre esta nueva causal de revisión se carece de antecedentes interpretativos que, nos auxilien para establecer su alcance, o que en alguna forma nos aten a una determinada hermenéutica, pues como es sabido, se trata de una de las importantes innovaciones del actual Código de Procedimiento Penal y de avanzada de la legislación comparada, imponiéndose por tanto una interpretación consonante con la naturaleza del instituto, de la causal en especial y desde luego de la nueva Carta Política, y de la insospechada política penal y criminal que en los últimos años viene sorprendiéndonos con un máximo derecho penal que no ha encontrado una razón de ser distinta que la de un inusitado y casi permanente aumento de penas privativas de la libertad, la cual nos parece que hoy menos que nunca puede ser la estrictamente literal.

5. En efecto, la precitada causal sexta textualmente dispone que la acción de revisión procede contra las sentencias legalmente ejecutoriadas, entre otros casos, cuando mediante pronunciamiento judicial la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria", y entiende la Sala mayoritaria que ante una tal disposición sólo es posible pretender por parte del accionante la invocación de una jurisprudencia favorable que implique inexorablemente la obtención de una sentencia absolutoria, es decir, que no es posible invocar esta causal para pretender demostrar que el cambio de criterio jurídico por parte de la Corte, modifica favorablemente la interpretación sobre una causal de atenuación punitiva u otro instituto

que haya sido sustento de la tasación final de la pena, como creemos que es lo que corresponde a una interpretación que trascienda de lo gramatical hacia lo teleológico, pues hoy habría que afirmar con don Luis Jiménez de Asúa que no es cierto que la interpretación literal deba criticarse, ya que debe susbsistir sino que el error consiste en quedarse en ella, habida cuenta que lo que corresponde científicamente al derecho penal es partir de ahí para avanzar hacia lo teleológico.

6. Es cierto que literalmente la ley se refiere a la sentencia condenatoria, pero lo es también, que ésta clase de decisiones no constituyen únicamente un acto procesal de carácter formal en el que la declaración de responsabilidad penal se quede en el campo de lo abstracto como medio ejemplarizante para la sociedad y para el propio procesado, a la manera de prevenciones general y especial, sino que el contenido de éste no es ninguno distinto a la imposición de una pena y allí precisamente se encuentra el contenido material y jurídico de la expresión "sentencia condenatoria", que dispone la causal en comento, pues es esta la consecuencia jurídica principal que conllevan los tipos penales actualizados por quien siendo imputable realiza antijurídica y culpablemente la conducta allí descrita, por utilizar la conocida expresión y conceptualización de Binding al criticar el usual lenguaje de infractor que desprevenida e indistintamente ha utilizado y continúan utilizando los penalistas en su praxis.

7. Siendo, así, que la sentencia condenatoria presupone una declaración de responsabilidad penal y que ésta conlleva la imposición de una pena, no nos queda duda alguna respecto a que si ella se impone no solo por el tipo básico sino también por las circunstancias específicas agravatorias que lo integran, e inclusive por las genéricas, ya que todas inciden en el quantum punitivo, el cambio jurisprudencial sobre cualesquiera de estas regulaciones normativas es posible invocarlo por la vía de la causal sexta de revisión, pues todas ellas fueron fundamento de la pena impuesta y desde luego objeto de la condena. Es que sería un contrasentido que mientras dogmáticamente la circunstancia de agravación específica integra el tipo básico y la pena se imponga por esta adecuación integral, para efectos de la acción de revisión no se reconozca que también se condenó y se impuso pena por estas específicas circunstancias punitivas.

8. En el derecho penal actual, es por todos conocido, que los movimientos doctrinarios mas avanzados trabajan insistentemente porque al ser la pena la razón de ser del derecho penal sea estudiada como incontrovertible sustento del mismo, esto es, como su fundamento antes que los demás institutos dogmáticamente establecidos

frente al concepto del delito, y si esto es así, tampoco es entendible que mientras en la teoría reciba una importante argumentación y sustentación, además de ser de buen recibo históricamente esta posición, en la práctica se entre a desconocer el contenido material de la sentencia condenatoria, que principalmente se constituye en el medio para la imposición de la pena.

9. Y, es que, sobre análisis interpretativos como el que inspira nuestra aclaración de voto, en verdad que habría que aspirar a un pronto cambio de jurisprudencia, toda vez que no se trata de una simple discusión conceptual sobre teóricos campos dogmáticos, sino nada mas y nada menos que sobre la pena que se le ha impuesto a un procesado y que no obstante aceptarse por parte de la Corte que en su criterio ya un determinado aumento punitivo no debe imponerse, no procede el cambio jurisprudencial porque por importante que sea ese quantum punitivo no da origen a la absolución, cuando stricto sensu si se aplicase la jurisprudencia favorable, es la verdad que el incriminado no debería estar condenado por todas las conductas objeto de imputación, o en fin, por todos los sustentos normativos que le sirvieron de base para la imposición final de la pena.

10. Finalmente, hemos dicho que la interpretación de la ley no puede ser abstracta sino que debe reconocer la realidad en la que fue expedida y en la que va a ser aplicada; de ahí que, no puede desconocerse que nuestro sistema de penas no corresponde a previos y serios estudios político criminales que expliquen empíricamente sus límites legales, llegándose a caracterizar por importantísimos aumentos no solo respecto a los tipos penales básicos sino precisamente respecto de las circunstancias de agravación específicas, como sucede, y quizá sea el ejemplo mas claro al respecto con la ley 40 de 1.993, de conformidad con la cual el homicidio simple cuya pena oscila entre 25 y 40 años de prisión puede aumentarse hasta 60 años por la concurrencia de alguna circunstancia específica de agravación. Entonces, cómo puede hacerse primar toda una perfecta argumentación teórica sobre la acción de revisión so pena de sacrificar el contenido material de la norma, y ante todo el contenido material del derecho penal?. Ojalá no se éste puliendo un verso para sacrificar un mundo.

Carlos Augusto Galves Argote

Fecha ut supra

Por estar totalmente de acuerdo con las presentes consideraciones me adhiero a la anterior aclaración de voto.

Carlos E. Mejía Escobar

ABUSO DE AUTORIDAD/ ABUSO DE FUNCION PUBLICA

En el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, en el asesoramiento y otras actuaciones ilegales y en el abuso de función pública, es requisito para su comisión que la gestión indebida del servidor público constituya un acto de abuso de sus propias atribuciones o de usurpación de otras que no le correspondan.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Proceso No. 12728 Aprobado Acta No.132

VISTOS

Decide la Sala si hay lugar a la apertura de instrucción respecto de los hechos denunciados por Humberto Correa Hurtado. Cristian Caicedo y Félix Murcia Velazco en contra del Representante a la Cámara *Jorge Olaya Lucena.*

ANTECEDENTES

1. Expresan los denunciantes que para el dia tres (3) de septiembre de 1.996, se posesionó como Gerente Regional del Incora del Caquetá la doctora Olga Leonor Arenas de Silva, acto que disgustó al Representante *Jorge Olaya Lucena* quien así lo hizo saber por los medios de comunicación locales, al aseverar que ese era un cargo que el Gobierno del Presidente Samper había arrebatado al partido liberal, expresando por las Emisoras, Caracol Florencia, Armonías del Caquetá y R.C.N. Caquetá, haber enviado a la Gerencia General del Incora una terna compuesta por Mario Varón, Jair Aldana e Irene Rojas de Méndez, para su reemplazo.

Señalan que es tanto el tráfico de influencias ejercido por el parlamentario, que ha generado en los periódicos escritos titulares como " Raponazo en el INCORA del Caquetá" el "INCORA sin dios ni tierra".

En desarrollo de estos hechos, predican, el imputado prevalido de su investidura ha invocado públicamente sus influencias para obtener el cargo de Gerente Regional del *INCORA* para uno de sus áulicos, vulnerando en su recorrido el precepto contenido en el art. 147 del Código Penal.

Para demostrar los cargos, al libelo de denuncia adjuntaron un ejemplar del diario La Nación publicado el 27 de noviembre de 1.996, y anunciaron un cassette conteniendo las declaraciones del imputado hechas en el mes de noviembre de ese año en R.C.N. y en el noticiero 6 a.m. el cual no fue recibido por la Corte.

2. Al conocer de la denuncia la Fiscalía 2a. adscrita a la Dirección Seccional de Fiscalías de Caquetá, ante su evidente incompetencia, la remitió a esta Corporación.

3. Sorteado el asunto se obtuvo constancia de la Secretaría General del Congreso que establece la calidad de representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento del Caquetá, del señor *Jorge Olaya Lucena*, cargo del cual tomó posesión el 31 de julio de 1.995, en reemplazo del doctor Rodrigo Hernando Turbay Cote a quien le fuera suspendida su condición congresional, entrando a formar parte de la comisión 4a. Constitucional Permanente, funciones que hoy desempeña.

4. Con el objeto de determinar si hay lugar al ejercicio de la acción penal, la Sala dispuso el adelantamiento de investigación previa, obteniendo el recaudo de las siguientes pruebas:

4.1. Por iniciativa del Representante *Jorge Olaya Lucena* se le escuchó en versión libre en la que afirmó haber recibido una llamada del entonces Director Regional del Incora doctor Javier Rojas para enterarlo de su insubsistencia, y rogarle que averiguara ante la Gerencia General los motivos del acto. Agrega, que al siguiente día tuvo comunicación con la doctora Otilia Dueñas de Pérez quien le comentó que la razón del cambio radicaba en la reorganización que adelantaba en la entidad, por lo que tuvo necesidad de prescindir de algunos de los Gerentes Regionales. El congresal le hizo notar a la funcionaria su desacierto al designar a un conservador para un cargo que venía desempeñando un liberal, y como ese comentario también lo realizó ante los diversos medios de comunicación del Caquetá, tal actitud le mereció ser denunciado por tráfico de influencias.

Añade el aforado que posteriormente le envió a la Gerente del INCORA las hojas de vida de Mario Varón, Jairo Aldana e Irene Rojas de Méndez, las que no fueron consideradas en razón de que la doctora Olga Arenas de Silva aún se desempeña como Directora

Regional. Explica que el ánimo que lo inspiró no fue otro que el de resolver los problemas de los que adolecía su partido, pero nunca el de buscar beneficio personal ni de terceros.

4.2. Amplió la denuncia Humberto Correa Hurtado resaltando la insistencia del imputado para obtener la remoción del cargo de la doctora *Olga Arenas;* usando los medios de comunicación hablados y escritos para pregonar que el cargo pertenecía a un liberal y asegurando haber dirigido una terna a la Gerente General, actos que el declarante califica como de tráfico de influencias. Sin embargo, admite no constarle que por esos actos el aforado hubiese recibido, hecho dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva.

4.3. En términos análogos declara el también quejoso Félix Antonio Murcia Velázco, cuando atribuye al Representante el abuso del fuero para disputarse los puestos públicos en el Departamento de Caquetá, requiriendo públicamente como cuota de su partido la dirección Regional del Incora, actitud reprochable, cuando los cargos públicos deben ser manejados de manera razonable, ponderando las condiciones y capacidad de las personas y no las influencias políticas. Finalmente dice desconocer si por estos actos pidió dinero o dádiva en favor propio o de otro.

4.4. A su turno Cristian Caicedo Estupiñán amplía su denuncia y censura al aforado por intentar el cambio de la Directora Regional del Incora con el argumento trivial de que hace parte de su movimiento político, criterio que riñe con el plausible de seleccionar a los servidores públicos sin importar su filiación política, consultando sus valores éticos, su profesionalismo y su capacidad humana. También dice desconocer si con esta actitud el doctor *Lucena* aspiraba a obtener alguna retribución, o si pidió, o hizo prometer para él o para un tercero dinero o alguna clase de prebenda.

4.5. Con actitud acusadora compareció al proceso la doctora Olga Leonor Arenas de Silva quien se muestra conocedora de los sucesos y relata que el imputado efectivamente lanzó por los medios de comunicación afirmaciones como "la gerencia del Incora de Caquetá es para un liberal Turbayista y lo que se ha configurado con la designación de *Olga Arenas de Silva* es un raponazo que se hace al liberalismo" de las que extrae la angustiosa condición de pérdida de poder como de prerrogativas que sentía con su designación.

Como de tráfico de influencias cataloga el comportamiento del congresista por utilizar su poder parlamentario sin recato, profiriendo ante los medios de comunicación radiales, escritos o

públicos, afirmaciones como aquella de: "ya entregué la terna a la Gerente General para el cambio inmediato de la Gerente Regional".

4.6. En su calidad de Fiscal de la *ANUC*, Octavio de Jesús Ordóñez dice haberse enterado de la destitución de Javier Rojas Gallego como Gerente Regional del Incora, con beneplácito, debido a las quejas que había presentado contra él por el tinte politiquero que venía imprimiendo a su gestión. Afirma que por conducto de la Directora General y de la Ministra de Agricultura supo de la oposición que ejercía el aforado contra el nombramiento de la doctora Olga Arenas de Silva, reiterada por aquel en los medios de comunicación, por lo que decidió brindarle por escrito su apoyo a recién designada. No sabe si el congresista percibió algún beneficio por esta conducta, pero lo que sí dice conocer, es que para los meses de septiembre y noviembre de 1.996, se paseaba por las oficinas del Incora y del Ministerio del Interior utilizando su investidura para exigir el cambio de la Gerente Regional.

5.6. El sacerdote Alvaro Serna Alzate dijo ignorar sobre el posible tráfico de influencias imputado al congresista *Jorge Okuja Lucena*.

5.7. Por su parte Norberto Hurtado Cedeño, a la sazón periodista, informa de las declaraciones que por los medios de comunicación del Caquetá expresó el aforado, pregonando que en pocos días la doctora Olga Arenas de Silva saldría del cargo para ser reemplazada por un miembro del partido liberal. No obstante, también ignora si por este actuar el parlamentario llegó a recibir alguna contraprestación o se hizo prometer algún beneficio propio o para un tercero.

5.8. Javier de Jesús Rojas Gallego afirma que fue declarado insubsistente en la Regional de Caquetá el 3 de septiembre de 1.996, al tiempo que se enteró del nombramiento de Olga Arenas de Silva, persona que considera no reúne los requisitos para el desempeño del cargo que exige el manual de funciones del INCORA. De estos hechos dice que se enteró al representante, quien con el ánimo de evitar la lesión de sus derechos y obtener la designación de una persona que sí cumpliera los requisitos de ley, acudió a la Directora General pidiéndole lo reintegrara del cargo, quien aceptó la postulación de otros candidatos. Como la gestión no arrojó resultados positivos, acudió al Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá demandando la nulidad del nombramiento de la doctora Arenas de Silva, agregando que no solo el Representante se mostró inconforme con su retiro y su reemplazo, sino varios líderes políticos del departamento y del resto del país.

5.9. Irene Rojas de Méndez, Jair aldana y Mario Angel Varón Castro, integrantes de la terna enviada por el Representante a la Gerencia General del Incora, se refirieron a los hechos como sigue:

La primera recibió el ofrecimiento de parte del mismo Congresista, con el argumento de que la Gerente le había solicitado hojas de vida. El segundo señala que al entrevistarse con *Jorge Olaya Lucena* le requirió una hoja de vida, en razón a que la Directora General del INCORA exigía que los aspirantes tuvieran pos-grado, presupuesto que él reunía, remitiendo los motivos de su aspiración al hecho de desempeñarse en ese momento como jefe de las UMATAS, posición importante y de liderazgo dentro del sector agropecuario. Y el último aclara que acudió ante el representante, obteniendo su inclusión en la lista de elegibles. Como nota característica, los tres desechan cualquier compromiso con el aforado, y rechazan la exigencia de dinero o dádiva para él o para terceros, como retribución de la gestión que venía adelantando.

5.10. La Secretaria General del Incora informó que la doctora Olga Arenas de Silva no se ha desvinculado del Instituto, encontrándose en el desempeño del cargo de Gerente Regional en el Caquetá.

5.11. Finalmente rindió su testimonio la doctora Alba Otilia Dueñas de Pérez, Gerente General de Instituto Colombiano de Reforma Agraria, y en él explica que aproximadamente ocho meses atrás sostuvo una entrevista con el Representante a la Cámara *Jorge Olaya Lucena*, por iniciativa de éste, quien quería enterarse de la situación del Instituto en el Departamento del Caquetá. El desarrollo de la conversación gravitó sobre ese tema, tocando al margen la inconformidad del aforado con la designación de la doctora Arenas de Silva como Gerente Regional por su filiación política, por lo que le pidió que le concediera la posibilidad de enviarle candidatos. La funcionaria fue enfática en responder que la mejor opción para el cargo recaía en la doctora Olga Arenas de Silva, pero la declarante no recuerda si en efecto las hojas de vida ofrecidas le fueron enviadas.

En lo que concierne a los criterios que informaron la selección de la doctora Olga Arenas explica que al adelantar la reorganización del INCORA decidió hacer el cambio de algunos Gerentes Regionales para contar con personas que se adaptaran a los cambios que se venían suscitando, por lo que sometió a consideración de la entonces Ministra de Agricultura el nombre de la doctora Arenas de Silva, quien había desempeñado el cargo de Gerente Regional del I.C.B.F. cuando ella fue Gerente General de ese Instituto, siendo designada en Caquetá al frente de la Regional de ese Departamento. Nombramiento que obedeció a su idoneidad profesional, sin tomar en cuenta su filiación conservadora. Finalmente desconoce, si por la gestión que ante ella adelantó el congresista, llegó a pedir, a hacerse prometer o a percibir dinero u otra dádiva en su favor o en beneficio de otros.

6. El señor defensor del aforado, en breve escrito en que se refiere parcialmente a la prueba, resalta ante todo de la versión rendida por la Gerente del INCORA su afirmación de proveer los nombramientos de sus dependencias bien obedeciendo el régimen de Carrera administrativa, ora por la idoneidad para el cargo en los de libre nombramiento y remoción, pero no por recomendaciones del congresista, y por ello pide a la Sala que se abstenga de abrir investigación, tras reconocer que la conducta endilgada al aforado es atípica.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Dada la probada vinculación actual del denunciado señor *Jorge Olaya Lucena* como Representante a la Cámara, le compete a esta Sala decidir si hay lugar a la apertura de la instrucción que se demanda, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 235 de la Constitución Política y 68 del Código de Procedimiento Penal.

2. En este orden de ideas, y visto el resultado de las pruebas cuyo contenido viene de analizarse, no otra conclusión distinta de la atipicidad penal de la conducta denunciada podría asumir la Corte, lo que de antemano induce a a anunciar la inhibición de una instrucción penal en contra del aforado.

En efecto, y asumidos los hechos desde el punto de vista de un posible delito de tráfico de influencias, según denominación que utiliza la denuncia, y que de darse, aún podría generar la pérdida de la investidura (art. 183-5 Constitucional), se tiene que la infracción descrita en el artículo 147 del Código Penal, modificada por el artículo 25 de la ley 190 de 1.995 refiere al servidor público que reciba o haga dar o prometer para sí para un tercero dinero o dádiva, invocando influencias reales o simuladas con el fin de obtener cualquier beneficio de otro servidor público que esté conociendo o haya de conocer de un asunto.

Para el caso del Representante *Olaya Lucena*, es innegable que una vez enterado del cambio del Gerente Regional del INCORA en el Departamento del Caquetá, concurrió ante la Gerente General doctora Alba Otilia Dueñas y expresamente le solicitó información sobre la situación de la Regional de ese Instituto en su Departamento, para luego pedirle oportunidades para designar en ese cargo a personas vinculadas con su partido político. Sin embargo, ni los denunciantes llegan a sostener que por dicha gestión hubiese pedido u obtenido el congresista algún dinero o utilidad personal o en favor de otro, ni las personas cuyas hojas de vida agenció ante el Instituto lo sostienen, ni la gerente del Instituto u otra persona llega a admitir hipótesis semejante, lo que evidentemente desdibuja la adecuación típica que propone la denuncia.

pues para la configuración de esta infracción no basta con gestionar a nombre de otro, sino que la acción se hace punible en la medida en que le represente alguna utilidad o lucro indebido al sujeto agente o a un tercero.

Pero es que aún descartando este evento punible, tampoco asoma otro que haga procedente la apertura de instrucción en contra del aforado, particularmente respecto de las descripciones típicas de los artículos 152, 157 o 162 del Código Penal.

En el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, en el asesoramiento y otras actuaciones ilegales y en el abuso de función pública, es requisito para su comisión que la gestión indebida del servidor público constituya un acto de abuso de sus propias atribuciones o de usurpación de otras que no le correspondan. Mientras que en conducta cumplida por el aforado y siguiendo la información que suministra la doctora Dueñas de Pérez, como Gerente del INCORA, su presencia en el instituto se limitó, conforme ya se dijo, a averiguar sobre lo que estaba sucediendo con la Regional, y luego a sugerir que a cambio de la persona designada, fuese nombrada otra del mismo partido del funcionario saliente.

En esos términos, la actitud del parlamentario no se distancia en esencia de las posibilidades que le habilita la ley, porque si bien es cierto el artículo 136-1 de la Carta le veda al congreso inmiscuirse en asuntos de competencia privativa de otras autoridades, tambien lo es que tal prohibición se refiere a intervenciones a través de leyes o resoluciones; y si a su vez el artículo 282 de la Ley 5a. de 1992, Reglamento del Congreso, impide a los parlamentarios "Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos..." o apoderar o contratar con ellas, se advierte que como excepción a esta regla el artículo siguiente (283), les autoriza "Dirigir peticiones a los funcionarios de la Rama Ejecutiva para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales" y "Adelantar acciones ante el Gobierno en orden a satisfacer las necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales."

Sin que el Representante haya recurrido a la presión, a la amenaza o cualquier otro mecanismo indebido en su conversación con la Gerente del INCORA, el solo hecho de haber interrogado sobre la situación de la Regional de esa entidad en su Departamento no puede considerarse necesariamente ajeno a esa intervención que por vía de excepción le autoriza el evocado artículo 283 del Reglamento del Congreso, pues ya se ha visto que su interés se hallaba radicado en el territorio de su circunscripción electoral, cuyas necesidades no le podían ser ajenas.

Se ha visto que además de obtener la información pedida, al enterársele sobre la idoneidad de la persona designada, el congresal pidió que se le diera la oportunidad de postular candidatos de la misma filiación política de la reemplazada; pero además de que dicha propuesta no obtuvo acogida alguna, es de asumir, porque al respecto no existe prueba en contrario, que su interés no podía radicar sino en la voluntad de obtener beneficios o ventajas para los habitantes de su Departamento, si su inquietud se demostró en la voluntad de sugerir personas calificadas y con títulos profesionales y de pos-grado, sin que el tema de la filiación política (que en principio podría interpretarse como de tono egoista y ajeno al interés común, en cuanto el constituyente dispone que "Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad" (artículo 123), y no de sus facciones partidistas), constituya tampoco un quebranto a la ley, dado que el artículo 125 de la Carta en su inciso final, prohibe tener "la filiación política de los ciudadanos" para "determinar su nombramiento para un empleo ... ascenso o remoción", pero solo en el desarrollo de la carrera administrativa, y ello excluye los cargos directivos de libre nombramiento y remoción (y el del Gerente Regional lo era), donde frecuentemente a las responsabilidades individuales del servidor público se añaden las de los partidos o grupos que colaboran con el gobierno de turno.

En suma, sin que el comportamiento del Representante *Jorge Olaya Lucena* configure la comisión de un hecho penal típico, porque tampoco la simple expresión libre de su pensamiento a través de los medios de comunicación transgrede por su contenido derecho alguno, procederá la Sala a inhibir la apertura de proceso penal en su contra, en razón de los hechos motivo de esta averiguación preliminar, previendo consecuentemente el archivo del expediente, de conformidad con lo previsto en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

Queda de este modo acogido el pedimento de la defensa, cuya exigua motivación no suscita pronunciamiento adicional alguno.

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

RESUELVE:

INHIBIRSE de abrir investigación penal en contra del aforado *Jorge Olaya Lucena* en su condición de Representante a la Cámara, en relación con los hechos que en su contra denuncian Humberto Correa, Cristian Caicedo y Félix Murcia Velazco.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll. Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia* (no firmó), *Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

ACCION DE REVISION - Improseguibilidad/ ACCION DE REVISION - Prueba nueva / ACCION DE REVISION- Prescripción

La remoción de la cosa juzgada sólo es posible cuando ante la demostración de una de las causales taxativamente señalados en la ley se evidencia la injusticia material del fallo.

Por ello, la demanda habrá de confeccionarse con la más rigurosa técnica, encontrándose entre sus requisitos, los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.

En el caso de la causal tercera es preciso que aparezca que el Estado había perdido la facultad de adelantar el proceso en que se produjo la condena, por prescripción u otro fenómeno extintivo de la acción penal. Y en el de la segunda, no basta que se acredite la existencia de una nueva situación fáctica o probatoria, sino que desde el comienzo debe mostrarse, con un aceptable grado de probabilidad, que de haberse conocido tales pruebas en el curso del proceso, habrían determinado la absolución del sentenciado o la declaración de inimputable.

La prescripción de la acción penal debe ser la del proceso cuya revisión se solicita, es decir, del seguido contra el actor y en el cual fue condenado y no de aquél en donde profirió el dictamen prevaricador.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda.*

Proceso No. 13352 Aprobado acta N° 132

PRIMER NIVEL

En Sala de Casación Penal, la Corte Suprema de Justicia procede a decidir sobre la idoneidad de la demanda en que se pretende ejercer la acción de revisión por el sentenciado doctor *Ovidio Durango Gómez*, condenado por el delito de prevaricato por acción, cuando

ostentaba la investidura de agente del Ministerio Público de Pereira y solicitó la preclusión del proceso que se seguía contra el concejal Perches Giraldo Giraldo.

La Demanda

El procesado Durango Gómez, actuando en su nombre, promueve la acción para que se ordene la revisión del proceso penal en el cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Delegado contra la sentencia absolutoria proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, mediante fallo del 21 de junio de 1995, lo condenó a la pena principal de 14 meses de prisión, como autor del delito de prevaricato por acción.

Las causales con las cuales pretende obtener la revisión del proceso son la segunda y la tercera de las contempladas en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, fundándolas en los siguientes argumentos:

Manifiesta que los hechos nuevos y las pruebas nuevas los constituyen el proceso penal seguido contra Perchis Giraldo, el cual no pudo proseguirse, ya que la acción penal por los punibles a éste imputados estaban prescritos.

A renglón seguido asevera que la solicitud la impetró "por el fenómeno de la prescripción", la cual fue decretada por la Fiscalía; "mucho antes de que la *Honorable Salas de casación penal de la Corte Suprema De justicia* se pronunciara en segunda instancia, revocando la sentencia absolutoria y en su defecto condenando".

Dice que el hecho nuevo "(preclusión de la instrucción) del proceso penal, donde se realizó la función de Ministerio Público, conducen a la inocencia del condenado".

Posteriormente afirma:

"Además existe una perfecta relación entre las dos causales propuestas, por cuanto ambas modifican sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena de un ciudadano inocente, basta solamente leer esas providencias para llegar a la conclusión de que me asiste toda la razón en este *recurso* (sic) *de revisión*, pues se impone una sentencia penal, en un proceso donde no existen pruebas para condenar".

Después de reiterar los argumentos citados en precedencia y de reseñar su inocencia, sostiene que en el proceso no se dan los presupuestos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, pues la petición que se tilda como prevaricadora fue avalada con posterioridad por la Fiscalía.

Dice que de conformidad con los artículos 149 del Código Penal, 20, 21 y 22 de la Ley 81 de 1993 y 264 del Código de Procedimiento Penal, no pudo cometer dicha ilicitud por cuanto que el Ministerio público no tiene poder decisorio.

De igual manera, advierte que con su proceder no produjo lesión al bien jurídico tutelado, situación que es corroborada por la sentencia al no condenarlo en perjuicios.

Finaliza solicitándole a la Corte "que decrete fundadas las causales segunda y tercera invocadas y declare *sin valor la sentencia*.."

Como apoyo a su petición anexa con el libelo plural prueba documental y solicita la práctica de dos testimonios.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La remoción de la cosa juzgada sólo es posible cuando ante la demostración de una de las causales taxativamente señalados en la ley se evidencia la injusticia material del fallo.

Por ello, la demanda habrá de confeccionarse con la más rigurosa técnica, encontrándose entre sus requisitos, los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.

De conformidad con lo anterior, vislumbra la Sala que el actor desconoce los parámetros filosóficos y jurisprudenciales en que se soporta este instituto.

En efecto, si bien es cierto que es posible la formulación de varias causales para la solicitar la revisión del proceso, siempre y cuando no riñan con el principio de no contradicción, también lo es que la construcción del libelo impone que cada una debe fundamentarse fáctica y jurídicamente, en forma tal que se evidencie lo pretendido.

Así, en el caso de la causal tercera es preciso que aparezca que el Estado había perdido la facultad de adelantar el proceso en que se produjo la condena, por prescripción u otro fenómeno extintivo de la acción penal. Y en el de la segunda, no basta que se acredite la existencia de una nueva situación fáctica o probatoria, sino que desde el comienzo debe mostrarse, con un aceptable grado de probabilidad, que de haberse conocido tales pruebas en el curso del proceso, habrían determinado la absolución del sentenciado o la declaración de inimputable.

Tales exigencias, como se verá, no las cumple la demanda objeto de estudio.

En primer lugar, y siguiendo un orden lógico de precedencia, se analizará la causal contenida en el numeral segundo del artículo

232 del C. de P.P, por cuanto su prosperidad dejaría sin objeto el estudio de la siguiente.

Con relación a ella la Sala encuentra que el sentenciado desconoce su sentido, por cuanto que la prescripción de la acción penal debe ser la del proceso cuya revisión se solicita, es decir, del seguido contra el actor y en el cual fue condenado y no de aquél en donde profirió el dictamen prevaricador, esto es, el que se adelantó contra el señor Perchis Giraldo. Fue éste el precluido por prescripción de la acción penal.

En lo atinente a la causal tercera que se fundamenta en el hecho nuevo referente a que en el proceso seguido contra el señor Perchis Giraldo, y en el cual se rindió el concepto prevaricador, se decretó la preclusión por prescripción, ya fue propuesta a la Sala en anterior demanda de revisión, la que fue inadmitida en providencia del 19 de mayo de 1997, sin que se alleguen nuevos elementos de juicio que permitan modificar lo allí analizado, razón por la cual la Sala se remite a lo allí resuelto.

En las anteriores circunstancias, el demandante no ha puesto a disposición de la Corte ni los argumentos ni las pruebas que sustentan su petición de revisión. Por ende, no se han reunido los presupuestos para admitir el respectivo libelo.

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

RESUELVE

INADMITIR la demanda de revisión contra el fallo proferido el 21 de junio de 1995 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se condenó al doctor *Ovidio Durango Gómez* como autor del delito de prevaricato por acción, cuando ostentaba la investidura de agente del Ministerio Público adscrito a la Personería Municipal de Pereira.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia, Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda, Luis Fernando Alzate Gómez Conjuez, Bernardo Gaitán Mahecha Conjuez, Alvaro N. Correal Reyes Conjuez, William Monroy Victoria Conjuez.

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD - Consumación/
REFORMATIO IN PEJUS/ LEGALIDAD DE LA PENA

1. El concepto de disponibilidad, se ha recalcado, no siempre supone una relación material o espacial frente a la cosa, pues bien puede suceder que estando la víctima en situación que le vincula de ese modo con ella, sencillamente no puede ejercer ninguna de las actividades que son inherentes a su título jurídico sobre el bien. Por eso es que la esfera de dominio, como concepto que resuelve la situación de apoderamiento por parte del autor del hecho y la desposesión respecto de la víctima, no se resuelve en ninguna de las teorías con que en su momento la doctrina trató de resolver el problema de la consumación del delito contra el patrimonio (aprehensio, amotio, illatio, locupletatio) y antes bien se comprendió con la desaparición que de hecho se podía producir, del ejercicio efectivo de la libertad de disposición del derecho patrimonial, la conducta se entiende perfeccionada, consumada.

2. La Sala ha venido considerando que dada la constitucionalización del principio de legalidad y habida cuenta del mandato que sobre el carácter normativo de la Carta contiene la propia Constitución, no es posible sostener la prevalencia de la prohibición de reforma en peor de las sentencias (Art 31 C.P.) , para aplicar ésta última disposición en perjuicio de aquél. La garantía fundamental que implica el principio de legalidad (C.P.-art 29) no se puede agotar en la recortada perspectiva de la "protección del procesado" en un evento determinado, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley penal a fin de que el Estado (a través de los funcionarios que aplican la ley, esto es, los jueces) no pueda sustraerse de los marcos básicos (mínimo y máximo) de la pena declarada por el legislador para cada tipo penal o para cada clase de hecho punible.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Proceso No. 9791 Aprobado Acta No. 111 (18-09-97)

VISTOS

Decide la SALA sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados *José Darío Gómez Ospina y Luis Fernando Gómez Ospina* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá el siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), confirmatoria de la dictada por el Juzgado 73 Penal del Circuito de la misma ciudad el diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), mediante la cual los declaró responsables de un delito de hurto calificado y agravado, a título de coautores, condenándolos a purgar como pena principal la de veintidós (22) meses de prisión y al pago de los perjuicios materiales y morales por doscientos once mil trescientos ochenta pesos ($211.380.oo), concediéndoles la condena de ejecución condicional.

HECHOS

Fueron resumidos de la siguiente manera en los fallos de instancia:

"Las presentes diligencias se inician el 22 de julio de 1992, por denuncia formulada por *Antonio Gerardo Rincón Fajardo*, quien afirma que el 20 de julio del mismo año, conducía el vehículo de servicio público con placas SFM 148, cuando fue requerido su servicio a la altura del terminal de transportes por dos jovenes y una muchacha, quienes solicitaron los trasladara hasta el Bulevar Niza, y al llegar a la Kra. 50 con calle 128 mas o menos, uno de los jovenes le aprisionó contra la silla y el otro le despojó la suma de once mil setecientos pesos 11.700= producto de su trabajo, luego procedieron a despojarlo del automotor, emprendiendo la huida.

Una vez fue dado el aviso del hurto, fue localizado el vehículo y aprehendidos sus ocupantes José Darío y Luis Fernando Gómez Ospina y la menor Sandra Patricia Rios Henao, los que fueron puestos a disposición de la justicia por el Agente Halo German Avila Sotelo, placa policial No. 20282 como T90'3.".

ACTUACION PROCESAL

Los aprehendidos fueron dejados a disposición de la Unidad Especial de Permanencia de la Fiscalía General de la Nación por la Policía Metropolitana de Bogotá, enviándose a la menor *Sandra Patricia* a la "Unidad móvil de protección del menor en dificultad". Respecto de los otros implicados le correspondió el conocimiento del asunto a la Unidad Séptima de Fiscalía de delitos contra el patrimonio económico, quien profirió resolución de apertura de la

investigación el veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Luego de escucharlos en indagatoria el instructor les resolvió la situación jurídica profiriéndoles medida de aseguramiento de detención preventiva como presuntos responsables del punible de hurto calificado y agravado, decisión que fue apelada y recibió cabalmente su confirmación por la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca.

Después de recaudarse diversa prueba testimonial y documental, y estando el asunto para el cierre de investigación, los procesados manifestaron su deseo de acogerse a la terminación anticipada del proceso. Por tal razón las diligencias fueron enviadas al Juzgado 2o. Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá para que realizara la respectiva audiencia especial. En ella los procesados, en acuerdo con la fiscalía, aceptaban las imputaciones a cambio de que se les concediera el subrogado de la condena de ejecución condicional, condición que no aceptó el juzgado. El Fiscal Delegado apeló la decisión sin ningún éxito dado que el Tribunal le impartió su confirmación en segunda instancia.

De regreso a la Unidad 7a. de la Fiscalía, se profirió en contra de los imputados resolución de acusación como autores presuntamente responsables de un delito de hurto calificado y agravado. Surtida la apelación a instancias de la defensa, el superior se abstuvo de revisarla, declarando desierto el respectivo recurso.

En firme el pliego de cargos, la actuación fue remitida a los Juzgados Penales del Circuito, correspondiéndole por reparto al Juzgado 73 quien declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución de acusación, pues por no aceptarse el acuerdo debió haberse cambiado de funcionarios para seguir conociendo de la actuación.

Reasumida la investigación por la Fiscalía 182, unidad 7a. De patrimonio, dictó el doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993) resolución de acusación por el delito de hurto calificado y agravado en contra de los encartados.

El trámite de la causa fue adelantado por el Juzgado Setenta y Tres (73) Penal del Circuito, tasándose los perjuicios en veinte (20) gramos oro, depositándose al efecto por el defensor de los encausados la suma de doscientos mil pesos ($200.000.oo) para cubrirlos.

Realizada la diligencia de audiencia pública el *a quo* dictó la sentencia en los términos que se dejaron consignados, recibiendo

la cabal confirmación por el superior, decisión que motivó la interposición del recurso de casación que hoy resuelve la *Sala* en este proveído.

La Demanda

Con fundamento en las causales tercera y primera de casación, cuerpo inicial, el recurrente propone los siguientes cargos:

Primero :

Considera que la sentencia acusada violó, por falta de aplicación, el artículo 22 del Código Penal al no haberle impuesto a los procesados la pena señalada en este precepto. Debió haberse aplicado el dispositivo amplificador del tipo al hurto calificado y agravado, señalándolo en grado de tentativa, "...por cuanto aquí en el caso que nos ocupa opera la teoría de la disponibilidad o de la posibilidad física de disponer materialmente del bien, y el hecho punible aquí comentado no se alcanzó a perfeccionar pues en momento alguno ha consolidado el poder físico de disponer de ella como era el vehículo automotor.".

La falta de aplicación denunciada, a su modo de ver se encuentra en consonancia con los artículos 349, 350 y 351 del Código Penal. La sentencia desconoció -advierte- la diferencia entre actos preparatorios y ejecutivos, "...por cuanto no tuvieron ni un segundo para disponer de él...", pues se encuentra plenamente establecido que la intervención de los agentes del orden impidió que el hecho se consumara.

Segundo:

Lo propone de manera subsidiaria. En su parecer, la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por violación al derecho de defensa, por cuanto desde que *Luis Fernando Gómez Ospina* rindió su indagatoria, confesó lo sucedido, situación que reconoció el propio fiscal al hacerle la prevención a su prohijado de que la confesión conllevaba una rebaja punitiva, a sabiendas de su improcedencia por haberse producido su captura en flagrancia.

En vista de esto, *Gómez* procedió a relatar los hechos tal y como habían sucedido con el único propósito de colaborar con la justicia y obtener la rebaja prometida, con lo cual se violó el derecho de defensa.

Petición:

Solicita de la *Corte* casar el fallo recurrido y en el evento de prosperar la causal *primera* se dicte el de reemplazo imponiéndole a sus prohijados la pena una vez les sea reconocida la modalidad

de tentativa, mientras que si se admite el segundo reproche se declare la nulidad de lo actuado a partir de la indagatoria de *Luis Fernando Gómez Ospina*.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Comienza su escrito denunciando el desconocimiento del orden de prioridades que amerita el estudio de las causales de casación, pues el recurrente propone en primer término el reparo de la causal primera y luego eleva el que tiene como fundamento la causal tercera, cuando debería ser al contrario.

"...Pues como en reiteradas ocasiones lo ha sostenido el Máximo Tribunal, de prosperar el reproche fundado en el motivo de la nulidad que como en este caso impetra el actor desde la fase instructiva, ello relevaría acometer el examen de los demás que se contraen al cuestionamiento exclusivo de la sentencia, dado que la declaratoria de la nulidad, en dichos términos, presupondría la invalidez del fallo y de todas las actuaciones subsiguientes al vicio in procedendo, por lo que también resulta desafortunado plantear, como lo hace el casacionista, la replica de la nulidad como subsidiaria de la infracción directa de la ley sustancial o de cualquier reparo demandable en casación." (Transc., fls. 10 11 C. Corte).

En lo referente al cargo de nulidad, la Delegada depreca su improsperidad al sostener que las conclusiones expuestas por el recurrente no son sino el producto de particulares apreciaciones suyas, pues del texto de la injurada así como de su ampliación no se desprende elemento de juicio alguno que permita pensar que el inculpado relató los hechos sugestionado por la rebaja punitiva en comento.

De otro lado, si bien es cierto era impertinente la prevención sobre los beneficios de la confesión dada la captura en flagrancia, también lo es que *Gómez Ospina* se encontraba en la obligación de decir la verdad sobre lo acontecido, aun cuando no estuviera impuesto de juramento. El principio de lealtad consagrado en el artículo 18 del estatuto procedimental, a su modo de ver, confirma el aserto.

Respecto al cargo elevado por la causal primera advierte primero sobre la insuficiencia argumental pues tan solo invita a encontrar y no demuestra en el proceso la razón de su alegación sobre una presunta tentativa, mientras que, de otro lado, parte de un presupuesto equivocado pues pretende que se acepte la teoría de la disponibilidad, esto es, de la obtención efectiva del provecho, no empece que la doctrina nacional entiende la consumación del hecho

desde el momento en el que se saca la cosa mueble de la esfera de protección del dueño o tenedor trasladándola al ámbito posesorio del agente o de un tercero. Tal sucedió en el presente caso, pues sólo hasta dos horas después de producido el hurto del vehículo este fue recuperado por los agentes del orden.

No obstante pedir el rechazo de los cargos, el Ministerio Público pone de presente una irregularidad manifiesta en los fallos de instancia al omitirse la imposición de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, no obstante su obligatoriedad cuando se impone la pena de prisión. Solicita, por consiguiente, la casación parcial de la sentencia para remediar el entuerto, sin que con ello se entienda una transgresión al artículo 31 de la Carta, pues tan sólo se está procediendo a ajustar la pena a los derroteros legales.

Consideraciones de la Corte

1. *Consideración inicial*

Como bien lo pone de relieve el Ministerio Público, el censor olvida el orden de prelación de las causales y con impropiedad manifiesta propone como cargo principal el que fundamenta con base en la causal primera, dejando como subsidiario el de la causal tercera.

En variadas ocasiones ha explicado la *Sala*, que el éxito de una objeción por la última causal implicaría la nulidad de una porción del proceso, incluidos los fallos de instancia, lo que exoneraría de estudiar cualquier otro reproche formulado por otra vía. Indudable resulta la incorrección de un planteamiento en forma subsidiaria, máxime cuando como principal solicitud se ha pedido casar la sentencia impugnada y dictar la de reemplazo.

Aún pasando por alto esta falencia, el estudio de los reparos no permite acoger las aspiraciones del actor. La *Sala* hará el examen correspondiente siguiendo el orden de prelación de las causales.

2. *Segundo Cargo*

Su objeción se fundamenta en las prevención que le hizo el instructor a *Luis Fernando Gómez Ospina* en su injurada sobre los beneficios de la confesión. El hecho es cierto, no así la deducción que extrae el censor. Al comenzar la diligencia, se dejó constancia sobre las rebajas punitivas que conllevaría una manifestación de este tenor. La llamada de atención sobre este aspecto era inane dado que la aprehensión de los inculpados se realizó en flagrancia, situación que se puso de presente en el mismo informe policial. Recuérdese que la pareja y otra persona fueron capturadas en el vehículo cuando huían con rumbo desconocido.

En la crítica al instructor le cabe razón al casacionista. No tenía objeto que el funcionario hiciera dicha acotación sabedor de que el beneficio punitivo no procedía. No sucede lo propio cuando se pretenden extraer de allí consecuencias adversas al derecho de defensa, fundamento central del reproche.

Lo primero a advertir es de forma, y son los escasos razonamientos al respecto. Carece la censura de la suficiente ilustración pues únicamente señala que, con base en la promesa, su defendido procedió a relatar los hechos tal y como habían sucedido con el único propósito de obtener el beneficio punitivo, sin que señale cómo contar la verdad de lo sucedido, conculque por sí mismo el derecho de defensa. Por consiguiente, se parte de la hipótesis no necesaria de que de no haber existido la prevención el acusado habría rendido una versión engañosa y hubiera derivado otros resultados procesales, aún a pesar del resto de la prueba.

El razonamiento es insólito porque si bien el sindicado no se encuentra obligado a declarar en su contra, también lo es, como oportunamente lo recuerda el Ministerio Público, que es deber del funcionario interrogador exhortar al indagado a que narre con fidelidad lo acontecido, conforme lo dispone el artículo 357 del estatuto procedimental.

Aunque legalmente el imputado no estaba obligado a hacerlo, es preocupante que se afirme por su abogado que su colaboración con la justicia, constituya una violación al derecho de defensa como si el preferir la verdad al engaño conlleve de suyo perjuicio para sus intereses. De prosperar tal tesis se tendría que este derecho necesariamente habría de erigirse sobre el pilar de la mendacidad, convirtiéndose la sinceridad en un atentado contra esta garantía.

De igual manera, sorprende que sea el mismo defensor quien prohije este pensamiento, contrariando el principio de lealtad enunciado como rector en el artículo 18 del compendio procesal vigente.

Pero lo verdaderamente importante es que examinada con cuidado la diligencia de indagatoria así como su ampliación, en ningún momento se observa que las respuestas de *Luis Fernando Gómez* se encuentren influenciadas por una posible rebaja punitiva, por engaño o por inducción fraudulenta. Libre y espontáneamente, cuando se le pidió un relato de los hechos por los cuales fue aprehendido, con los detalles necesarios contó los pormenores de su conducta delictuosa, relato que coincide en su totalidad con el rendido por su hermano *José Darío* a quien, dicho sea de paso, no se le hizo la prevención en comento.

De su intención de contar la verdad y admitir su responsabilidad desde el mismo instante de la aprehensión, cuando aún no se había

producido la oferta impertinente de rebaja punitiva, da cuenta en la ampliación de su indagatoria (fl. 141, C.1), cuando advierte: "Nosotros confesamos desde el primer momento el hecho, el error que habíamos cometido y los dos agentes, el oficial de servicio, los carabineros de Suba y todas las personas que nos hayan hecho las mismas preguntas todo coincide porque es la verdad...".

Así las cosas, antes de comparecer al despacho judicial, ya sus captores sabían por sus propias palabras la verdad de lo ocurrido, por lo que en el juzgado no hizo otra cosa que reiterar lo que ya le había contado a las fuerzas del orden. Para nada, por consiguiente, influyó la advertencia del instructor sobre los posibles beneficios que le podría acarrear la confesión.

Por razones técnicas y por la sinrazón misma de su fundamento, el reparo no está llamado a prosperar.

3. *Primer Cargo:*

Según el enunciado la sentencia acusada violó el artículo 22 del Código Penal por falta de aplicación al no haberle impuesto a los procesados la pena respectiva previo reconocimiento de la tentativa para el hurto calificado y agravado. Plantea, por consiguiente una censura en los predios de la causal primera, segmento inicial.

La poquedad del razonamiento impide revelar el verdadero alcance de su alusión y, menos aún, el meollo del asunto. Habla, es cierto, de la teoría de la disponibilidad como fundamento rector del hecho para establecer la aplicabilidad del dispositivo amplificador del tipo, dado que en ningún momento se consolidó el poder físico para decidir realmente sobre su destino. Sin embargo, no pasa de la mención pues no realiza la profundización que era de esperarse.

Se considera relevado de su deber advirtiendo con simpleza que tal hecho "...se establece claramente en el proceso...", indicativo de que es a la *Sala* a la que le corresponde encontrar los argumentos y las conclusiones necesarias para sacar avante su reproche. Censurable su inanidad, que al final solo provoca el fracaso consiguiente.

De todas maneras no le habría reportado el éxito esperado. Como bien lo recuerda la Delegada, la teoría de la disponibilidad no exige ninguna obtención de provecho efectivo, ni entendida así encuentra respuesta favorable en la jurisprudencia o en la doctrina, y mucho menos en la normatividad vigente.

El concepto de disponibilidad, se ha recalcado, no siempre supone una relación material o espacial frente a la cosa, pues bien puede suceder que estando la víctima en situación que le vincula

de ese modo con ella, sencillamente no puede ejercer ninguna de las actividades que son inherentes a su título jurídico sobre el bien. Por eso es que la esfera de dominio, como concepto que resuelve la situación de apoderamiento por parte del autor del hecho y la desposesión respecto de la víctima, no se resuelve en ninguna de las teorías con que en su momento la doctrina trató de resolver el problema de la consumación del delito contra el patrimonio (aprehensio, amotio, illatio, locupletatio) y antes bien se comprendió con la desaparición que de hecho se podía producir, del ejercicio efectivo de la libertad de disposición del derecho patrimonial, la conducta se entiende perfeccionada, consumada.

Por consiguiente, no era necesaria la obtención del provecho buscado con el hurto del vehículo. Bastaba con que se produjera la desposesión y se configurara una nueva custodia sobre el bien, que fue lo que ocurrió. Recuérdese que luego de que los delincuentes lograron acceder al control del rodante, se perdieron de vista por dos horas hasta ser localizados por los agentes del orden y por los taxistas que colaboraban en la búsqueda .

Así las cosas, no cabe duda que, durante este tiempo, el automotor salió de la esfera de protección de su dueño y pasó a la de los delincuentes, consumándose el delito. Los falladores así lo consideraron y ninguna tacha cabe al respecto.

Se desestima el cargo.

4. *Casación parcial*

El fallador de primera instancia omitió imponer a los procesados la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, pese al mandato expreso del artículo 52 del C.P. en el que establece que "La pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal". No obstante la falencia, el Tribunal no la remedió y en cambio le impartió confirmación integral.

La Sala ha venido considerando que dada la constitucionalización del principio de legalidad y habida cuenta del mandato que sobre el carácter normativo de la Carta contiene la propia Constitución, no es posible sostener la prevalencia de la prohibición de reforma en peor de las sentencias (Art 31 C.P.) , para aplicar ésta última disposición en perjuicio de aquél. La garantía fundamental que implica el principio de legalidad (C.P. art 29) no se puede agotar en la recortada perspectiva de la "protección del procesado" en un evento determinado, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley penal a fin de que el Estado (a través de los funcionarios que aplican la ley, esto es, los

jueces) no pueda sustraerse de los marcos básicos (mínimo y máximo) de la pena declarada por el legislador para cada tipo penal o para cada clase de hecho punible.

Grave perjuicio a la igualdad de todos ante la ley penal (basilar en el Estado de Derecho) se originaría de admitir que por la vía particular de la sentencia, un sujeto de derecho pudiese recibir penas más allá de los límites máximos dispuestos por el legislador, o que estén por debajo de sus límites mínimos, o no consagradas en ley. De ahí que se acuda al principio de coexistencia de las disposiciones constitucionales para intentar un marco de aplicación que no sacrifique ninguna de las garantías (legalidad de la pena y exclusión de reformatio in pejus) en detrimento de la otra, y que de paso tampoco desconozca principios , valores y derechos también fundamentales como los de separación de poderes (arts. 1 y 113 C.P.), sometimiento del juez al imperio de la ley (entendiendo en ella a la Constitución misma) (arts 4 y 230 C.P.), primacía y aplicación inmediata de los derechos fundamentales (arts. 84, 93 y 94 C.P.), y reserva del legislador para la expedición de códigos (arts. 28 y 150 C.P), entre otros .

Cuando el Constituyente declara que nadie puede ser juzgado sino *conforme* a leyes preexistentes al acto que se le imputa, está declarando implícitamente, entre otras muchas cuestiones, que a nadie se le puede imponer pena no prevista por el legislador para ese hecho. Ese legislador, en el orden jurídico -político colombiano, ha decidido, a su vez, un sistema punitivo ecléctico que contiene elementos de los regímenes de punibilidad legislativa, punibilidad judicial y punibilidad administrativa o penitenciaria, es decir, que el legislador define topes y criterios, el juez individualiza la pena dentro de esos límites y la administración jalona el proceso de ejecución de la pena pero sometida a controles judiciales definidos previamente en la ley. Y en tanto mayor o menor movilidad considere el legislador que debe otorgar al juez, así lo declara de manera expresa , juicio político éste que se manifiesta en normas como las que regulan los términos de duración de las diversas clases de pena (art 44 Cód. Penal), la distinción entre penas principales y accesorias (arts 41 y 42) las que definen cuándo y a cuáles penas principales acceden las accesorias (art 52) o cómo se ejecutan o con qué criterios se aplican ,o qué mecanismos alternativos o sustitutos proceden para ellas y en qué clase de eventos.

De modo que es por ello por lo que el margen de apreciabilidad que la Carta otorga al juez para aplicar la pena e imponerla en concreto, no es, no puede ser, enteramente libre, desatada o absuelta, sino que la misma debe ser *conforme a leyes preexistentes*

tal y como lo declara el artículo 29 del documento fundante del Estado Colombiano. Salirse de ese entorno, y admitirse tal marginamiento bajo la consideración de una prevalencia de la prohibición de reforma en peor, prioridad que la Constitución no declara, es tanto como validar una función judicial absolutizada, descoordinada del resto del sistema jurídico, intocable y por lo mismo incontrolada. Es tanto como hacer de la judicatura un poder al margen del poder de corrección, incluso hacia su mismo interior, frente a sus jerarquías, frente a sus instancias.

No considera la Sala mayoritaria, de otro lado y para responder las inquietudes del conjuez que acá salva su voto, que todos los eventos de reformatio reconduzcan o puedan reconducir a un problema de legalidad de la sentencia y que por esa vía, entonces, se pudiese llegar al desconocimiento de la prohibición de reforma en peor. La Corte ha precisado suficientemente cuál es el contorno dentro del cual el juez puede llevar a cabo sus juicios de valor y aplicar el derecho penal. Así como los derechos fundamentales tienen un núcleo esencial intocable y una órbita de regulabilidad que depende de las decisiones políticas del legislador, también las normas de derecho punitivo tienen un marco básico dentro del cual se llevan a cabo los juicios de valoración y apreciación por parte de los jueces, y unas fronteras más allá de las cuales la judicatura no puede transitar. En materia de penas, los límites máximo y mínimo, su clase, su previsión previa, su naturaleza principal o accesoria, son impermeables, aún frente a la pretendida autonomía del juez o a disposiciones como la proscripción de la reforma en peor. No es pues un concepto de "legalidad" entendido como sinónimo de "ley sustancial", sino a la luz de un significado más hondo en tanto concibe la "legalidad" como principio, es decir, en su función límite e impenetrable para el aplicador de la ley.

No en vano se distingue en los sistemas jurídicos, la existencia de *principios* y de *reglas* en el orden constitucional, y a ello no escapa la Constitución Colombiana. En tanto los principios son *constitutivos* del Estado —no se concibe el tipo de Estado declarado sin ellos—, las reglas, se agotan en sí mismas o, como señalan algunos autores, son normas reforzadas por su carácter constitucional pero de las cuales se podría prescindir sin afectar la existencia o la naturaleza del Estado. De este modo, es evidente que los unos no pueden colisionar con la otras y que las reglas no puedan supeditar los principios, sino que éstos determinen el alcance de aquellas.

La Sala mayoritaria estima, además, que la garantía que implica la prohibición de reformatio in pejus no puede convertirse en coartada para tolerar o convalidar una sentencia que pase por

encima del principio de igualdad ante la ley. La Constitución reconoce una garantía, como ésta, sobre la base de que el acto jurisdiccional no desborde la legalidad básica, aquella a partir de la cual, o dentro de la cual, el legislador entrega al juez la facultad de juzgar , pero más allá de la cual el juzgador no puede ir sin violar los principios constitutivos del Estado. Por eso a la mayoría no le seducen los argumentos del respetado conjuez y mantiene su jurisprudencia sobre el particular.

De manera que en guarda del deber oficioso que le asiste a la *Corte* y como quiera que tal omisión atenta contra el principio constitucional de legalidad de las penas, se impone la casación parcial de la sentencia impugnada, adicionándole a la pena principal impuesta la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por veintidós (22) meses.

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

RESUELVE

1. Desestimar la demanda de casación por los motivos expresados en la parte considerativa de este proveído.

2. *Casar parcialmente* y de oficio el fallo impugnado en el sentido de adicionarle la imposición de la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

Notifíquese y cumplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia* (no firmó), *Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda, Alvaro Orlando Perez Pinzon Conjuez Salvamanto parcial de voto.*

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL / PERSONALIDAD DEL PROCESADO

El artículo 72 del Código Penal señala, como requisitos de naturaleza subjetiva para la liberación condicional del procesado, "que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social", significando así que son varios los elementos de juicio a tener en cuenta por parte del funcionario de conocimiento para realizar un diagnóstico de su personalidad y a partir de él formular una pronosis favorable o desfavorable de readaptación social.

Si entre tales parámetros normativos figura la personalidad *del procesado, cualidad conformada por la combinación de todos los factores singularizantes del ser humano y que por lo mismo reflejan su manera de ser y de actuar, ha de considerarse necesariamente el delito cometido como parámetro decisivo para afirmar o descartar el diagnóstico de readaptación social. Ello es así por cuanto el comportamiento desviado es una manifestación de la conducta y ésta refleja la personalidad.*

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 9579 Aprobado acta No. 132

ASUNTO

Estudiar la legalidad del acuerdo de beneficios por colaboración eficaz suscrito entre el procesado *Jorge Elías Manzur Jattin* y la Fiscalía General de la Nación, y resolver la solicitud de libertad condicional que con fundamento en la rebaja de pena por el concepto anterior y por estudio, eleva el defensor del prenombrado.

ANTECEDENTES

El 22 de octubre de 1996 la Sala condenó en proceso de única instancia a *Jorge Elías Manzur Jattin* a las penas principales de

cuarenta y ocho (48) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de veinticuatro (24) meses, como autor penalmente responsable del delito de concusión, le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y declaró que "el término transcurrido en detención domiciliaria por cuenta de estas diligencias, se le tenga como parte cumplida de la pena" (fl. 342 c.o. No. 2).

El 12 de diciembre de 1996, su apoderado solicitó a la Fiscalía General de la Nación, la designación de un Fiscal Delegado ante la Corte para el trámite de beneficios por colaboración eficaz con la Administración de Justicia.

El 16 de enero de 1997, la Jefatura de la Unidad Nacional de Fiscalía Delegada ante la Corte, dictó la resolución administrativa No. 001 asignando el trámite a uno de los Fiscales adscritos, quien el 29 de ese mismo mes lo escuchó en diligencia de versión libre y, para verificar la información por él suministrada "fueron practicadas varias diligencias de inspección tanto en el Consejo Nacional Electoral, en el Banco de Colombia -sucursales de Montería y Principal de Santafé de Bogotá-, así como en la Comisión de Fiscales Regionales", llegando a la conclusión que "si existen referencias serias contra los señores *Moisés Elías Nader y Pedro Ghisays Chadid*, quienes deben ser investigados por un posible enriquecimiento ilícito de particular dada la presencia de cheques provenientes de sociedades de 'fachada' del cartel de Cali, consignados en sus cuentas bancarias", concluyendo así que "no existe duda que la colaboración ha sido eficaz y que se dará traslado a la Autoridad Judicial competente para que se inicie la investigación contra las mencionadas personas" (fls. 132 y ss. c. c. Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte).

El 18 de junio del año en curso el Fiscal General de la Nación corrió traslado de lo actuado a la Procuraduría General de la Nación para que rindiera el concepto previo de que trata el artículo 369A del Código de Procedimiento Penal. El 7 de julio de esta anualidad, el Procurador Cuarto Delegado en lo Penal conceptuó favorablemente "sobre la posibilidad de conceder beneficios por colaboración eficaz" al procesado *Jorge Elías Manzur Jattin*, pues "sus afirmaciones, que han venido siendo corroboradas a través del encuadernamiento, se traducen en elementos de juicio valiosos para continuar y complementar investigaciones ya cursantes, e iniciar otras" (fls. 10 y ss. c.o. No. 2, Fiscalía Delegada ante la Corte).

Mediante resolución de 11 de julio siguiente, el Fiscal General de la Nación designó un Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia para que "proponga al señor *Jorge Elías Manzur Jattin* un

beneficio de rebaja punitiva equivalente a una sexta parte de la pena que le fue impuesta por el delito de concusión" (fls. 2 y ss. ibidem).

El 31 de julio se suscribió el "acta de acuerdo de beneficios por colaboración eficaz" (fls. 23 y ss. c.o. No. 2, Fiscalía Delegada ante la Corte), en la cual el procesado manifestó expresamente que *"NO acepta el acuerdo consistente en la rebaja de una sexta parte de la pena"*, pues "los beneficios que se me ofrecen son inocuos" (fl. 25 ib.), y su defensor, en esa misma diligencia solicitó la nulidad de lo actuado al considerar que "el beneficio otorgado por el Despacho es insuficiente toda vez que rompe con la exigencia de proporcionalidad entre lo solicitado, el grado de eficacia de la colaboración prestada y lo finalmente concedido"; "no existe medio procesal diferente ya que sólo es materia de impugnación la providencia que imprueba el beneficio de conformidad con lo establecido en el artículo 369D del estatuto procesal penal colombiano", y, además, no se consideró la posibilidad de concederle el beneficio de libertad condicional (fls. 29 y ss. ib.).

El Fiscal General de la Nación, ante la inexistencia de irregularidad alguna en dicho trámite, mediante providencia de ocho de agosto de 1997 negó la nulidad planteada (fl 32 ib.).

Posteriormente el defensor solicitó la reanudación de los trámites, en escrito presentado el día 16 de septiembre, por lo que, el 25 de ese mismo mes se acordó, con fundamento en la colaboración prestada por el encartado, "La *disminución* de una *sexta parte (1/6)* de la pena que le fuera impuesta al doctor *Jorge Elías Manzur Jattin*, por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia" (fls. 45 y ss. ib.).

El Fiscal General de la Nación, mediante resolución de 6 de octubre de esta anualidad, avaló el acuerdo anterior y ordenó someter a la consideración de la Corte el acuerdo suscrito, para que se realice el respectivo control de legalidad (fls. 52 y ss. ib.).

Con fundamento en la rebaja punitiva acordada con la Fiscalía General de la Nación, y la que le corresponda por el tiempo de estudio en el Centro de Reclusión "Las Villas" de la Cárcel del Distrito Judicial La Modelo de esta ciudad, el defensor del procesado solicitó la libertad provisional por considerar que cumple las dos terceras partes de la pena impuesta, ha observado buena conducta en el establecimiento carcelario y carece de antecedentes penales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

3.1. De conformidad con los artículos 369A y 369D del Código de Procedimiento Penal (adicionados por los artículos 44 y 47 de la

Ley 81 de 1993, respectivamente), la Corte es competente para estudiar la legalidad del acuerdo suscrito entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado *Manzur Jattin*, habida consideración de su condición de aforado, garantía que se conserva durante la ejecución de la sentencia, pues "la dignidad que el cargo representa -razón de ser del instituto-, no se fragmenta por el hecho de que el proceso haya concluido, ni desaparece porque la sentencia le haya sido adversa al aforado" (cfr. autos 24 de abril de 1996 y 24 de julio de 1997, Mags. Pons, Calvete Rangel y Arboleda Ripoll, respectivamente).

3.2. Del recuento procesal anterior se desprende que el procedimiento adelantado a instancias de la solicitud elevada por el defensor del procesado *Jorge Elías Manzur Jattin*, para acogerse a los beneficios por colaboración eficaz con la Administración de Justicia, se adecuó a las previsiones de los artículos 369A y 369D del Código de Procedimiento Penal, y por lo mismo, habrá de impartírsele su aprobación.

Lo anterior por cuanto no se observa la existencia de circunstancia alguna que pueda considerarse enervante del consentimiento otorgado por el procesado, quien dicho sea de paso, en forma libre expresó su voluntad de acogerse al mecanismo en estudio, y siempre estuvo asistido por su apoderado.

Al respecto el trámite fue adelantado por un Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, el que para estos efectos, y de conformidad con las previsiones del artículo en cita es funcionario competente -*"el Fiscal General de la Nación, o el Fiscal que éste designe"*-; y el Ministerio Público, a través del Procurador Cuarto Delegado en lo Penal -también dentro de las previsiones de la norma en referencia-, rindió en debida forma el concepto de rigor -que para el caso concreto y con fundamento en una objetiva ponderación de la colaboración prestada por el procesado, fue favorable, según párrafos precedentes-.

El beneficio concedido -una sexta parte-, luego de ser escuchado en versión libre el procesado, y a instancia de la información por él suministrada allegarse varias probanzas que en sentir de la Fiscalía y de la Procuraduría General de la Nación "contribuyen al esclarecimiento de la investigación relacionada con la financiación de la campaña del Senador *Jorge Ramón Elías Nader* en 1994, con dineros de procedencia ilícita así como para vincular a los señores *Moisés Elías Nader* y *Pedro Ghisays Chadid* (entre otros) con conductas punibles", se ajusta a los parámetros del artículo en referencia, sin que pueda, en conclusión, predicarse vulneración

de las garantías propias del debido proceso establecido para el trámite de beneficios por colaboración eficaz,

3.3. Con relación al beneficio de libertad provisional, ha de tenerse en cuenta que el procesado estuvo en detención domiciliaria desde el veinticuatro (24) de enero de 1994 hasta el dieciocho (18) de agosto de 1995 -cuando fue liberado provisionalmente- (fl. 354 c.o. No. 1), y fue capturado el 22 de octubre de 1996 en acatamiento de la sentencia condenatoria impuesta (fl. 349 c.o. No. 2), de donde se deduce que a la fecha lleva 31 meses en privación efectiva de libertad.

Acreditó 1.130 horas de estudio, las que de conformidad con el artículo 97 de la Ley 65 de 1993, representan una rebaja de pena equivalente a 3 meses y 19 días, los que sumados a los ocho meses de redención por colaboración eficaz, arrojan un total de 11 meses y 19 días. Sumado el tiempo de redención de pena al de privación efectiva de libertad, se obtiene un total de 34 meses y 19 días, lapso éste superior a las dos terceras partes de la pena impuesta.

Se satisface entonces el primer presupuesto -de naturaleza objetiva- señalado por el artículo 72 del Código Penal, para otorgar la libertad provisional, por lo que ha de examinarse a renglón seguido si se reúnen las exigencias subjetivas que para el mismo efecto trae la norma en mención.

El artículo 72 del Código Penal señala, como requisitos de naturaleza subjetiva para la liberación condicional del procesado, "que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social", significando así que son varios los elementos de juicio a tener en cuenta por parte del funcionario de conocimiento para realizar un diagnóstico de su personalidad y a partir de él formular una prognosis favorable o desfavorable de readaptación social.

Si entre tales parámetros normativos figura la *personalidad* del procesado, cualidad conformada por la combinación de todos los factores singularizantes del ser humano y que por lo mismo reflejan su manera de ser y de actuar, ha de considerarse necesariamente el delito cometido como parámetro decisivo para afirmar o descartar el diagnóstico de readaptación social. Ello es así por cuanto el comportamiento desviado es una manifestación de la conducta y ésta refleja la personalidad.

De lo declarado probado en la sentencia se tiene que el procesado, sin parar mientes en su condición de Gobernador de Departamento, y las especiales obligaciones que ella le generaba ante la sociedad,

así como traicionando la confianza depositada por sus electores y por la ciudadanía en general, exigió una fuerte suma de dinero a uno de los intervinientes en la licitación orientada a contratar, mediante concesión, el monopolio de las apuestas permanentes -"chance"-, como condición para adjudicarla, exigencia reiterada meses más tarde, amenazando con adjudicar el contrato a un tercero si sus reprochables pretensiones no eran satisfechas, por lo que recibió tres cheques por un total de setenta millones de pesos, y finalmente exigió treinta y cinco millones de pesos más por un año de prórroga del contrato (fl. 263 ib.).

Comportamientos tan graves como los desplegados por el procesado *Manzur Jattin* permiten deducir en él una personalidad proclive al delito, sin ninguna consideración sobre los parámetros éticos y de transparencia que deben regir las relaciones entre los servidores públicos y los asociados, alejándolo de la posibilidad de suspender el tratamiento penitenciario a que está siendo sometido, y aconsejando su mantenimiento hasta el cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta.

Esta conclusión no la desvirtúa la ausencia de antecedentes penales del procesado, el hecho de que haya observado "buena" conducta en el centro de reclusión, o que haya "colaborado" con la Administración de Justicia -aspecto ya compensado con la rebaja de pena cuya legalidad avala la Corte-, pues estas circunstancias constituyen solamente temas adicionales sobre los que el juzgador debe soportar el análisis de los presupuestos para conceder el subrogado de la libertad condicional, no debiendo olvidarse que en ellos también se encuentra la obligación de examinar integral y no aisladamente la "personalidad" y los "antecedentes de todo orden", factores éstos que, como viene de precisarse, recomiendan negar la liberación del sentenciado.

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

RESUELVE:

1. APROBAR el acuerdo de beneficios por colaboración eficaz celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y el procesado *Jorge Elías Manzur Jattin*, reconociéndole en consecuencia, una rebaja de ocho (8) meses de prisión, equivalentes a la sexta (1/6) parte de la pena impuesta en la sentencia condenatoria de 22 de octubre de 1996.

2. NEGAR la libertad condicional solicitada por su defensor.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Paez Velandia* (no firmó). *Mario Montilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

El punto objeto de esta aclaración consiste en que el ordinal 3.3 de la providencia recuerda el abono de pena con que se favoreció al doctor Manzur Jattin, pese a no haber estado privado de la libertad sino en detención domiciliaria que materialmente se cumplió como si fuese una "restricción domiciliaria" (art. 57 C.P.), que la ley ni siquiera considera como pena principal o privativa de la libertad.

Como frente a esa decisión salvé el voto, he de manifestar que debiendo reconocer que se trata de un acto formalmente ejecutoriado, sigo considerando erróneo dicho reconocimiento por los motivos que en su momento aludí:

"Con toda consideración expresamos brevemente nuestra diferencia con la decisión mayoritaria, en vista de que en este caso concreto se concede la libertad provisional a partir de una ficción, como es la de que el procesado se encuentra privado de la libertad, cuando en realidad no lo está.

Para fundamentar el beneficio, la Sala acude a un argumento que no viene al caso, como aquél de que el acusado "no puede resultar afectado por la imprecisión y amplitud con que se le impusieron" las exigencias señaladas por la Fiscalía cuando, al contrario de lo sostenido por la Corte, fijó la medida de aseguramiento de detención domiciliaria sin retención o privación de la libertad en la casa o habitación del imputado. Optó, en cambio, por una especie de restricción domiciliaria.

No debe perderse de vista que la petición de libertad provisional formulada por el defensor del procesado Dr Manzur Jattin, se llevó a efecto por cuanto "el tiempo que lleva privado de la libertad y la rebaja de pena a que pueda tener derecho por la realización del servicio social obligatorio que se le impuso, superan las dos terceras partes de la sanción que le pueda corresponder por su conducta y, además, han transcurrido seis meses desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin haberse celebrado la audiencia pública, término que venció sin que dicha circunstancia pueda ser atribuida al acusado o a su defensor" (fl 2 de la decisión de mayoría).

La Fiscalía ante la Corte, efectivamente, había decretado medida de aseguramiento de detención domiciliaria en resolución de Enero 13 de 1994 por delito de concusión. Y sobre ella, sobre su alcance, señaló que el Dr. Manzur debía permanecer en el perímetro urbano del municipio de Lorica (su domicilio).

Pues bien, lo que sucede es que no habiendo existido privación de la libertad, sino únicamente restricción de ella lo cual es común a todas las medidas de aseguramiento, no se vé por qué razón se otorga libertad provisional. Ella se predica de las medidas que afectan la libertad con su privación y sólo en razón de su efectividad. Y si la detención domiciliaria venia mal o erróneamente concebida desde la investigación, porque la Fiscalía tiene o tuvo otros parámetros para su entendimiento, lo que procedía era ajustarla a Derecho, conforme la ha entendido la Corte, que no otorgar una excarcelación sobre la ficción de una detención domiciliaria que no fué detención.

O es que posteriormente se podrá argumentar que para abonar la detención a la pena, en estos eventos y si hubiere lugar a imponerla, el procesado está en idéntica situación y, consecuentemente, porque no puede resultar afectado por la imprecisión y amplitud con que le impusieron la domiciliaria, se hace merecedor a que se le tenga por pena cumplida el tiempo que permaneció con libertad restringida.

Son muchas las disposiciones que en el Código de Procedimiento establecen el vínculo entre la libertad provisional y la detención, entendida ésta última como privación de la libertad. Más aún, la detención domiciliaria, como forma atenuada de privación de la libertad, supone que no se tenga derecho a la libertad. Y si bien es posible que vencidos los términos para la calificación sumarial o para la celebración de audiencia, el detenido domiciliariamente obtenga derecho a ser liberado provisionalmente, ello no se concibe sino sobre la base de que haya estado privado de su libertad por haber transcurrido la domiciliaria dentro de su residencia o lugar de habitación. Si no fuera así, la ley hubiera regulado el beneficio como revocatoria de la medida de aseguramiento y se aplicaría por igual para toda restricción de la libertad, incluídas ahí la conminación, la caución y la misma prohibición de salir del país.

De paso, se genera un trato discriminatorio para unos procesados respecto de otros, según haya sido la mayor o menor amplitud de la tesis que sobre el particular haya tenido el investigador de la Fiscalía o la judicatura porque el tema no es de pacífica aceptación. Y eso contribuye, no a realizar justicia,

sino a distorsionar más aún el sistema, que bastante desencajado está por razones que no son del caso comentar para los efectos de éste documento". (agosto 16/95).

Con todo respeto,

Carlos E. Mejía Escobar.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Cuando se trata de la causal primera de casación, no puede perderse de vista la distinción entre los motivos de violación directa e indirecta de la ley, cuyo fundamento teórico claramente diferenciable para cada una de ellas, como que mientras la violación directa de la ley supone necesariamente yerros del fallador en el proceso de intelección de las normas aplicables al caso concreto, pudiendo incurrir entonces en la falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, la violación indirecta aunque también está referida a yerros de fallador en cuanto a la aplicación o desconocimiento de la norma aplicable al caso, el quebranto se produce por defectos en la labor valorativa de la prueba, o en las disposiciones que se tuvieron en cuenta en dicho proceso intelectivo -normas medio y normas fin violadas-, lo cual puede presentarse debido a errores de hecho o de derecho, bien por suposición, omisión o distorsión probatoria o por falsos juicios de legalidad o de convicción.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 12744 Aprobado Acta No.132

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre los requisitos formales de la demanda sustentatoria del recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Jesús María Zapata Cartagena*, contra el fallo proferido el 15 de marzo de 1996, por medio del cual el Tribunal Nacional confirmó la sentencia proferida en primera instancia el 27 de diciembre de 1995 por un Juez Regional de la ciudad de Medellín, en la que se condenó al procesado a la pena principal de 40 años de prisión y multa de 130 salarios mínimos, imponiéndole la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor del delito de secuestro extorsivo en concurso con los de rebelión y cohecho por dar u ofrecer.

HECHOS.

Así los resumió el Juez:

"Tiene como génesis el presente temario la denuncia instaurada por el señor Bernardo Ernesto Vélez White ante la fiscalía Delegada ante el UNASE de Medellín el día 27 de julio de 1.994, dando cuenta que el 24 del mismo mes y año aludidos fue objeto de un secuestro por parte de ocho (8) sujetos que, identificándose como miembros del E.L.N., lo retuvieron desde las cuatro de la tarde hasta las once de la noche incluso, en su finca 'El Pencal', ubicada en jurisdicción del municipio de Uramita (Ant.). Narra el denunciante que los mencionados sujetos le exigieron en principio la suma de cuatrocientos millones de pesos, pero que después de una larga conversación llegaron a un acuerdo basado en que les entregaría cincuenta millones de pesos acompañados de tres millones como vacuna, que la entrega se haría el lunes próximo en la casa de Eliécer Gómez simpatizante de los subversivos.

Con base en los anteriores datos, el *UNASE* organizó un operativo que gracias a la colaboración de la Policía culminó el 19 de agosto/94 con la captura de Jesús María Zapata Cartagena en la población de Guarne (Ant.), quien, al igual que varios documentos comprometedores que portaba, fue puesto a disposición de las autoridades pertinentes".

LA DEMANDA

Apoyándose en el cuerpo primero de la causal primera del artículo 220 del C.P.P., en el único cargo que dice formular el impugnante, comienza por preguntarse si *Zapata Cartagena* fue condenado a una pena tan alta "por no existir duda acerca de su responsabilidad en el reato, o por haber insistido en la entrega de la suma de dinero acordada con el señor *Vélez White*", reproduciendo a continuación un extenso aparte del fallo de segunda instancia en lo referente a las razones para no concederle al procesado la rebaja de pena por confesión y por haber liberado al secuestrado horas después del plagio, para concluir que hay "claridad existente en cuanto a la confesión de mi representado, tal como lo manda el artículo 296 del C.P.P.".

Por ello, advierte de inmediato que *Zapata Cartagena* no fue capturado en situación de flagrancia, pues su captura obedeció a su comunicación telefónica el 19 de agosto de 1994 con el señor Vélez White, "con quien había acordado la entrega de dinero, razón por la cual ultimaban la entrega del mismo", pues, en su criterio es necesario precisar si en esas condiciones puede predicarse que la captura se produjo en flagrancia a fin de determinar la procedencia

de la rebaja de pena por confesión, ya que de lo contrario habría que "endilgarle el delito de *extorsión*, pero en grado de tentativa" habida cuenta que no se produjo la entrega del dinero exigido.

Igualmente aduce, que resulta contradictoria la posición del Tribunal, pues no obstante reconocer que el procesado confesó, le niega la rebaja de pena por este motivo arguyendo que la captura se produjo en situación de flagrancia, cuando la verdad es que ésta ocurrió 23 días después de la liberación del secuestrado, ya que es precisamente por ese motivo por el que ha sostenido a lo largo del proceso que dicha captura no se dio en situación de flagrancia, como también, en su concepto, lo demuestran las diversas versiones rendidas por la víctima y los informes sobre la captura del procesado.

Sin embargo, a continuación considera que de no ser posible la rebaja de pena por confesión, en el entendido de que *Zapata Cartagena* fue reconocido por el secuestrado, debe otorgársele las rebaja de pena contenida en el artículo 271 del C.P.P. (subrogado por el art. 4o. de la Ley 40/93), esto es, por haber dejado en libertad a Vélez White 7 horas después de su ilegal retención.

Así, concluye que respecto del delito de secuestro extorsivo no puede aducirse que hubo captura en flagrancia, como quiera que tal circunstancia se presentó en cuanto al delito de extorsión.

Pasa a recordar el criterio jurisprudencial sobre el concepto de flagrancia y su diferencia con la captura en flagrancia, destacando la importancia que a su modo de ver tiene el "espacio", entendido como el lugar donde se comete el delito, lo cual dice demostrar con extensas reproducciones jurisprudenciales, por ello para que en el caso concreto pueda considerarse que la captura de *Zapata Cartagena* se produjo en flagrancia, ésta debió darse cuando aquél estaba "*en posesión de la persona supuestamente secuestrada*", ya que agrega "si en situación de flagrancia hubo alguna captura fue cuando hablaba por teléfono con el señor *Vélez White*, cuando exigía el pago de la suma de dinero 'acordada' el día 23 de julio de 1994, fecha en la que horas después fue liberado sin que a la larga pagara un solo peso, ni durante ni después de su aprehensión", reiterando entonces la procedencia de la rebaja de pena por la liberación temprana del secuestrado, máxime si durante ese lapso no fue sometido a torturas o presiones, puesto que éstas se hicieron telefónicamente y después de su liberación, "lo cual convierte al señor condenado en un *extorsionista en grado de tentativa, y no en flagrante secuestrador*".

Reproduce al respecto, los salvamentos de voto de los fallos en los que la Corte definió el concepto de flagrancia, reiterando lo anterior y finalmente solicita, se case el fallo impugnado, "dictando

una sentencia que se encuentre en armonía con los hechos realmente sucedidos y aplicando la atenuante por confesión".

CONSIDERACIONES

1ª. Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala que la dialéctica propia de este recurso extraordinario impone una metodología propia en donde las censuras propuestas contra la sentencia impugnada no pueden soslayar los mínimos presupuestos de precisión y claridad requeridos dentro de los requisitos formales a que se contrae el artículo 225 del C.P.P., de manera tal que el censor elabore y desarrolle los cargos dentro de un estricto orden lógico a fin de evidenciar los yerros atribuidos al fallo atacado.

2ª. En esa medida entonces, y concretamente cuando se trata de la causal primera de casación, no puede perderse de vista la distinción entre los motivos de violación directa e indirecta de la ley, cuyo fundamento teórico claramente diferenciable para cada una de ellas, como que mientras la violación directa de la ley supone necesariamente yerros del fallador en el proceso de intelección de las normas aplicables al caso concreto, pudiendo incurrir entonces en la falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, la violación indirecta aunque también está referida a yerros de fallador en cuanto a la aplicación o desconocimiento de la norma aplicable al caso, el quebranto se produce por defectos en la labor valorativa de la prueba, o en las disposiciones que se tuvieron en cuenta en dicho proceso intelectivo -normas medio y normas fin violadas-, lo cual puede presentarse debido a errores de hecho o de derecho, bien por suposición, omisión o distorsión probatoria o por falsos juicios de legalidad o de convicción.

3ª. Lo anterior explica entonces, por qué cuando se trata de violación directa de la ley, el censor acoge los hechos y la valoración probatoria en la forma como fueron expuestas por el fallador, pues dando por descontada tal discusión, el objetivo por esta vía debe conducir a demostrar cómo al caso así entendido, eran otras las normas aplicables u otro el sentido de las que se utilizaron para resolverlo. Por ello también, es que en la violación indirecta, lo que debe pretenderse es demostrar, de qué manera los errores en la evaluación de las pruebas tuvieron una trascendencia en la decisión adoptada, de manera tal que de no haberse cometido, otra sería la decisión.

4ª. En la demanda que se revisa, denota el casacionista un palmario desconocimiento frente a estos presupuestos orientadores mínimos pero fundamentales de este recurso, pues se limitó a invocar la violación de una norma de derecho sustancial, que aunque en principio permitiera colegir que escogió el motivo de la

violación directa, no precisa cuáles fueron los preceptos quebrantados ni su sentido, esto es, si por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea.

Tales falencias, resultan difíciles de superar no solo ante la inconsistencia de los argumentos del actor, sino y, con mayor razón, porque a juzgar por las sui generis conclusiones que extrae el casacionista de los fundamentos de la censura, carece de interés para recurrir.

5º. En efecto, en forma por demás contradictoria, afirma el casacionista que el procesado merece las rebajas por confesión y por haber liberado a la víctima antes de 15 días de cumplida su retención, partiendo para ello de un argumento sofístico, como quiera que para significar la procedencia de la rebaja de pena por confesión, no acepta -apoyándose para ello en su propia estimación probatoria- que la captura de *Zapata Cartagena* se hubiera producido en situación de flagrancia respecto del secuestro, pues en su criterio, si respecto de algún delito hubo flagrancia este es el de extorsión pero en grado de tentativa, caso en el cual discute el cargo por secuestro y sin embargo, reclama de inmediato la rebaja de pena por haber "liberado" al secuestrado escasas 7 horas después de su plagio.

6º. Como se ve, el casacionista desbordando toda posibilidad de lógica en su argumento, pretende reclamar dos rebajas de pena que necesariamente lo obligan no solo a discutir la calificación del tipo objetivo, sino que lo conllevan a aceptar ya no la comisión de un solo delito de secuestro extorsivo por el cual fue condenado *Zapata Cartagena*, sino que termina sugiriendo una especie de sui generis concurso entre secuestro extorsivo y extorsión, que atendiendo la punibilidad establecida para este tipo de delitos en la Ley 40 de 1993, supondrían la agravación de la situación del procesado, lo cual es absolutamente inadmisible, máxime si ello proviene de quien está encargado precisamente de defender sus derechos.

Por tales razones, se rechazará in limine la demanda de casación presentada a nombre del procesado *Jesús María Zapata Cartagena* y en consecuencia declarar desierto el recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

1º. Rechazar in limine la demanda de casación presentada por el defensor de *Jesús María Zapata Cartagena*, contra el fallo de segunda instancia proferido el 15 de marzo de 1996 por el Tribunal Nacional.

2º. Declarar desierto el recurso extraordinario de casación.

3º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 del C.P.P., contra esta decisión no procede recurso alguno.

4º. Devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia* (no firmó), *Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ESTAFA - Consumación

De manera reiterada esta Corporación ha precisado que el delito de Estafa se consuma en el lugar donde el sujeto activo obtiene el provecho patrimonial como consecuencia de la inducción en error de la víctima.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Proceso No. 13657 Aarobado Acta No. 124 (Octubre 15/97)

VISTOS

La Sala resuelve la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Santafé de Bogotá y el Juzgado Segundo Penal Municipal de Soacha, despachos que se han declarado incompetentes para conocer del proceso penal que se adelanta contra *Evelio Bautista*, por el delito de Estafa.

ANTECEDENTES

El proceso muestra que el día veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y seis, la señora *Teresa del Niño Jesús Peña de Montoya* le compró a *Evelio Bautista* un lote de terreno, ubicado en el barrio Santa Viviana del municipio de Soacha, por la suma de dos millones doscientos mil pesos, para lo cual le dio como cuota inicial un equipo de sonido y cien mil pesos en efectivo. Además, el veintinueve de marzo le entregó un millón de pesos y a los dos meses le pagó quinientos mil pesos, quedando un saldo de doscientos mil pesos que se comprometió a cancelar cuando se firmara la escritura pública.

El día seis de junio de mil novecientos noventa y seis, su hija *Maryi Yuli Montoya* acudió a la Junta de Acción Comunal del barrio Santa Viviana y se enteró que el lote era de propiedad de la Caja de

Vivienda Popular, por lo cual procedió a formular la respectiva denuncia penal.

El quince de agosto, la Fiscalía Local Setenta y Seis de esta ciudad inició investigación penal y vinculó mediante indagatoria a *Evelio Bautista* contra quien profirió medida de aseguramiento consistente en caución, por el delito de Estafa.

El tres de diciembre último, el funcionario de instrucción declaró cerrada la investigación y mediante providencia del diecisiete de marzo del presente año calificó el mérito del sumario, profiriendo resolución de acusación contra *Evelio Bautista*, por el delito de Estafa Agravada.

El proceso le correspondió por reparto al Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de esta ciudad, despacho que mediante proveído del veintitrés de julio se declaró incompetente para conocer del mismo, argumentando que el lote de terreno materia de la investigación está ubicado en el municipio de Soacha. En consecuencia, ordenó remitir el expediente al Juzgado Penal Municipal Reparto de esa ciudad, proponiendo colisión de competencia en caso de que sus razones no fueran compartidas.

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Soacha también se declaró incompetente para conocer de las diligencias, pues estima que el delito de estafa se consumó en Santafé de Bogotá, toda vez que en esta ciudad se produjo el menoscabo del patrimonio económico de la denunciante y se incrementó el del procesado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como el conflicto se suscita entre dos Juzgados de diferentes Distritos Judiciales, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte dirimirlo, de conformidad con el numeral 5º del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

Los despachos enfrentados, aceptan la competencia por la naturaleza del hecho, pero la rechazan por el factor territorial, es decir, por el lugar donde se consumó la Estafa.

De manera reiterada esta Corporación ha precisado que el delito de Estafa se consuma en el lugar donde el sujeto activo obtiene el provecho patrimonial como consecuencia de la inducción en error de la víctima.

En el caso concreto ninguna duda queda sobre la competencia del Juez Sesenta y Dos Penal Municipal de Santafé de Bogotá para conocer del proceso que se adelanta contra *Evelio Bautista*, pues el acervo probatorio demuestra que el procesado obtuvo el provecho

ilícito en esta ciudad, toda vez que la ofendida entregó el equipo de sonido y el dinero en efectivo para cancelar el precio de la compra en su propia residencia, la cual se halla ubicada en la diagonal 59 I Sur número 38 - 52 de Santafé de Bogotá, por lo que en este lugar se consumó el referido ilícito.

El Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal aduce que no es competente por cuanto el lote de terreno objeto del contrato de compraventa se encuentra en el Municipio de Soacha, pero tal estimación resulta equivocada porque el delito de Estafa se consuma en el lugar donde el agente realice la conducta descrita en el verbo rector, esto es, donde obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero.

Así las cosas, la Corte declarará que corresponde conocer del presente proceso al Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Santafé de Bogotá a donde será remitido para que prosiga la actuación.

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

RESUELVE

Declarar que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Santafé de Bogotá. Por tanto remítase el expediente a ese despacho e infórmese de esta decisión al Juzgado Segundo Penal Municipal de Soacha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nougués, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION - Requisitos

1º. Ha sido criterio reiterado de la Corte con el ánimo de evitar desgastes innecesarios, que el recurso de casación por su carácter de rogado está sujeto a una serie de requisitos legales mínimos que el demandante está obligado a respetar so pena de que se rechace el estudio del libelo, como que cada uno de ellos tiene una finalidad específica.

2o. En efecto, es claro que los acápites correspondientes al resumen de los hechos y la actuación procesal, deben obedecer a una presentación objetiva sobre las circunstancias que rodearon el acontecer delictual, así como la actuación procesal debe corresponder a la forma como se rituó el proceso, sin que en ello sea dable hacer críticas o tachas al proceso en general o a la sentencia en particular, pues es en la formulación de los cargos, donde el recurrente debe presentar de manera clara y precisa la causal invocada y en ese orden los fundamentos de ella, esto es, si se trata de yerros in iudicando o in procedendo que pongan en tela de juicio la legalidad de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 12889 Aprobado Acta No. 132

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre los requisitos formales de la demanda sustentatoria del recurso de casación interpuesto por el defensor de *Rubén Darío Villada Baena*, contra la sentencia del 17 de septiembre de 1996 del Tribunal Superior de Neiva, por medio de la cual se confirmó la proferida el 10 de julio del mismo año, por el Juzgado 3o. Penal del Circuito de la Plata Huila, en la que se condenó al procesado a la pena principal de 42 años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10

años y al pago de los perjuicios ocasionados, como autor del delito de homicidio agravado.

HECHOS

Sucedieron la noche del 28 de mayo de 1995, en el parque del municipio de la Plata -Huila-, momentos en que varios ciudadanos observaron que cuando 3 sujetos discutían, uno de ellos le propinó un machetazo en la cara a otro de los que intervenían en la trifulca, habiéndolo perseguido hasta alcanzarlo y asestarle otro machetazo en la cabeza, para una vez en el piso, perpetrarle otra serie de golpes con la misma arma y luego arrojarla y emprender la huida.

Tal sujeto fue perseguido y capturado por el agente Diego Fernando Idárraga, quien se encontraba de civil, siendo entonces identificado junto con otro de los integrantes de la gresca, como *Harnán Darío y Mario Villada Baena.*

Posteriormente, se tuvo conocimiento que la víctima, identificada como Jesús Alfady Osorio Cifuentes, murió en el Hospital General de Neiva, a causa de las heridas sufridas.

LA DEMANDA

En un solo cargo que dice formular el casacionista al amparo del cuerpo primero de la causal primera de casación, ataca el fallo impugnado de violar directamente y por falta de aplicación, el artículo 60 del C.P., "dado que los hechos se produjeron, y hay prueba fehaciente de ello en el proceso, dentro de un contexto de ira e intenso dolor por el comportamiento grave e injusto de quien posteriormente falleciera a causa de la reacción de su víctima".

En la demostración del reproche, reproduce la proposición del cargo, agregando simplemente que mal podía el Tribunal considerar que los hermanos Villada Baena se vinieron desde Antioquia hasta el lugar de los hechos a matar a un ciudadano en un parque concurrido, máxime si al respecto el procesado tiene un testigo aún no desvirtuado como es su propio hermano, amén de que aunque las meretrices del sector se negaron a colaborar con la justicia, "la regente de la casa de citas señora *María Luz Mery Hernández Ramírez*, relató que una de sus empleadas, le relató el día de los hechos, el 28 de mayo de 1996, que se había presentado un atraco o un intento de atraco en el negocio, pero que fue testigo de oídas", lo cual está en concordancia con la versión de los hermanos *Villada Baena*, pues al respecto, recuerda el censor, que de acuerdo con la sana crítica, lo observado por los testigos fue el final violento de los acontecimientos y no sus orígenes.

Manifiesta igualmente que se dejó de aplicar el artículo 64.1 del C.P., en tanto que hace referencia a la buena conducta anterior y al haber obrado bajo estado de emoción o terror intenso.

Por último, advierte que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, debido a que durante la audiencia pública, el Ministerio Público se presentó minutos antes de la intervención del defensor, y solamente se excusó de su retardo y coadyuvó la acusación de la Fiscalía.

Solicita entonces, se case parcialmente el fallo impugnado, revocando el punto primero y confirmando los demás, para que se le imponga al procesado la pena principal de 8 años y cuatro meses de prisión como responsable del delito de homicidio simple cometido en estado de ira e intenso dolor y las atenuantes de la buena conducta anterior, el deseo voluntario de presentarse a las autoridades y la confesión.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

Por su parte, el Procurador Judicial No. 139 ante el Tribunal de Neiva, solicita el rechazo del libelo, pues, en su criterio, no respeta la lógica jurídica de la censura invocada, como que su escrito se reduce a un alegato de instancia en donde aduciendo una violación directa de la ley, se adentra en un debate probatorio inadmisible, así como que la pretendida nulidad que esboza carece de sustento y de razón.

CONSIDERACIONES

1ª. Ha sido criterio reiterado de la Corte con el ánimo de evitar desgastes innecesarios, que el recurso de casación por su carácter derogado está sujeto a una serie de requisitos legales mínimos que el demandante está obligado a respetar so pena de que se rechace el estudio del libelo, como que cada uno de ellos tiene una finalidad específica.

2ª. En efecto, es claro que los acápites correspondientes al resumen de los hechos y la actuación procesal, deben obedecer a una presentación objetiva sobre las circunstancias que rodearon el acontecer delictual, así como la actuación procesal debe corresponder a la forma como se rituó el proceso, sin que en ello sea dable hacer críticas o tachas al proceso en general o a la sentencia en particular, pues es en la formulación de los cargos, donde el recurrente debe presentar de manera *clara y precisa* la causal invocada y en ese orden los fundamentos de ella, esto es, si se trata de yerros in iudicando o in procedendo que pongan en tela de juicio la legalidad de la sentencia.

3ª. Sirva lo anterior, para concluir que en el caso concreto lejos está el casacionista de aproximarse en su escrito a una verdadera

censura contra el fallo impugnado, pues aparte de que aprovecha el resumen de los hechos para presentarlos desde su enfoque particular, cuestionando allí la verdadera causa de la muerte de Osorio Cifuentes, omite el de la actuación procesal, pasando de inmediato a proponer una violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 60 del C.P., sin que en el pretendido desarrollo respete el fundamento teórico de este motivo de violación, según el cual, obligado está el censor a respetar los hechos y la valoración probatoria en la forma como fueron presentados en el fallo, habida consideración que el yerro que se atribuye es eminentemente de hermenéutica jurídica, esto es, por haber adecuado el caso a una norma que no lo regula, o por no haber aplicado la que legalmente no lo contiene o por darle alcances inusitados que no se desprenden del texto legal, debiéndose por tanto dar la discusión en el plano estrictamente jurídico, pues si de cuestionar la valoración probatoria se trata, debe acudirse entonces a la violación indirecta de la ley, en cualquiera de los errores de hecho o de derecho.

4º. Aparte de lo anterior, la precaria demostración que del cargo hace el libelista, se queda en especulaciones elaboradas desde su peculiar forma de valorar los hechos y las pruebas, quedando por ende el reproche en genéricas afirmaciones carentes de demostración, pues las vagas referencias que hace al testimonio del hermano del procesado y de las meretrices que escuetamente refiere, ningún aporte hacen en orden a demostrar que el juzgador debió aplicar en el caso concreto la diminuente punitiva de que trata el artículo 60 del C.P., pues tal y como lo recuerda el procurador judicial no recurrente, su escrito se reduce a un alegato propio de las instancias, ya que para que procediera una formulación en los términos en que la presenta el recurrente, habría de suponerse que habiendo el sentenciador reconocido esta circunstancia, falló de manera contraria.

Así las cosas, fuerza concluir que habiendo propuesto el casacionista una determinada forma de violación de la ley sustancial, su esfuerzo argumentativo para demostrarla lo es por la vía equivocada, esto es, la de la violación indirecta de la ley por error de derecho en cuanto falso juicio de convicción, que como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala, en casos como estos, resulta de estéril alegación, habida cuenta que los jueces para la valoración probatoria solamente deben respetar las reglas de la sana crítica y la experiencia. Por ello, mientras no se demuestre el desconocimiento de tales derroteros, los fallos judiciales permanecen amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, debiendo primar sus conclusiones a las del impugnante, que vanamente emprende una discusión valorativa carente de sustento.

5ª. Asimismo, palmario es el desatino del demandante al proponer dentro del mismo cargo una nulidad originada en una sui generis circunstancia, en su criterio irregular, que por lo impertinente, releva a la Corte de cualquier comentario, como quiera que la proposición de nulidades en casación debe hacerse como cargo principal en capítulo separado y al amparo de la causal tercera, debiendo en todo caso el demandante indicar la causal de nulidad en que se apoya y demostrar la vulneración de las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento o el desconocimiento de las garantías fundamentales de los sujetos procesales, indicando la actuación procesal a partir de la cual considera debe reponerse la actuación.

Ninguno de los anteriores presupuestos cumplió el libelista en la nulidad que anuncia y que apenas deja invocada como una inquietud libremente planteada para que la Corte oficiosamente la estudie, y que en tales términos, inadmisible resultan esta clases de sugerencias, máxime si las facultades oficiosas conferidas a esta Corporación por el artículo 228 del C.P.P. solo pueden ejercerse al momento de desatar el recurso y advierta la necesidad de nulitar lo actuado.

6ª. Por último no puede la Sala pasar desapercibido lo relacionado a la ambiciosa petición que hace el casacionista, pues aparte de que no desarrolló ni demostró el único cargo que dice formular, incluyó pretensiones que implicarían estudios de fondo de aspectos de los cuales no se ocupó, como solicitar que se condene al procesado por homicidio simple sin antes elaborar una censura tendiente a desvirtuar el agravante imputado en la acusación, así como que se le reconozca la rebaja de pena de por confesión, sin que tal circunstancia se hubiera siquiera mencionado en el reproche en otro acápite de la de la demanda, lo cual evidencia no solo el desconocimiento de los parámetros mínimos que deben cumplirse para este extraordinario recurso, sino la falta de seriedad en su interposición.

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

RESUELVE:

1ª. Rechazar in limine la demanda de casación presentada por el defensor de *Hernán Darío Villada Baena*, contra la sentencia de segunda instancia proferida el 17 de septiembre de 1996 por el Tribunal Superior de Neiva.

2ª. Declarar desierto el recurso de casación interpuesto a favor del procesado *Hernán Darío Villada Baena*.

3°. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 197 del C.P.P., contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll (no firmó), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia* (no firmó), *Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

DICTAMEN PERICIAL / PRUEBA PERICIAL /

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Es cierto que la estimación juramentada de la cuantía y el valor de los perjuicios puede impugnarse, de conformidad con el artículo 295 del C. de P. P., caso en el cual el funcionario judicial decretará la prueba pericial para establecer lo pertinente. Sin embargo, el respectivo dictamen ha de correr la suerte de cualquier medio probatorio de naturaleza técnica, pues se someterá a los controles de validez y eficacia de que tratan los artículos 264 y siguientes del Estatuto Procesal Penal y, sobre todo, deberá apreciarse por el funcionario judicial conforme con las reglas de la sana crítica (art. 254 idem), en especial, las que dispone el artículo 273 de la misma obra.

Con apego al principio lógico antecedente consecuente, se dice que la censura por violación directa supone definiciones acordadas sobre los hechos y la prueba de los mismos, de tal manera que la discrepancia se circunscribe a un problema de subsunción o de denotación legal de aquéllos. Es decir, cuando el actor opta por la vía directa, ha lugar a una proposición condicional, porque se entiende que la discusión del encuadramiento legal está supeditada a la aceptación de la verdad fáctica declarada en la sentencia.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 10005 Aprobado Acta N° 133

VISTOS

Por parte del defensor del procesado *Héctor Tiberio Naranjo Vanegas*, se ha interpuesto el recurso de casación en contra de la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, aprobada el 19 de julio de 1994, por medio de la cual se revocó el fallo absolutorio de primera instancia y, en lugar,

se declaró que el acusado era responsable del delito de estafa. En consecuencia, el fallador dispuso la pena principal de veintiun (21) meses y diez (10) días de prisión y multa por valor de dos mil cien pesos ($ 2.100.oo); derivó la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena privativa de la libertad; le impuso al procesado la obligación de pagar a favor de la ofendida *Gloria Stella Torres viuda de Salcedo* la suma de siete millones ($ 7.000.000.oo), más los intereses legales y la corrección monetaria, por concepto de perjuicios materiales, y el equivalente a cien (100) gramos oro, como medida del daño moral; y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Como se ha dispensado regularmente el trámite de la impugnación extraordinaria, la Sala decidirá lo pertinente.

HECHOS

La señora *Gloria Stella Torres viuda De Salcedo*, propietaria y administradora del establecimiento de comercio denominado "Taberna Los Toneles-Restaurante", situado en la carrera 9ª N° 23-15 de esta ciudad, denunció que a su local mercantil comenzó a llegar como cliente el señor *Héctor Tiberio Naranjo Vanegas*, quien, después de ganarse su confianza y la de los empleados, la indujo a realizar una permuta de su negocio por el 50% de otro establecimiento comercial conocido con el nombre de "Piano Bar Parrilla Petronios" o "Chicó 98", presuntamente de propiedad del proponente, situado en la calle 98 N° 15-61 de esta misma capital.

Pues bien, antes de formalizar la permuta, el oferente *Naranjo Vanegas* invitó a la dama a que conociera el movimiento de su negocio comercial, oportunidad en la cual la halagada mujer se encontró una apreciable clientela, y después, el 28 de febrero de 1989, firmaron el contrato respectivo, por medio de documento privado en el cual se expresaba que la señora *Torres viuda de Salcedo* entregaba su establecimiento mercantil avaluado en la suma de siete millones de pesos ($ 7.000.000.oo), y un millón de pesos ($ 1.000.000.oo) más para completar el precio que le correspondía, y a cambio recibía la mitad del local de comercio "Los Petronios", establecimiento que desde entonces comenzó a coadministrar con la señora *Consuelo Cardona Vélez*, quien hizo presencia allí en representación del copropietario *Naranjo Vanegas*.

Apenas había comenzado su ejercicio comercial en el local de la calle 98, la adquirente *Gloria Stella Torres* se enteró de sus bajos rendimientos; se dio cuenta de que se trataba de un establecimiento con escasa demanda de usuarios, sólo que para transferírselo, el señor *Naranjo Vanegas* le había preparado la escena de un grupo ficticio de clientes, que en realidad eran amigos del negociante

invitados para ese solo fin: vio que rápidamente comenzaron a desfilar por el local los acreedores de aquél, entre ellos, el señor *Víctor Fabio Arcila Vélez*, quien le reclamaba el negocio; y, finalmente, el establecimiento de comercio fue embargado y secuestrado por la acción ejecutiva instaurada por el acreedor *Pedro Pablo Rocha Rodríguez*, hecho este que contribuyó a la salida de la copropietaria.

Al sentirse defraudada, la permutante trató de recuperar el establecimiento comercial de la carrera 9ª, pero el comerciante *Naranjo Vanegas* se lo impedía en tono amenazante, mas como éste dejó de cubrir el canon de arrendamiento, sobrevino entonces la acción de lanzamiento instaurada por el dueño de la edificación y tal hecho le puso fin al abuso del acusado y también a esa unidad de comercio.

ACTUACIÓN PROCESAL

Correspondió la investigación de los hechos al desaparecido Juzgado Cuarenta y Cinco de Instrucción Criminal, despacho que ordenó primero diligencias de indagación preliminar y después decidió abrir la investigación, vincular formalmente al imputado *Naranjo Vanegas* y, por medio de auto del 23 de julio de 1990, profirió en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como presunto autor de un delito de *hurto*. Revisada en sede de apelación la providencia de situación jurídica, el Tribunal Superior modificó la calificación delictiva de *hurto* por la de *estafa*.

Cerrada la investigación, el mismo despacho instructor calificó el mérito sumarial, según providencia fechada el 18 de noviembre de 1991, por medio de la cual dictó resolución de acusación en contra del procesado *Héctor Tiberio Naranjo Vanegas*, como presunto autor de un concurso de hechos punibles de estafa agravada por la cuantía de la defraudación y falsedad en documento privado, de conformidad con las previsiones de los artículos 356, 372 y 221 del Código Penal (tercer cuaderno original, fs. 28 y siguientes).

Como la calificación sumarial fue objeto de los recursos de reposición y apelación por parte de la defensa, finalmente el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por medio de auto del 28 de mayo de 1992, confirmó la acusación por el delito de estafa, circunstanciado por la agravación en razón de la cuantía, y la revocó en lo atinente al injusto de falsedad en documento privado (cuaderno tribunal superior N° 1, fs. 70 y siguientes).

El Juzgado Doce Penal del Circuito impulsó la causa y, por medio de sentencia fechada el 19 de mayo de 1994, absolvió al procesado *Naranjo Vanegas* del único cargo por el delito de estafa deducido

finalmente en la resolución de acusación de segunda instancia (cuarto cuaderno original, fs. 78 y siguientes). Por último, se sabe que esta decisión fue impugnada por el apoderado de la parte civil, recurso que dio lugar al fallo de segunda instancia ya mencionado en la introducción (segundo cuaderno del Tribunal, fs. 74 y siguientes).

DEMANDA DE CASACION

El impugnante escoge las causales primera y tercera de casación para atacar el fallo, dispone cuatro cargos y los desarrolla de la siguiente manera:

Al amparo de la causal primera:

Dice que la sentencia del Tribunal ha violado directamente la ley sustancial, porque interpretó erróneamente los artículos 3°, 4°, 5°, 23, 61, 68 y 356 del Código Penal. Argumenta del siguiente modo:

En el fallo acusado se llegó al juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad por exclusión, y de la misma manera se hallaron reunidos los presupuestos del hecho punible de estafa, a sabiendas de que tales elementos "deben ser demostrados al procesado", y cuando la verdad procesal enseña que "no es posible afirmar tal silogismo en forma certera y convincente, en forma inequívoca".

En relación con este primer cargo, dice el censor que se debe partir de la incertidumbre sobre el bien jurídico y el objeto material protegidos, pues, aunque la denunciante se refirió a un perjuicio patrimonial de siete millones de pesos ($ 7.000.000.oo), la verdad es que "no se allegaron pruebas en tal sentido"; además, de conformidad con el artículo 295 del C. de P. P., tal cuantía fue impugnada y el perito no encontró elementos de juicio suficientes para establecer el monto del daño material y, en razón de tal vacío, se abstuvo de emitir el respectivo dictamen.

Si se atiende la versión libre y espontánea de la señora *Gloria Stella Torres viuda de Salcedo*, se comprende que ninguno de los contratantes "salió ganando" sino que "ambos salieron perdiendo", y además, se infiere que no se ha cuantificado el perjuicio ocasionado al patrimonio económico ni el provecho que representa para el acusado *Naranjo Vanegas* o un tercero, elementos imprescindibles de la tipicidad propia del delito de estafa (art. 3° C. P.).

El demandante expone que se ha interpretado erróneamente el artículo 4° del Código Penal, pues, si la señora *Torres viuda de Salcedo* afirma que nadie ganó y que ambos perdieron, no es posible afirmar que hubo lesión o puesta en peligro de su patrimonio económico.

Si en el negocio ambos contratantes perdieron, recaba el impugnante, no divisa el dolo propio de la estafa, exigible de conformidad con el artículo 5° del código Penal, el cual se traduce en el provecho para una parte y el correlativo perjuicio para la otra.

Ahora bien, en lo que atañe a la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, no se tuvo en cuenta que la conducta examinada es pura y simple, sin agravantes ni atenuantes, y si bien el acusado exhibe una sentencia condenatoria anterior por un hecho punible de estafa, es bueno saber que, conforme con lo que figura en el expediente, no cometió otro delito durante el período de prueba que le asignaron por cuenta de ese antecedente. Como la filosofía del subrogado se orienta a propiciar la resocialización, con mayor fuerza en un país de exacerbada violencia y aumento acelerado del delito, y donde las cárceles no atemperan sino que acrecen la delincuencia, entonces debe tenerse en cuenta que la libertad es el principio, máxime que no puede hablarse de que el acusado "sea un delincuente peligroso para la sociedad", o que se haya presentado una modalidad delictiva de mayor relieve frente a las de su categoría, dado que la denunciante también era comerciante y no puede reputarse como persona inocente o desconocedora de lo que ocurría, si se sabe que estuvo por más de un año y medio al frente del negocio permutado.

El segundo cargo alude a una infracción indirecta de la ley sustancial, por provenir de un error en la apreciación del dictamen pericial rendido por el doctor *Carlos Enrique Martínez Palacio* (tercer cuaderno original, fs. 145 a 147), yerro a través del cual se afectaron los artículos 1°, 246, 247, 248, 253 y 264 a 273 del C. de P. P., así como el artículo 29 de la Constitución Política.

Explica que en la relación de la prueba recaudada no se hace referencia a dicho medio de convicción, sólo en la parte considerativa de la sentencia se dice que el dictamen es abiertamente contrario a la evidencia, aunque cabe preguntar a cuál evidencia se refiere el Tribunal, pues se olvida que la cuantía fue impugnada y por ello se produjo la peritación, y además la denunciante "afirma que ni ella ni *Naranjo Vanegas* ganaron y que ambos perdieron".

La mencionada prueba no ha sido apreciada en su justo valor, conforme con las reglas de la sana crítica, la igualdad de las partes y el principio de la duda, pues, si se estiman los medios probatorios como lo hizo el Juzgado Doce Penal del Circuito, la conclusión indiscutible era la de que no hubo patrimonio económico vulnerado, tampoco se presentó un provecho ilícito y tampoco se lesionó el derecho ajeno, y se imponía entonces la absolución.

Aunque el artículo 253 del C. de P. P. se refiere a la libertad de prueba, lo cierto es que, para establecer la cuantía en los delitos contra el patrimonio económico, se exige prueba calificada, de conformidad con el artículo 295 *idem*. De ahí que si no se le da el valor de plena prueba al dictamen pericial, como corresponde por mandato de la norma citada, se incurre en una interpretación errónea de dicho medio de convicción cuando se dice que es contrario a la evidencia.

El tercer cargo se enuncia como violación indirecta de la ley sustancial, por la vía del error de hecho, y se concreta en haber pasado por alto las versiones libres y espontáneas de *Gloria Stella Torres viuda de Salcedo y Jaime Emiro Rincón Puentes*, las cuales obraban dentro del proceso como prueba trasladada, desconocimiento que dio lugar a la afectación de los artículos 1°, 246, 247, 253 y 255 del Código de Procedimiento Penal, así como el artículo 29 de la Constitución Política. Se hace especial énfasis en el contenido de la primera versión, pues en ella se establece que no hubo ganancia para ninguno de los dos negociantes, en cambio si perdieron ambos, determinación probatoria que obligaría a declarar que la conducta del acusado no perjudicó el patrimonio ajeno y, como así no procedió el Tribunal, se solicita a la Corte que dicha prueba se tenga como "documento público" que no ha recibido tacha alguna; que la misma constituye "plena prueba" y, por consiguiente, su sola existencia "daría lugar al *in dubio pro reo*", caso en el cual se impondría una sentencia absolutoria en favor del acusado.

El cuarto cargo tiene que ver con la causal tercera, porque se plantea que la sentencia se ha dictado dentro de un juicio viciado de nulidad, debido a que se afectó el derecho de defensa y el debido proceso en relación con el procesado *Héctor tiberio Naranjo Vanegas*. Se argumenta que la cuantía de la defraudación fue impugnada desde la instrucción y solamente se designó el perito en la fase del juzgamiento, auxiliar este que determinó la inexistencia de daños materiales por falta de pruebas, por medio de una precisión en la cual coincide con la versión de la señora *Torres viuda de Salcedo*, razón de concordancia que habilita para concluir que, a partir de la firmeza del dictamen, eran incompetentes para conocer del asunto todos los funcionarios que actuaron con posterioridad, pues, sin cuantía no hay competencia y, a lo sumo, se trataría de un hecho de competencia de las inspecciones de policía.

Finalmente, en caso de que se descubran fallas en la presentación de la demanda, de manera especial solicita a la Corte que proceda de conformidad con el último inciso del artículo 218 del C. de P. P., en la medida en que para la jurisprudencia futura y la

garantía de los derechos fundamentales en general, es de suma importancia establecer la calidad del dictamen pericial practicado como consecuencia de la aplicación del artículo 295 *idem*, así como la entidad jurídica de la versión libre trasladada de una investigación previa, con el fin de saber si esta última es un documento público o no lo es.

El Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal aborda el estudio de la demanda de casación en el siguiente orden:

Por falta de técnica en su presentación, dice el representante de la sociedad, no puede prosperar la censura motivada en una causal de nulidad (cuarto cargo de la demanda), pues allí no se individualiza el motivo de nulidad ni se indican los fundamentos de la misma y, aunque genéricamente se refiere el censor a las violaciones al derecho de defensa y al debido proceso, tampoco se especifican las circunstancias que dan lugar a cada una de dichas transgresiones.

No obstante, agrega el Ministerio Público, la falta de competencia que alega el demandante carece de respaldo en el proceso. En efecto, es cierto que el defensor impugnó la cuantía del ilícito en el curso de la investigación, por medio de petición reiterada, y que la solicitud sólo fue atendida por el Juzgado Doce Penal del Circuito; pero el perito asignado se abstuvo de evaluar los perjuicios materiales por carencia de elementos de prueba, y los de orden moral se los defirió a la facultad racional del juez.

De este modo, como el auxiliar de la justicia se abstuvo de determinar la cuantía del ilícito, cobraba vigencia el monto de siete millones de pesos ($ 7.000.000.oo) que había fijado la perjudicada bajo la gravedad del juramento, elemento de juicio que entonces permitía situar la competencia en los jueces penales del circuito, a quienes se les adjudicaba el conocimiento de los procesos por delitos contra el patrimonio económico, cuya cuantía fuese superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, de acuerdo con el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal entonces en vigor (Decreto 050 de 1987).

En cuanto al primer cargo, que se refiere a la violación directa por interpretación errónea de los artículos 356 y 68 del Código Penal, el Procurador Delegado destaca un error de técnica en la formulación, pues dicha opción implica la aceptación de las pruebas de respaldo tal como fueron valoradas por el juzgador; sin embargo, a la hora de referirse al delito de estafa, el impugnante dice que el Tribunal desconoció medios de convicción legalmente aportados al proceso, entre ellos la prueba trasladada que obra a folios 133; y,

de igual manera, para señalar la errónea interpretación del artículo 68 del Estatuto Punitivo, el demandante afirma que el fallador sólo tuvo en cuenta el antecedente por el delito de estafa, pero ignoró su buena conducta y la rehabilitación.

Aparte del yerro en la forma de petición, que *per se* induce al rechazo de la censura, el Procurador advierte que la demanda enuncia un cargo por violación directa de la ley sustancial, pero el desarrollo y la argumentación se orientan a la transgresión indirecta.

En relación con el segundo cargo, que se refiere a la violación indirecta de la ley sustancial por errónea apreciación del dictamen pericial, el Procurador echa de menos los fundamentos claros y precisos de la causal de impugnación que se aduce; no se indica la influencia determinante del error en la sentencia; y no se señala la norma de derecho sustancial presuntamente vulnerada y tampoco se indica si tal transgresión ocurrió por falta de aplicación, activación indebida o interpretación errónea de la misma.

A pesar de estos desaciertos técnicos, el Ministerio Público hace ver que el fallador no distorsionó el sentido y el alcance del peritaje, simplemente lo evaluó como medio probatorio y llegó a la conclusión que se trataba de "un dictamen abiertamente contrario a la evidencia".

Para la estimación del tercer cargo, alusivo al menosprecio de las versiones libres de *Gloria Stella Torres viuda de Salcedo* y *Jaime Emiro Rincón Puentes*, el Procurador Delegado recuerda que dicha censura padece de los mismos vacíos de gestión señalados para el cargo anterior. Sin embargo, aunque se admite que dicha probanza no fue tenida en cuenta en el fallo recurrido, lo cierto es que la omisión no tiene entidad suficiente para desquiciar el fallo, pues, como bien lo anota el juzgador de segunda instancia, varios testimonios acreditan el comportamiento sinuoso desplegado por el acusado *Naranjo Vanegas* para ganarse la confianza de la ofendida, viciar su consentimiento e inducirla a la realización de una permuta que le resultó ampliamente perjudicial.

Como consecuencia de la desestimación conceptual de las múltiples censuras, el Delegado del Ministerio Público solicita a la Corte que no case la sentencia impugnada.

ALEGATO PARTE CIVIL

El apoderado de la parte civil señala que la demanda de casación carece de mínimos requisitos de forma, de conformidad con el artículo 225 del C. de P. P., exigencias básicas que no puede suplir de oficio la Corte, porque, en primer lugar, no se identifican los sujetos procesales; en segundo lugar, cuando el libelo se refiere a

la violación indirecta, no especifica la clase de error de que se trata (falso juicio de existencia o falso juicio de identidad); en tercer lugar, en dicho escrito no señala el demandante los errores de hecho manifiestos en la estimación de la prueba, pues todo lo que pretende es un replanteamiento probatorio extraño a la doble presunción de acierto y legalidad que cubre la sentencia atacada; y, finalmente, temas tan comunes como el de la estafa o evidencias como el respeto a los derechos fundamentales en este proceso, son datos que impiden acudir a la casación excepcional sugerida por el censor.

Consideraciones de la Sala

La prioridad en la evaluación de los cargos, principio suficientemente desarrollado en la práctica de casación, motiva el examen inicial de la censura relacionada con la nulidad, que corresponde al cuarto cargo enlistado en la demanda.

Pues bien, el reparo tiene que ver con la impugnación que el defensor hizo de la cuantía y el valor de los perjuicios relacionados con el delito de estafa, pues, a pesar de que la petición se hizo en la fase de la investigación, como lo indica el artículo 295 del C. de P. P., apenas durante el juzgamiento se nombró el perito correspondiente. A pesar de ello, el agravio se hace ver más por la ignorancia de las consecuencias del dictamen en materia de competencia, que por el presunto desconocimiento de lo dicho en aquella norma procesal. En efecto, según el demandante, si el peritazgo enseña que no se produjeron daños materiales por ausencia de prueba sobre su existencia, la secuela inexorable era la falta de competencia del Juzgado Penal del Circuito y el Tribunal, y aun de la Corte, para examinar tales hechos.

Aunque el demandante se muestra bastante disperso sobre el verdadero motivo de nulidad, que por exigencia mínima debe precisar en los términos del artículo 304 del C. de P. P., la Sala advierte que si la inquietud se refiere a la tardanza en la aplicación del artículo 295 *idem*, el pedido de invalidez carece de interés para hacerlo, pues, si el tardío dictamen, en lugar de producir daño, favorece los intereses del acusado (como lo entiende el actor), quedaría sin espacio el principio de trascendencia que orienta las nulidades, según el cual el sujeto procesal reclamante habrá de demostrar el perjuicio irrogado a las garantías fundamentales o el trastorno significativo de las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (art. 308-2 *ibidem*).

Pero si el motivo de agravio radica en el desconocimiento de una supuesta consecuencia absoluta de incompetencia, generada a raíz del dictamen pericial, es necesario aclarar lo siguiente:

El perito sóstiene que no encuentra en el expediente manifestaciones del daño emergente o pérdida patrimonial derivada del delito, pues ni la ofendida ni el apoderado de la parte civil se refieren a dicha circunstancia. Es más, ni siquiera pudo hallar "el valor real expresado en letras y números" del negocio denominado "Taberna Los Toneles", ni del bar conocido como "Los Petronios", razón adicional para abstenerse de "tasar el daño emergente". En relación con el lucro cesante, el experto afirma que también se inhibe de valorarlo "por carencia absoluta de documentos que me sirvan de soporte para tal fin" y, finalmente, en cuanto a los perjuicios morales, advierte que es un tema tributado a la sabiduría del juez (tercer cuaderno original, fs. 145 a 147).

Es cierto que la estimación juramentada de la cuantía y el valor de los perjuicios puede impugnarse, de conformidad con el artículo 295 del C. de P. P., caso en el cual el funcionario judicial decretará la prueba pericial para establecer lo pertinente. Sin embargo, el respectivo dictamen ha de correr la suerte de cualquier medio probatorio de naturaleza técnica, pues se someterá a los controles de validez y eficacia de que tratan los artículos 264 y siguientes del Estatuto Procesal Penal y, sobre todo, deberá apreciarse por el funcionario judicial conforme con las reglas de la sana crítica (art. 254 *idem*), en especial, las que dispone el artículo 273 de la misma obra.

Así entonces, fiel al cumplimiento de su función, el Tribunal se refirió al dictamen pericial en los siguientes términos:

"En cuanto respecta a los daños causados con la infracción, si bien es cierto que para dicho efecto se designó un perito, éste, en forma por demás extraña y con la complacencia del a quo, rindió un dictamen abiertamente contrario a la evidencia procesal pues no vio la demanda de constitución de parte civil, el contrato de permuta y demás pruebas, de modo que, no obstante su objeción, en definitiva no existió pericia alguna sobre el monto de ellos.

"Lo cierto del caso es que se impone la prevalencia del derecho sustancial -art. 9° del C. P. P.-, más cuando la prueba está indicando que el establecimiento que la ofendida entregó fue cuantificado por las partes en la suma de siete millones de pesos, lo que implica que en dicho monto se empobreció el patrimonio de la ofendida y, por ende, esa suma viene a corresponder al daño emergente y a ella debe condenarse..." (segundo cuaderno del Tribunal, fs. 91).

De modo que, en tratándose de delitos contra el patrimonio económico, desvirtuados los pretendidos efectos absolutos del dictamen pericial que se produce por impugnación de la manifestación

jurada del ofendido, máxime que la propia expresión del perito carece de las exigencias mínimas de una peritación, pierde razón de ser la alegación de nulidad por falta de competencia, pues, conforme con la apreciación racional de todas las pruebas, el juez ha declarado no sólo la cuantía de la defraudación sino también el valor de los perjuicios.

Excluida la posibilidad de la invalidación solicitada, se analizarán los tres restantes cargos, en el siguiente orden:

1. Se enuncia como primer cargo el de que la sentencia del Tribunal infirió ofensa directa a los artículos 3°, 4°, 5°, 23, 356 y 68, por interpretación errónea de los preceptos allí contenidos, en la medida en que arbitrariamente declaró la responsabilidad del acusado por el delito de estafa y, además, le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Con apego al principio lógico antecedente consecuente, se dice que la censura por violación directa supone definiciones acordadas sobre los hechos y la prueba de los mismos, de tal manera que la discrepancia se circunscribe a un problema de subsunción o de denotación legal de aquéllos. Es decir, cuando el actor opta por la vía directa, ha lugar a una proposición condicional, porque se entiende que la discusión del encuadramiento legal está supeditada a la aceptación de la verdad fáctica declarada en la sentencia.

Son varias las referencias de la demanda que indican el desvío o la confusión del ataque, es decir, el censor se aleja del propósito de mostrar desfases en la fijación del sentido y el alcance de las normas sustanciales (errónea interpretación), y pasa de soslayo a mostrar equivocaciones en la ponderación de la prueba (violación indirecta). Así, se ingresa indebida y desordenadamente en esta última especie, cuando el demandante afirma que los presupuestos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad "*deben ser demostrados al procesado*"; o que el fallador declaró satisfechos los requerimientos del artículo 356 del Código Penal para la condena por estafa, "*cuando no es posible afirmar tal silogismo en forma certera y convincente, en forma inequívoca*"; o que si bien la parte perjudicada fijó la cuantía del ilícito en $ 7.000.000.oo, "*no se allegaron pruebas en tal sentido*"; o cuando se hace alusión a los contenidos del peritazgo rendido por el doctor *Carlos Enrique Martínez Palacio* y la versión libre y espontánea de la señora *Gloria Stella Torres viuda de Salcedo*, con el fin de concluir que el Tribunal "*se inicia en la tarea de desconocer pruebas legalmente allegadas al proceso... y quiere hacer aparecer un patrimonio económico inexistente en cuanto a obtener un provecho con perjuicio ajeno*" y, finalmente, en tanto se afirma que se ha negado la condena de

ejecución condicional, "*sin tomar en cuenta que no figuran atenuantes, ni agravantes en su conducta, digámoslo así, fue un hecho puro y simple...*" (fs. 126, 127 y 128, segundo cuaderno del Tribunal. Énfasis agregado).

2. Los cargos dispuestos en los capítulos 2° y 3° de la demanda, que se amparan en la violación indirecta de la ley sustancial, si bien se refieren a la supuesta estimación errónea de distintos medios de prueba, están afectados de la misma inconsistencia, falencia que permite estudiarlos conjuntamente, sin perjuicio de destacar algunos matices. Como de manera precisa lo advierte el Ministerio Público, el actor no exterioriza los fundamentos claros de la causal de impugnación, pues simplemente relaciona varias normas del Código de Procedimiento Penal, hipotéticamente violadas en el juicio y que corresponden a los dispositivos medios de la violación, pero no indica cuáles son los preceptos sustanciales finalmente vulnerados, el sentido de dicha transgresión (aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea) y la influencia decisiva de la vulneración en la opción resolutiva del fallo.

En ambos casos se cita como objeto de violación el artículo 29 de la Constitución Política, y, gracias a la falta de precisión y claridad en el sustento de la respectiva causal de casación, esa referencia abierta es una manera de generar perplejidad sobre los fines propuestos por el censor, pues, dentro de la amplia gama de garantías que consagra dicho rector constitucional, queda latente la posibilidad de una remisión a la legalidad de los delitos y las penas, el debido proceso, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, la contradicción y otros límites y privilegios más que, según los motivos y vacíos advertidos por el censor en cada caso, deberán ventilarse por vías distintas y a veces encontradas (violación directa o indirecta o nulidad).

El trastorno de objetivos puede ilustrarse con las siguientes referencias:

a) En relación con el socorrido dictamen pericial, se dice que la sentencia ni siquiera lo menciona en el acápite correspondiente a la "Prueba Recaudada", objeción que se orienta a un *error de hecho como falso juicio de existencia*, pero que desafortunadamente el censor no refiere como tal. Sin embargo, como el problema no es de meras etiquetas, nótese que a renglón seguido el actor dice que le incomoda la crítica del Tribunal sobre el mérito de tal peritaje, en el sentido de que es "abiertamente contrario a la evidencia", y trata de reforzar ese cambio en la motivación de la censura con ilustraciones tales como que el sentenciador "*se olvida de apreciar la prueba con su justo valor, conociendo que la misma debe darse*

sobre las normas de la sana crítica, de igualdad a las partes, del principio de duda..." (fs. 131. Se ha resaltado). Este último matiz, se encamina a un *falso juicio de identidad*, obviamente no declarado así por el demandante, pero el reparo debe hacerse, no por el prurito de las meras categorías y conceptualizaciones, sino porque esa forma de argumentar envuelve una contradicción en la objeción que había presentado el actor, dado que sólo se pueden estimar y evaluar racionalmente las pruebas cuya existencia se reconoce de manera previa. Por lo demás, el error manifiesto en la ponderación de la prueba no surge de frases o enunciados genéricos, como decir que no se atendió la "sana crítica" o no se apreció el medio en su "justo valor", sino que ha menester indicar bien las distorsiones fácticas del mensaje contenido en el analizado medio de prueba, ora la ausencia de las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia para situar el mérito o el disvalor del mismo.

b) Ahora bien, el impugnante sugiere que el peritaje derivado del trámite previsto en el artículo 295 del C. de P. P., por el método mismo, es una prueba especial, que desplaza a las demás y legalmente tiene anticipado el valor de "plena prueba"; por ende, según lo concluye, se han interpretado erróneamente las normas que así individualizan el medio de convicción y le otorgan tales efectos. Pero, a partir de esta nueva dimensión del ataque, mirese la manera caótica como el actor mezcla juicios de violación indirecta por error de hecho y de derecho, pues, sobre la primera modalidad, se duele por una evaluación distorsionada de la peritación (*falso juicio de identidad*), y en relación con la segunda, parece indicar que la médula del asunto ya no está en la tergiversación de los contenidos fácticos de la prueba, sino en el desconocimiento del valor asignado al dictamen en el artículo 295 citado, según el cual, desde la perspectiva del demandante, el peritazgo así producido se convierte en medio de persuasión incuestionable, señalamiento que insinúa la tesis del *error de derecho por falso juicio de convicción*. Esta última especificación, si es que por ella se determinara el actor, no sólo es imposible a partir de la premisa de que nuestro sistema probatorio opta por la libre apreciación racional de los medios y no por una tarifa legal, sino porque también es completamente caprichosa la lectura de una predeterminación del valor probatorio en dicha norma, pues, en orden a su entendimiento, cobran renovado vigor en este acápite las reflexiones sistemáticas sobre la validez y eficacia de esta clase de peritación.

c) En lo que atañe a la versión libre de la señora *Gloria Stella Torres viuda de Salcedo*, prueba trasladada a este proceso desde las diligencias de investigación previa ordenadas en razón de la posterior denuncia instaurada por el acusado *Naranjo Vanegas*, se

dice que el Tribunal incurrió "en error de hecho, consistente en pasar por alto una prueba decisiva, como si no se hubiese aducido, no obstante figurar materialmente en el proceso..." (fs. 133, segundo cuaderno del Tribunal). He ahí una clara referencia al *error de hecho por falso juicio de existencia*, que si bien no acusa el mismo equívoco del trastocamiento de causales y sentidos de violación, adolece de la desafortunada tendencia a la deslealtad sobre los contenidos de la sentencia, costumbre si se quiere más grave que la confusión resaltada, pues, en el acápite destinado a la "Prueba Recaudada", después de relacionar la denuncia puesta por la señora *Torres viuda de Salcedo* y su posterior ampliación, claramente se considera por el Tribunal lo siguiente:

"Asimismo se trajo copia de una versión libre y espontánea que la misma rindió ante el extinto Juzgado 110 de Instrucción Criminal, en donde reitera la forma como se celebró la negociación con su denunciado *Naranjo Vanegas* (fl. 131, cdno. 3), insistiendo en que al negocio que ella recibió iban varias personas a cobrarle dineros a *Naranjo*, formándole escándalos, e incluso un señor Víctor Arcila, quien presuntamente era el dueño de ese negocio quien lo reclamaba, dándose cuenta de que ese negocio no era de *Naranjo*, agregando que ni ella ni *Naranjo* salieron ganando por cuanto a la taberna le hicieron lanzamiento y al de la calle 98 la Alcaldía de Chapinero lo allanó" (2° cuaderno del Tribunal, fs. 77 y 78).

De modo que no ha habido desestimación apriorística de dicha prueba, por el contrario, se le tuvo en cuenta para completar el cuadro de los hechos configuradores del delito de estafa y la responsabilidad del acusado, función en la cual, obviamente, no le prestaba ningún servicio a los intereses de la defensa. Adicionalmente, la Sala hace ver que la denunciante sí se refirió a las pérdidas patrimoniales recíprocas y al hecho de que ninguno de los contratantes, por el desenlace de los hechos, obtuvo ganancia en la negociación, pero en manera alguna se ha retractado la ofendida del señalamiento de *Naranjo Vanegas*, como el autor de las maniobras engañosas que dieron lugar a la salida ilícita del único bien destinado a su sostenimiento personal y familiar. No se ha desvirtuado el hecho de que inclusive se produjo el desplazamiento patrimonial en provecho del sujeto activo, así las medidas cautelares posteriormente adoptadas le hayan impedido continuar en el disfrute del establecimiento de comercio fraudulentamente obtenido. Tampoco existen procesalmente señales distintas a la de que, si bien el acusado también registró desmejoras patrimoniales, ellas no fueron por obra de la señora *Torres de Salcedo*, sino como consecuencia de un deterioro de las ventas en local del barrio Chicó, ya en curso a la llegada de aquélla, o de un alto impuesto en

sus continuadas negociaciones habilidosas o engañosas acostumbradas por el acusado o por la concreción de acciones judiciales instauradas en su contra por otras personas.

No es necesaria la reflexión sobre la versión libre del doctor *Jaime Emiro Rincón Puentes*, atraída también como prueba trasladada, pues, aunque el recurrente la anunció como otro de los objetos de la violación indirecta, al lado del dicho de la dama ofendida, el desarrollo y la argumentación se concretaron a esta última.

Frente a tan precaria forma de impugnar un fallo ungido por la incontrovertible jurisdiccionalidad, la respuesta de la Corte no puede ser distinta a la de una desestimación abierta de todos y cada uno de los cargos presentados en la demanda.

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 de naturaleza y origen indicados en la motivación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia* (no firmó), *Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

TRASTORNO MENTAL/ PERITO

Una evaluación científica de tanta significación en el campo de la imputabilidad penal debe estar precedida necesariamente de un examen personal y objetivo del inculpado por parte del perito psiquiatra, quien para arribar a una conclusión definitiva sobre su estado de sanidad mental al momento de los hechos imputados, debe auscultar sus antecedentes familiares, personales, sociales y de todo orden con miras a descubrir su verdadero estado psíquico.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougues.*

Proceso No. 9855 Aprobado Acta N° 133

ASUNTO POR DECIDIR

El 24 de mayo de 1994 el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la sentencia del Juzgado 47 Penal del Circuito de ésta ciudad, que condenó al procesado ausente *Eduardo Delgado Rojas* a la pena principal de doce años de prisión, como responsable de los delitos de homicidio consumado y tentado, en concurso de hechos punibles; decisión recurrida en casación por su defensor.

HECHOS

La madrugada del 8 de noviembre de 1991,el propietario de una cantina ubicada en la calle 55A # 68B-03 Sur de ésta ciudad (Barrio Villa del Rio), solicitó a los contertulios *Eduardo Delgado Rojas,José Nelson Chaparro Caviedes,Jaime Millán Rubtano* y a los hermanos *Juan Carlos* y *Jhon Wilson García López* que salieran del establecimiento por lo avanzado de la hora, a lo que accedieron.

Cuando se disponían a despedirse, súbitamente *Eduardo Delgado Rojas* esgrimió arma de fuego propinándole un tiro a *Juan Carlos* que le causó la muerte de inmediato y como *Jhon Wilson* le reclamara por su mal proceder recibió como respuesta otro disparo

cuyo proyectil impactó en un botón metálico de su chaqueta, salvándose milagrosamente.

El agresor y sus acompañantes huyeron del lugar.

TRAMITE PROCESAL

La investigación fue iniciada por el Juzgado 97 de Instrucción Criminal de Bogotá vinculando a ella mediante indagatoria a *Eduardo Delgado Rojas* y a sus acompañantes *José Nelson Chaparro Caviedes Y Jaime Millán Rubiano*, a quienes les definió la situación jurídica con detención preventiva para el primero, absteniéndose de decretar medida de aseguramiento para los demás, en cuyo favor cesó procedimiento el 20 de marzo de 1992.

Eduardo Delgado Rojas, para entonces Secretario de un Juzgado de Instrucción Criminal, con salvoconducto para portar arma de fuego de defensa personal, dijo durante la indagatoria no recordar lo sucedido la noche de autos, por encontrarse en avanzado estado de embriaguez; no pudiendo hacerse efectiva hasta la fecha la orden de detención impartida en su contra.

Clausurado el ciclo investigativo, el nombrado Juzgado calificó el mérito del sumario el *3 de junio de 1992* con resolución de acusación en contra del procesado por los delitos de homicidio consumado en *Juan Carlos García López* y homicidio tentado en su hermano *Jhon Wilson García López*, en concurso de hechos punibles; enjuiciamiento consentido por la defensa (f.248 y ss. del expediente).

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública sin la presencia del acusado, el Juzgado 47 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá puso fin a la instancia, condenándolo a la pena principal de doce años de prisión, a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años y al pago en concreto de los perjuicios causados; fallo apelado por su defensor y confirmado por el Tribunal Superior de éste Distrito, mediante el que es objeto del recurso de casación.

DEMANDA DE CASACION

Bajo la égida de las causales tercera y primera de casación se formulan sendos cargos a la sentencia impugnada, el uno como principal y el otro como subsidiario, a saber:

CARGO PRINCIPAL

Nulidad del proceso por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso y conculcaron el derecho a la defensa del procesado consistente en la negativa del perito psiquiatra del Instituto de Medicina Legal a conceptuar

sobre la existencia de un trastorno mental transitorio padecido por *Delgado Rojas* con ocasión de la abundante ingestión de bebidas embriagantes, pretextando la no comparecencia del mismo para ser sometido a observación personal.

Explica el censor que el funcionario instructor remitió al Instituto de Medicina Legal las copias del proceso para que el perito psiquiatra dictaminara con base en ellas si el sindicado *Eduardo Delgado Rojas* pudo sufrir estados lacunares por la ingestión alcohólica que le obnubilaron las facultades de entender y de querer y lo colocaron en situación de inimputable a la luz del artículo 31 del Código Penal; absteniéndose de hacerlo pese a la abundante prueba testimonial que da fé del avanzado estado de embriaguez en que se encontraba al momento de los hechos; estado anímico que adquiere mayor firmeza con el testimonio de *Germán Guzmán Cruz* que informa haber encontrado al procesado en un potrero de los alrededores, en completo estado de embriaguez y abandono sin saber cómo había llegado a ese sitio.

"El avanzado estado de embriaguez del procesado - agrega - en el momento de la realización de los hechos, conlleva a que se predique, que éste sufrió un trastorno mental de carácter transitorio,el que le impidió cualquier razonamiento por menoscabo de sus facultades de entender y de querer, motivo por el cual se puede afirmar que resulta completamente inimputable y su conducta encaja dentro del ámbito del artículo 31 del Código Penal".

Citando a conocido tratadista de medicina legal opina que no era necesario el sometimiento del procesado a observación personal para dictaminar sobre el grado de embriaguez que sufría, bastando la existencia de otras pruebas que así lo indicaran.

Se queja por no haberse practicado diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos con el fin de verificar la veracidad que pudiera merecer cada uno de los declarantes y recuerda que su representado no fue reconocido el fila de personas por el hermano del occiso, argumentando que la falta de practica de pruebas que pudieran traducirse en una mejor ubicación de la situación jurídica del incriminado frente a la potestad arrogante del Estado, constituye flagrante violación del debido proceso, no sin antes justificar el ocultamiento de su asistido por el fundado temor a ser víctima de represalias y venganzas de parte de aquellas personas que contribuyó a condenar en su carácter de empleado judicial.

CARGO SUBSIDIARIO

Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de la prueba sobre la cual los juzgadores de instancia fundamentaron la sentencia de condena.

Repite el impugnante que el Instituto de Medicina Legal tenía la obligación ineludible de emitir el dictamen solicitado por el Juzgado 47 Penal del Circuito sobre las copias del proceso y sin la presencia física del procesado, la cual no era necesaria para dicho fin de acuerdo a la opinión del tratadista argentino Nerio Rojas y que si el dictamen psiquiátrico hubiese sido emitido en tales condiciones se habría cumplido con lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política sobre la legalidad del juicio.

Afirma que el Tribunal al negarle a la prueba testimonial todo su valor probatorio en cuanto al avanzado estado de embriaguez padecido por *Delgado Rojas*, infringió el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal que exige el aporte de plena prueba para dictar sentencia condenatoria.

Luego expresa:

"....la prueba sobre el estado de ebriedad del procesado, clamorosamente solicitada por la defensa, decretada por el Juzgado 47 Penal del Circuito, pero olímpicamente negada por el Instituto de Medicina Legal de Colombia, sin que dicho Juzgado hubiera insistido en su práctica, nos lleva a concluir que el Tribunal Sentenciador incurrió en *violación indirecta de la ley sustancial y por error de derecho* al negarle de manera absoluta el valor que le asigna la ley a la prueba de testigos para demostrar el grado de ebriedad de un procesado.".

Termina solicitando casar la sentencia recurrida y absolver al procesado de los cargos formulados en su contra.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, examina los cargos formulados a la sentencia impugnada, en el orden en que fueron presentados, para concluir que no se case porque ninguno de ellos se abre paso.

Respecto al cargo principal de nulidad por violación del debido proceso y desconocimiento del derecho a la defensa, argumenta que la supuesta invalidez de la actuación por la negativa del Instituto de Medicina Legal a dictaminar sobre el estado de embriaguez del sindicado dejando de apreciar los testimonios que la demuestran, descansa en una personal y subjetiva apreciación del impugnante, desavenida con la realidad procesal, pues contrariamente a lo que éste afirma "no obran en el proceso elementos válidos de convicción indicativos que al momento de realizar el hecho punible por el cual fue juzgado y condenado, hubiese actuado en estado de obnubilación de la conciencia, por la ingestión de bebidas embriagantes, que le

impidiese comprender la ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Además, el procesado *Eduardo Delgado Rojas* al no comparecer al Instituto de Medicina Legal para el correspondiente examen, contribuyó con su propia conducta a que no se practicara el experticio y ahora no puede alegarlo en su favor. Su presencia era indispensable para que el siquiatra forense procediera a su evaluación, porque la sola referencia de una persona que ha ingerido licor en exceso, no puede por sí misma ser considerada para suponer un estado de inimputabilidad y el sostener que no recuerda nada, no deja de ser mas que un argumento defensivo".

Y en cuanto al cargo subsidiario por error de derecho por no haberse tenido en cuenta los testimonios que afirman el estado de embriaguez en que se encontraba el acusado al momento de los hechos, expresa que aparece mal formulado porque la omisión en el análisis de la prueba descarta el error de derecho en cualquiera de sus hipótesis (falso juicio de convicción y de legalidad) y que si el perito psiquiatra se negó a dictaminar sobre un hecho concreto "ello no es un yerro sobre la prueba omitida sino el incumplimiento del deber del perito que tendría otro significado".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo Principal:

La negativa del perito psiquiatra del Instituto de Medicina Legal a dictaminar sobre el supuesto trastorno mental atribuido al procesado *Eduardo Delgado Rojas* por el abundante consumo de bebidas embriagantes la noche de autos, por no contar con la presencia física del supuesto afectado para efectos de examinarlo, ni con antecedentes serios y atendibles que así lo comprobaran, es la respuesta lógica a una inquietud de la defensa que buscó a todo trance ubicar a su asistido en el terreno de la inimputabilidad; pero que no puede considerarse como irregularidad sustancial vulnerante del debido proceso.

Por el contrario, una evaluación científica de tanta significación en el campo de la imputabilidad penal debe estar precedida necesariamente de un examen personal y objetivo del inculpado por parte del perito psiquiatra, quien para arribar a una conclusión definitiva sobre su estado de sanidad mental al momento de los hechos imputados, debe auscultar sus antecedentes familiares, personales, sociales y de todo orden con miras a descubrir su verdadero estado psíquico.

Los testigos afirman el estado de alicoramiento del inculpado por las manifestaciones exteriores de su conducta, pero no están

en capacidad de predicar que dicha embriaguez le hizo perder su capacidad de entendimiento y comprensión colocándolo en el terreno de la inimputabilidad.

Ya el Tribunal calificó de inconcebible la emisión de un dictamen psiquiátrico sin la presencia física del individuo sobre quien debería recaer el respectivo concepto médico-científico (f.16 del c. del T.S.); se destaca que el funcionario instructor decretó la práctica de la pericia psiquiátrica en orden a establecer el supuesto invocado por la defensa (inimputabilidad por trastorno mental transitorio),contestando el perito que tal evaluación no la pudo realizar por la no comparecencia del sindicado (f.292 del expediente). Sin embargo, ante nueva solicitud de la defensa, se envió al Instituto de Medicina Legal el cuaderno de copias a fin de que sin la presencia de aquél se rindiera la experticia reclamada (fs.295 y 296),contestando el perito médico: "Con los datos obtenidos en el sumario es imposible determinar lo solicitado. Es necesario examinar al sindicado. Por nuestra mente pasan varias hipótesis cuya validación es posible tan solo mediante el examen" (f.304).

La respuesta es tan concluyente que cualquier ensayo dirigido a calificar la incidencia de la embriaguez en la supuesta inimputabilidad del procesado, equivale ni más ni menos a suplantar al perito médico en tema que reclama su intervención y la presencia del sindicado.

La investigación no cuenta con elementos tendientes a demostrar rasgos de la personalidad del presunto inimputable que permitió suponer fundadamente que al momento de la comisión de los hechos se encontraba en imposibilidad de comprender la ilicitud de sus actos o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por la abundante ingestión de bebidas embriagantes que obnubiló su conciencia. La única indicación al respecto es la propia versión del sindicado en la que refiere algunos episodios de "enlagunamiento" provocado por el consumo de licor (fs.124 y ss.), los que carecen de confirmación, por culpa no atribuible a la administración de justicia, sino al condenado.

De ahí que el Tribunal hubiese dicho que "Si bien el sindicado en sus descargos (fl.120) indicó que recordaba solo lo acontecido en el interior de la tienda -mas no lo acaecido frente al establecimiento -y que luego apareció, por así decirlo, botado en un potrero adyacente, tal afirmación por sí sola no puede tenerse como verídica".

Si bien se deduce ausencia de factores dentro del proceso que permitieran deducir un posible trastorno mental, y no obstante lo anterior el instructor ordenó la peritación e hizo esfuerzos para su realización, se desprende que actuó movido con el ánimo de lograr una investigación integral.

De otra parte, no puede invocar la nulidad de la actuación quien con su comportamiento evasivo y contumaz ha contribuido a obstaculizar la rendición del experticio, cuya omisión se alega como motivo invalidante, inc. 3º art. 308 del C. de P. P. Su no realización, por circunstancias no atribuibles al funcionario judicial o al perito psiquiatra, y sí a la falta de colaboración del acusado, jamás podrá generar la invalidez de la actuación por violación al debido proceso o menoscabo del derecho a la defensa.

Finalmente, conviene precisar que la inspección judicial al lugar de los hechos que nota de menos el recurrente se torna innecesario dado que solicita verificar algo que nadie controvierte y sin bien es cierto que el hermano de la víctima no pudo identificar al procesado en la fila de personas que tuvo a la vista, fue porque ésta diligencia se llevó a cabo tres meses después, época para la cual *Delgado Rojas* exhibía bigote confundiendo al testigo.

No prospera la impugnación.

CARGO SUBSIDIARIO

En este cargo plantea el censor el mismo tema a través de otra causal en cuanto vuelve a reclamar la nulidad del proceso por no haber dictaminado el perito psiquiatra sobre el pretendido estado de inimputabilidad del procesado, con base en las copias del proceso; réplica a la cual se remite la Sala.

Una cosa es que el inculpado se encontrase en avanzado estado de embriaguez por el abundante consumo de licor, hecho narrado por las personas que lo acompañaban la noche de autos y que el Tribunal reconoce, y otra muy diferente, que dicha embriaguez hubiese generado un trastorno mental. No siempre, el individuo que actúa bajo los efectos del alcohol, carece de conciencia y voluntad para realizar el hecho punible, es decir para no comprender la ilicitud de su conducta.

El procesado se limitó simplemente a sostener que no recordaba lo sucedido, en ese orden excepciona un estado lagunario. Este consiste en una amnesia de fijación que no permite registrar la vivencia. El no recordar no es sinónimo de trastorno mental. Puede haber amnesia tanto en el inimputable como en el imputable, configura la inimputabilidad el no comprender la ilicitud de su conducta o el no poder autodeterminarse de conformidad con esa comprensión. Puede el hombre estar consciente de su comportamiento típico y antijurídico y realizarlo voluntariamente, sin recordar lo ocurrido y no por ello se es inimputable.

El sindicado ni los testigos hacen referencia a una conducta antecedente, concomitante o posterior al hecho, que indique de

manera cierta una alteración de la esfera volitiva o intelectiva. El procesado insularmente alega una supuesta laguna que frente a los hechos, no se puede inferir que obró bajo trastorno mental. El hecho que no hubiera agredido a sus compañeros de farra, y si a un contertulio ocasional, para abordar después el automotor de un amigo, no revela un actuar ilógico o un pensamiento desordenado; por el contrario, son signo de obrar consciente y voluntario.

De otro lado, frente a lo expuesto por los testigos sobre el estado de embriaguez que presentaba el acusado, no puede afirmarse que a ellos les dió el Tribunal un valor diferente al asignado previamente por la ley, o les otorgó valoración diversa de la que la ley le ha conferido, error de derecho por falso juicio de convicción, dado que la prueba testimonial no está sometida a tarifa legal, sino a la libre y razonada apreciación del juzgador, luego el cargo por este aspecto no prospera.

Entremezclar dentro del mismo cargo razonamientos propios de una nulidad con los relativos a una equivocada apreciación del caudal probatorio, equivale a hacer planteamientos contradictorios y excluyentes y si además, se pregona error de derecho por habérsele negado a la prueba testimonial un valor probatorio que la ley le asigna, cuando el estatuto procesal penal no le otorga a dicho medio ningún valor específico, son protuberantes errores que tornan la impugnación en un escrito totalmente inepto a los fines del recurso interpuesto.

Tampoco prospera el cargo formulado.

DECISION

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia* (no firmó), *Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / SENTENCIA ANTICIPADA

Para la Sala es claro que tal solicitud la puede formular directamente el procesado o por conducto de su defensor, pero que la admisión de los cargos sólo la puede hacer aquel, con el lleno de los requisitos legales, pues en razón de las graves consecuencias jurídicas que de allí se derivan, es un acto personalísimo que únicamente puede ser asumido por el sujeto pasivo de tales consecuencias.

Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal- Santafé de Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente : Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda.*

Proceso No. 10170 Aprobado Acta No. 133

VISTOS .

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia fechada el 9 de junio de 1994, proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por medio de la cual confirmó la del Juzgado 32 Penal del Circuito de la misma ciudad que condenó a Myriam Yolanda Ochoa Suárez y Enrique Barón Buitrago a 40 meses de prisión, por infracción al artículo 33 de la ley 30 de 1986.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación fue concedido y la respectiva demanda fue declarada ajustada por reunir las exigencias legales.

Corrido el traslado al Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita no casar la sentencia.

HECHOS

El 5 de enero de 1.993 se logró la captura de Myriam Yolanda Ochoa Suárez y Enrique Barón Buitrago en la casa ubicada en la carrera 15B Nro. 9A-50 de esta ciudad, en momentos en que se dedicaban a la venta de sustancias estupefacientes, habiéndose

logrado el decomiso de 8.675 papeletas de basuco, "encaletadas" en el piso de la tercera planta del citado inmueble.

ACTUACION PROCESAL

El proceso penal se abrió por auto del 7 de enero de 1.993. El mismo dia fueron indagados Enrique Barón Buitrago y Myriam Yolanda Ochoa Suárez, a quienes se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, el 11 de enero siguiente.

En audiencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, celebrada el 25 de marzo de 1994, los procesados aceptaron los de tráfico y venta de estupefacientes.

El 14 de abril de 1994 se dictó la sentencia de primera instancia y el 8 de junio del mismo año, la de segunda.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El defensor de la procesada Myriam Yolanda Ochoa Suárez, formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal. El primero, al amparo de la causal tercera de casación, por estimar que se dictó sentencia en un proceso viciado de nulidad porque "la facultad que se le daba a la defensa no estaba la de solicitar la sentencia anticipada, facultad que únicamente radica en cabeza del procesado, es decir se violó el artículo 37 de la ley 81 de 1993".

En el desarrollo del reproche, el demandante transcribe el artículo 3º de la ley 81 de 1993, que modificó el artículo 37 del C. de P. P., en el que se dispone que "ejecutoriada la resolución que defina la situación jurídica y hasta antes de que se cierre la investigación, el procesado podrá solicitar sentencia anticipada".

De lo anterior concluye que el único que puede impetrarla es el procesado, y que el defensor, quién la pidió en el presente caso, carece de tal facultad, por lo cual se transgredió la garantia del debido proceso y se generó la nulidad prevista en el numeral 2º del art. 304 del C. de P. P.

El casacionista plantea un segundo reproche al amparo de la causal primera, por violación directa de la ley sustancial "por interpretación errónea, de esta manera se están transgrediendo los artículos 1, 6, 248, 254, 273 del Código de Procedimiento Penal y 61, 64 y 66 del Código de Penas, lo que degeneró la alta dosificación de la pena en contra de la procesada".

En la demostración de la censura sostiene que al "acogerse a los beneficios del artículo 3º de la ley 81 de 1.993 hay aceptación de los hechos que se declaran en la sentencia, lo que aquí se discute

es el error de hecho en la apreciación de elementos probatorios que llevaron al sentenciador a la violación directa de la norma sustancial".

Arguye que el criterio para el señalamiento de la pena no es al arbitrio del juez, pues el legislador le ha dado unos parámetros a los cuales someterse y acatar. Señala:

"... allí le dice al funcionario que no se aplicarán los mínimos cuando concurran agravantes y los remite al funcionario a las circunstancias del artículo 61 de la misma normatividad, en la cual prima la gravedad y modalidad del hecho, es así entonces que se sabe de autos que los hoy procesados en especial Myriam Yolanda Ochoa, no estaba dedicada a la venta de estupefacientes, sino que su error radicó en guardarle la sustancia al otro procesado, así el hecho punible no revestía agravantes para la dosificación de la pena, para que se aumentara el quantum de la misma tenía los criterios que están taxativamente numerados en el código de las penas, los cuales no fueron de ninguna manera enunciados por el juez sentenciador, cosa muy grave sería que de la prueba recaudada se hubiese desprendido que la defendida, es decir, la procesada Myriam Yolanda Ochoa, era una mujer dedicada a la venta de estupefa-cientes, caso en el cual sí se podría hablar de insensibilidad social, pero no es así, significando lo anterior que el Juez Sentenciador interpretó erróneamente los criterios de los artículos 61 y 66 del Código sustantivo, ya que si bien es cierto el hecho de que una persona se dedique a la venta de estupefacientes, es de sí un delito de peligro por lo que representa para la sociedad; pero el aumento de las penas por este evento se hace solo en ciertos casos".

Solicita se case la sentencia y se dicte el fallo de reemplazo.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

El Ministerio Público opina que no se vislumbra ninguna irregularidad ni mucho menos trascendente en la sentencia anticipada que surgió como consecuencia del derecho de postulación de la defensa, ejercido con el asentimiento de los procesados, y de la diligencia del art. 37 del C. de P. P. donde la Fiscalía de manera clara y precisa formuló los cargos, que ellos aceptaron consciente y libremente.

Agrega que se les precisaron los hechos imputados, las consecuencias jurídicas derivadas de la admisión y la pena imponible, entre 4 y 12 años de prisión, y la rebaja a que se hacían acreedores.

Fueron igualmente conscientes que la condena de ejecución condicional no era tema de la diligencia, porque el propio defensor manifestó que tal petición la formularía ante el juez del conocimiento.

En sentir del Delegado, la nulidad alegada es inexistente pues "como se vió en precedencia, la iniciativa para dar trámite a la sentencia anticipada provino de la defensa entendida como una unidad dentro de la cual la idea de promover dicha actuación, fue concebida y compartida por los procesados y su defensor, de modo que ellos no fueron sorprendidos ni con el trámite ni con la pena impuesta dado que a tal diligencia concurrieron voluntariamente y la Fiscal oportunamente les advirtió los límites mínimos y máximos dentro de los cuales el juez determinaría el quantum aplicable a cada uno de ellos en consonancia con la delincuencia aceptada".

Concluye solicitando se rechace el cargo.

Refiriéndose a la segunda censura, el Procurador dice que pese a la inconformidad con la pena, en la demostración el censor incurre en confusión e incoherencia inaceptables en casación.

Así, confunde las vías directa e indirecta "pues a la vez que señala una indebida interpretación de las normas sustanciales por parte del fallador, al mismo tiempo dice que en tal yerro incurrió por 'error de hecho en la apreciación de elementos probatorios que llevaron al sentenciador a la violación directa de la norma sustancial', contradiciendo la lógica que enseña que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. La invocación simultánea de estas dos vías excluyentes entre sí de violación de la ley sustancial, impregnan el libelo de confusión insalvable por la Corte, que por virtud del principio de limitación, no puede suplir el censor prefiriendo alguna de las dos."

Conceptúa que la afirmación de que se violaron los artículos 61 y 67 del C. P., reguladores de la dosificación punitiva, es a todas luces infundada porque "en ejercicio de la potestad legal, otorgada por el artículo 61 del C. P, el juzgador estableció la pena un año por encima del mínimo legal, considerando que la cantidad de estupefaciente incautado representa mayor gravedad del hecho punible cuanto produce una mayor cantidad de daño al bien jurídico tutelado, y no, como considera el censor, que dicho incremento aconteció por razón de alguna agravante del artículo 66 mal entendido por el sentenciador".

Solicita que el cargo sea rechazado.

Consideraciones de la Sala

En cuanto al primer cargo, que enfila por la causal tercera, lo fundamenta en el hecho de que en este caso la sentencia anticipada fue solicitada por el defensor y que de conformidad con las previsiones del artículo 37 sólo podía serlo por el procesado, razón por la cual se desconoció la garantía del debido proceso.

Es cierto que el referido artículo 37, modificado por la ley 81 de 1993, alude al procesado, pero esta expresión se debe entender referida a la defensa como una unidad. Por lo demás, si la diligencia es solicitada por el defensor es entendible que lo hace previa consulta con su representado y con su pleno consentimiento.

Por otra parte, si entre el procesado y el defensor existe un' contrato de mandato, es de la esencia del mismo que éste obre en representación de aquel y que por su cuenta y riesgo ejerza el derecho de postulación, cuyos efectos son iguales a si hubiera procedido directamente, según la doctrina contenida en el artículo 1505 del C. C, salvo para aquellas actuaciones que por su propia naturaleza deben ser estrictamente personales como rendir indagatoria, confesar o allanarse a los cargos cuando se trata de sentencia anticipada. Pero en manera alguna puede incluirse en tal categoría la petición de esta última.

Para la Sala es claro que tal solicitud la puede formular directamente el procesado o por conducto de su defensor, pero que la admisión de los cargos sólo la puede hacer aquel, con el lleno de los requisitos legales, pues en razón de las graves consecuencias jurídicas que de allí se derivan, es un acto personalísimo que únicamente puede ser asumido por el sujeto pasivo de tales consecuencias.

Más aún, aceptando como hipótesis de discusión que tal pedimento sólo lo pudiera hacer el procesado, estaríamos en presencia de una informalidad intrascendente, pues en la diligencia respectiva se precisaron los cargos, realizándose una clara imputación tanto fáctica como jurídica, ya que se relacionaron los hechos atribuidos y las circunstancias en que ocurrieron, así como la norma penal sustantiva infringida, la pena imponible (entre 4 y 12 años de prisión) y la rebaja a que la acusada se haría merecedora, previa advertencia sobre las consecuencias jurídicas derivadas del allanamiento a tales imputaciones, ante lo cual, de manera libre y espontánea, en presencia del defensor y del agente del Ministerio Público, manifestó que las aceptaba.

Es lógico pensar que si la procesada, pese a la solicitud de su defensor de que se adelantara este especial trámite, no quería admitir la imputación, le hubiera bastado expresarlo y reiterar su versión inicial de encontrarse en el lugar de los hechos por motivo diferente al de ser autora del punible.

En las circunstancias anteriores no evidencia la Sala ninguna irregularidad que pueda viciar el proceso y, por tanto, tal como lo solicita el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se rechazará el reproche de nulidad formulado.

Pasando al segundo reproche, presentado al amparo de la causal primera de casación, se hace con absoluto desconocimiento de la técnica que gobierna el recurso extraordinario porque en su enunciación el demandante claramente expresa que se trata de una violación directa por apreciación errónea de varias normas de derecho sustancial, pero menciona, al mismo tiempo, como transgredidas disposiciones procesales referentes a los medios de prueba, en forma tal que desde su invocación la censura queda condenada al fracaso. En efecto, señala que se "incurre en el fallo recurrido en la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea, de esta manera transgrediendo los artículos 1, 6, 248, 253, 254, 273 del C. de P. Penal y 61, 64 y 66 del Código de Penas....".

En la pretendida demostración, no logra precisar la censura, debido a que no distingue entre la vía directa y la indirecta, como aparece de la siguiente aseveración: "... hay aceptación absoluta de los hechos que se declaran en la sentencia, lo que aquí se discute es el error de hecho en la apreciación de elementos probatorios que llevaron al sentenciador a la violación directa de la norma sustancial".

Más adelante hace mención a la interpretación errónea de los artículos 61 y 67 del C. P., mostrando su descontento con la tasación de la pena, pero en desarrollo de tal postulación y cuando se podría creer que va a comprobar en qué consistió el desacierto, en forma incoherente y con absoluta carencia de interés, dice: "..... no estaba dedicada a la venta de estupefacientes, sino que su error radicó en guardarle la sustancia al otro procesado....."

Hay falta de interés pues, como de manera reiterada lo ha sostenido la Sala, en la sentencia anticipada el procesado renuncia a controvertir la acusación y la prueba exhibida en su contra como sustento de los cargos que le fueron presentados y que aceptó, siendo tal admisión irrectractable, exigencia que al parecer intenta soslayar el demandante.

En consecuencia, la anterior aseveración no sólo no guarda relación con la enunciación del cargo, sino que resulta absolutamente impertinente, como lo es cualquiera otra inconformidad de la parte defensora por fuera de los casos previstos en el ordinal 4º del artículo 37B y del desconocimiento de las garantías fundamentales, cuando se está en presencia de la sentencia anticipada ó de la audiencia especial.

Finalmente, el libelista vuelve a insistir en que el sentenciador interpretó equivocadamente los artículos 61 y 66 del C. P, pero en realidad fuera de expresar su desacuerdo con la tasación punitiva

de las instancias, no hace ningún esfuerzo por demostrar en qué consistió el desatino.

Fuera de los notables yerros de técnica que han sido destacados en precedencia, tampoco le asiste la razón al censor, porque la verdad es que la tasación se hizo dentro de los parámetros señalados en la ley y se efectuó la rebaja correspondiente de una tercera parte.

En las condiciones precedentes, y tal como lo solicita el Procurador Delegado, el cargo debe ser rechazado.

Son suficientes las anteriores consideraciones, 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,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, y devuélvase a la oficina de origen.

Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia* (no firmó), *Mario Mantilla Nougues, Juan Manuel Torres Fresneda, Alvaro Orlando Prez Pinzon Conjuez*

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

ESTAFA - Cuantía / **DELITO** / **CONTRAVENCION**

Con relación a las estafas cuya cuantía para la fecha en que entró en vigencia la Ley 23 de 1991 excedían de diez salarios mínimos legales mensuales, es evidente que la voluntad del legislador fue que mantuvieran su calidad de delitos contra el patrimonio económico, y con posterioridad a dicha Ley no se ha expedido ninguna otra que varíe esa situación, de manera que desde ese punto de vista no tiene asidero invocar el principio de favorabilidad, ya que no existe sucesión de leyes en el tiempo, que es fenómeno que permite seleccionar entre diversas normas cuál es la más favorable para el procesado en el caso concreto.

Ahora, si el tema se reduce a precisar cuál es el efecto que se genera cada vez que el valor del salario mínimo es modificado, con relación a las conductas que en el momento de ejecutarlas superaban los diez salarios mínimos exigidos para considerarlas delito, pero que ante el reajuste ya no los exceden, con certeza se puede afirmar que ninguno.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre cinco de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: DR. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 136 Proceso No. 11138

VISTOS

El Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá profirió sentencia condenatoria contra *Gerardo Leon Azcarate Calero, José Oswaldo Sastoque González, Rodrigo Uribe Jaramillo y Luis Alberto Mora Pachón*, dentro de las causas acumuladas por los delitos de peculado, falsedad y estafa. A los dos primeros les impuso la pena principal de 36 meses de prisión y multa de cincuenta mil pesos ($50.000.), como coautores de los delitos de peculado y estafa. Al tercero lo condenó a 24 meses de prisión y multa de diez mil

pesos ($10.000.) como coautor del delito de peculado; y al último de los citados le impuso 30 meses de prisión y multa de cincuenta mil pesos ($50.000.) como coautor del delito de estafa.

El Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia la reformó, y entre otros aspectos, modificó las penas así: a *Gerardo Leon Azcarate Calero* y *José Oswaldo Sastoque* les impuso 28 meses y 10 días de prisión, multa de cuarenta mil pesos ($40.000.), e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término; a *Luis Alberto Mora Pachón* 23 meses y 10 días de prisión, multa de cuarenta mil pesos ($40.000.), e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso; a *Rodrigo Uribe Jaramillo* 20 meses de prisión, multa de siete mil pesos ($7.000.) e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término. Modificó la sentencia en el sentido de reconocer que del concurso homogéneo de estafas sólo conservaban el carácter de delito aquellas que al entrar en vigencia la Ley 23 de 1991 correspondían a infracciones en cuantía superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales de la época. Por lo tanto, la decisión condenatoria por los delitos de estafa solo se mantuvo respecto de aquellas cuya cuantía era igual o superior a $517.200 correspondientes a diez (10) salarios mínimos legales mensuales de 1991.

La Corte procede a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Gerardo Leon Azcarate Calero*.

HECHOS

Fueron señalados por el Tribunal así:

"*1. Peculado*

"Respecto de los hechos a que se restringe este punible, se recuerda que acontecieron en el Banco del Estado de la carrera 8ª de esta ciudad, sucursal en la que laboraban *Gerardo Leon Azcarate Calero* como Gerente y *Oswaldo Sastoque Gonzalez* en condición de Jefe de Cuentas Corrientes. Allí poseía una cuenta corriente el señor *Rodrigo Uribe Jaramillo* de la cual, en el mes de enero de 1986, fue sacada la suma de $3'000.000.oo mediante el giro de un cheque a la orden del mismo titular el cual fue pagado por ventanilla y sin que existieran los fondos suficientes para la transacción. A fin de lograr la operación, se insertó en una planilla de correcciones una nota contable ficta, dando así apariencia de legalidad, esto es simulando el abono del dinero a la cuenta 019-04736-4 perteneciente al mencionado cliente, mediante nota crédito sin soportes contables.

"2. *Estafas*

"En la misma sucursal bancaria, era titular de una cuenta corriente el particular *Luis Alberto Mora Pachón*; su movimiento en general era de baja cuantía, pero entre los meses de marzo y mayo de 1986, se abonaron un buen número de consignaciones representadas en cheques girados por personas naturales y cuyo monto ascendió a $17'699.302.oo, el que fue a la vez retirado por el propietario de la cuenta. Hechas las averiguaciones en relación con tales movimientos, se estableció que al banco ingresaron una multiplicidad de cheques de gerencia que habían sido adquiridos en distintas entidades, por empresas obligadas unas al pago de impuestos indirectos y otras por timbres o nacionalización de mercancías importadas. Estos títulos valores fueron librados en favor de la Administración de Impuestos Nacionales, con sello restrictivo de pago solo al primer beneficiario. Pues bien, los cheques nunca llegaron a las arcas oficiales, sino que se desviaron al Banco del Estado sucursal carrera 8ª donde la administración no poseía cuentas activas; una vez allí, se utilizaron para sustituir aquellos cheques de personas naturales, consignados en la cuenta de *Mora Pachón*; les fue colocado el sello de certificación de abono a la cuenta del primer beneficiario, como si allí poseyera cuenta la Administración de Impuestos, lográndose de tal manera el pago a través del canje y luego el ingreso del dinero a la cuenta del mencionado particular, para concluir con su cobro en la forma vista".

ACTUACION PROCESAL

1ª. Por los hechos reseñados en el acápite del peculado fueron vinculados a la investigación *Gerardo Leon Azcarate Calero* (Gerente), *Carlos Enrique Pinto Sánchez* (Subgerente), *Oswaldo Sastoque González* (Jefe de Cuentas Corrientes) y *Rodrigo Uribe Jaramillo* (cuentacorrentista).

El Juzgado 22 de Instrucción Criminal calificó el mérito probatorio del sumario en auto de junio 29 de 1988, con resolución de acusación contra *Gerardo Leon Azcarate Calero* por el delito de peculado por apropiación; contra *Oswaldo Sastoque* como coautor del mismo delito, y además por falsedad; contra *Carlos Enrique Pinto*, por peculado culposo; y contra *Rodrigo Uribe*, como cómplice del delito de peculado por apropiación. (fl. 600 C.O.1).

El Tribunal Superior de Bogotá, al conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto calificatorio, en providencia de diciembre 13 de 1988 modificó la acusación contra *Uribe Jaramillo*, en el sentido de imputarle el cargo como coautor del delito de peculado por apropiación; adicionó la acusación contra *Gerardo Leon*

Azcarate Calero en cuanto a que debe responder igualmente por el reato de falsedad ideológica en documento público, y confirmó lo demás. (fl. 767 C. O. 2).

En la etapa de la causa se presentaron modificaciones al proveído acusatorio, y el juzgamiento concluyó con la calificación definitiva determinada por el Tribunal en el sentido de imputar coautoría de peculado por apropiación en concurso con falsedad en documento público para *Gerardo Leon Azcarate Calero y Sastoque González. A Uribe Jaramillo* se le consideró coautor de peculado por apropiación, y a Pinto Sánchez de peculado culposo.

2ª. Por los hechos referentes a las estafas, el Juzgado 17 de Instrucción Criminal calificó el mérito probatorio del sumario en providencia de mayo 2 de 1988, con resolución de acusación contra *Gerardo Leon Azcarate Calero, Oswaldo Sastoque González y Luis Alberto Mora Pachón*, como coautores. (fl. 182 C.O 4).

Interpuesto el recurso de apelación contra el auto anterior, el Tribunal en providencia de 10 de agosto de 1988 se abstuvo de desatar el recurso interpuesto por la apoderada de la parte civil por no tener interés jurídico.

3ª. Dada la comunidad de procesados, el Juzgado 28 Penal del Circuito mediante auto de septiembre 4 de 1988 dispuso la acumulación de los procesos.

Posteriormente y ante la solicitud de variación de la calificación por parte de la Fiscalía 11 del Circuito, el Tribunal al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el proveído en que se decidió no acceder a ello, consideró que se presentaban estafas en conjunto homogéneo y sucesivo.

En el año de 1993, el Procurador 18 Judicial solicitó también la variación de la calificación, la que fue negada por el Juez del conocimiento, y ante la apelación de dicha decisión, el Tribunal Superior mediante proveído de agosto 5 del mismo año la modificó en el sentido de introducir el cargo por falsedad ideológica en documento público, y confirmó lo relativo a los punibles de estafa.

Adelantada la etapa de la causa, el Juzgado 28 Penal del Circuito llevó a cabo la audiencia pública en las causas acumuladas y profirió sentencia en los términos y condiciones consignados en precedencia, decisión que al ser apelada por el defensor de *Gerardo Leon Azcarate Calero*, resultó modificada por el Tribunal Superior de esta ciudad, por medio del fallo que es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

Cargo único: Se ataca la sentencia de segunda instancia con fundamento en la causal tercera de casación, por considerar el actor que fue proferida en un juicio viciado de nulidad, "por incompetencia del funcionario judicial para pronunciarse sobre conductas contravencionales".

El artículo 1º de la Ley 23 de 1991 asignó a las autoridades de policía el conocimiento de las contravenciones especiales enunciadas en la norma, anteriormente incorporadas a la legislación penal con categoría de delitos, como es la estafa en cuantía que no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales.

La sentencia que se impugna incluyó la condena respecto de hechos "que si bien en otro momento constituyeron delito de estafa, al proferirse el fallo habían devenido en contravenciones especiales" de conocimiento en un principio de las autoridades administrativas, y en la fecha de la demanda de acuerdo con normas de conmoción interior, la competencia se le asignó a los jueces penales municipales.

El reajuste periódico del salario mínimo legal mensual hace que, paralelamente, comportamientos calificados inicialmente como delitos contra el patrimonio económico (la estafa entre ellos), pasen a convertirse en contravenciones especiales. "El tratamiento que debe otorgarse a dichas conductas, conforme al principio de favorabilidad, no puede ser otro que el de la contravención especial, con las consecuencias sustanciales y procesales que de allí se derivan, entre otras, la pérdida de competencia de los funcionarios judiciales que investigan y juzgan comportamientos delictivos".

La modificación anual repercute no solo en las normas que lo aluden como punto de referencia para la determinación de las cuantías, sino también sobre la naturaleza de los hechos punibles. En este último aspecto resulta imperativa la aplicación del principio de favorabilidad con las consecuencias sustanciales y procesales que ello conlleva; lo que no ocurre con la competencia, toda vez que existe norma legal expresa (inciso final del artículo 75 del C.P.P.), que impide el cambio de competencia debido al incremento del salario mínimo mensual.

Dos situaciones deben diferenciarse en consecuencia: "a) los eventos en que se actualizan las cuantías que fijan la competencia, en virtud del mecanismo del salario mínimo legal; y b) los casos en que se altera la naturaleza del hecho punible".

En relación con la competencia, "un delito contra el patrimonio económico será investigado y juzgado por el funcionario que,

conforme a la cuantía de la infracción, sea competente al momento de la ocurrencia del hecho, al margen de las posteriores modificaciones del monto del salario mínimo legal mensual".

Situación diversa ocurre respecto a la imperativa modificación de la naturaleza del punible, pues el ingrediente normativo (salario mínimo legal), incorporado por el legislador a algunos tipos contravencionales descritos en la Ley 23 de 1991, sirve de mecanismo para diferenciar, dentro de un mismo supuesto fáctico, delitos de contravenciones, siendo indiscutible y lógicamente más favorable para los procesados en el plano sustancial y procesal, encuadrar sus comportamientos como contravenciones especiales y no como delitos.

Se concluye de lo anterior, que "cada año, cuando se fija normativamente el monto del salario mínimo legal mensual, se reajustan automáticamente las cuantías que diferencian delitos de contravenciones y, consecuencialmente, múltiples conductas que inicialmente configuraron delito devienen en simple contravención especial. En tal caso, no es factible que el funcionario que conoció inicialmente del proceso retenga la competencia pues, por las razones ya anotadas y por existir norma expresa en sentido contrario, de las contravenciones especiales solo conocerán las autoridades correspondientes a través del trámite especial previsto por la Ley 23 de 1991 y el Decreto 0800 del mismo año".

En apoyo de sus planteamientos, cita en primer término el salvamento de voto del Magistrado del Tribunal Superior que se apartó de la decisión mayoritaria al considerar que: "la competencia derivada de la cuantía de la infracción debe calcularse, en el caso objeto de estudio, acudiendo por remisión al decreto que fija el salario mínimo legal mensual para el año de 1995, esto es, el 2872 de diciembre 20 de 1994..."; por consiguiente, a partir de enero 1º de 1995, las estafas mayores a $1'118.933.50 continuaron como delitos y las inferiores como contravenciones especiales, con las consecuencias que ello apareja en el ámbito sustancial y procesal correspondiente.

La "equivocada" atribución de competencia por parte del Tribunal para resolver sobre contravenciones especiales, es producto de una igualmente "errada postura acerca del principio de favorabilidad", pues sin fundamento normativo optó por fraccionar temporalmente el alcance del principio consagrado en el artículo 10º del C. de P.P. y 6º del C.P.. Admitió el fallador que sí opera la conversión de delitos en contravenciones en razón a la modificación de la cuantía, sin embargo, se desatiende la modificación anual de la cuantía por el decreto que reajusta periódicamente el salario mínimo legal mensual,

Cita criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre el principio de la favorabilidad tanto en el tema sustancial como procesal, de los cuales se destacan aspectos como: la aplicación obligatoria del principio por parte del Juez, ante la existencia de una ley más benigna a una situación preexistente; en el fenómeno de la sucesión de leyes procesales, tema que ha resultado polémico frente al principio de favorabilidad, en razón a que según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1987, las normas relativas a la sustanciación y ritualidad de los juicios son de aplicación inmediata y por tanto prevalecen sobre los anteriores, precisándose que: "los términos que hubieran empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Pero, la realidad es que normas aparentemente inconciliables no lo son y cuando se trata de reglas de intereses defensivos del proceso es evidente que debe recurrirse al principio de favorabilidad dando aplicación a la que mayor conveniencia le pueda implicar para el acusado: pero en tratándose de aquéllas normas de simple sustanciación en trámite se debe dar aplicación inmediata a la ley procesal..." (C. S. J. Sentencia de casación de 14 de julio de 1987).

El fallo impugnado en lo que respecta a la condena por el concurso de estafas en cuantía inferior a diez salarios mínimos mensuales ($1'187.335 en 1995), debe ser declarado nulo por falta de competencia de los juzgadores, en consecuencia el censor solicita que se case la sentencia recurrida, se declare la nulidad parcial de la misma, y se reajuste la pena impuesta en la proposición pertinente.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

La representante de la parte civil presentó escrito en el que solicita a la Corte no casar la sentencia por las siguientes razones:

Los hechos se sucedieron en el año de 1986, cuando el salario mínimo legal vigente estaba en $16.811..40, de manera que se debía tomar este salario para determinar la cuantía.

El ilícito fue uno solo que se consumó con la consignación de varios cheques que tenían el mismo objetivo y finalidad de defraudar a la Nación, por lo que se debe tomar en conjunto la operación y no cheque por cheque.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada por las siguientes razones:

No es posible que opere la nulidad por falta de competencia, con base en el principio de favorabilidad, pues como lo tiene estable-

cido la jurisprudencia de la *Corte*, dicho principio opera cuando hay sucesión de leyes en el tiempo y existen dos o más que resultan aplicables a un caso concreto. En el presente evento no se da la aplicación de la garantía constitucional porque no tiene el alcance que el recurrente le asigna, "al pretender que al operar el incremento en el salario mínimo legal mensual, automática e indefectiblemente además de presentarse la variación de la competencia, también se daría ipso facto la modificación en la naturaleza del hecho punible, vale decir, la estafa dilectual se vuelve contravencional de carácter especial, que lógicamente resulta más favorable al acusado".

Se apoya en jurisprudencia de la *Corte*, para concluir que en el caso que nos ocupa "la cuantía fijada para el concurso homogénco y sucesivo de las estafas consideradas por los juzgadores, sobrepasan los diez (10) salarios mínimos legales fijados en el artículo 14 de la Ley 23 de 1991, para poder ser considerados como contravenciones especiales. Además, que si se aceptara la postura del recurrente en cuanto a la aplicación del principio de favorabilidad, sería abrir una gran brecha, para que los sujetos procesales dilatasen los procesos con el fin de esperar que los delitos pasaren a ser contravenciones por el paso del tiempo, al entrar a regir un nuevo salario mínimo legal mensual. Tesis que a su turno iría en contravía de la propia filosofía de la Ley 23 de 1991, de descongestión de los despachos judiciales, lo que en últimas resulta desenfocado e ilógico. Por ello resulta acertado lo expuesto por el Tribunal en la sentencia atacada...".

Luego de transcribir algunos pronunciamientos de la Corte, concluye que la nulidad planteada por falta de competencia con base en el principio de favorabilidad resulta inadmisible y su desestimación será lo conveniente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El cargo de nulidad formulado por el recurrente carece de fundamento por las siguientes razones:

1. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 1º de la Ley 23 de 1991, el Tribunal al proferir el fallo de segundo grado precisó que únicamente se ocupaba de los comportamientos que dada su cuantía mantuvieron la calidad de delitos, esto es, aquellos cuyo monto excedía de quinientos diecisiete mil doscientos pesos ($517.200), como quiera que el salario mínimo legal mensual para el año de 1991 era de cincuenta y un mil setecientos veinte pesos ($51.720). En ese orden de ideas, solo se estimaron como constitutivos del delito de estafa los hechos relacionados en la sentencia de primera instancia cuyos valores ascendieron a $661.729,

$784.331, $945.000, $1'689.744, $877.638, $1'096.200, y $670.874, lo cual trajo como consecuencia la disminución de la pena impuesta en primera instancia.

Con relación a las estafas cuya cuantía para la fecha en que entró en vigencia la Ley 23 de 1991 excedían de diez salarios mínimos legales mensuales, es evidente que la voluntad del legislador fue que mantuvieran su calidad de delitos contra el patrimonio económico, y con posterioridad a dicha Ley no se ha expedido ninguna otra que varíe esa situación, de manera que desde ese punto de vista no tiene asidero invocar el principio de favorabilidad, ya que no existe sucesión de leyes en el tiempo, que es fenómeno que permite seleccionar entre diversas normas cuál es la más favorable para el procesado en el caso concreto.

3. Ahora, si el tema se reduce a precisar cuál es el efecto que se genera cada vez que el valor del salario mínimo es modificado, con relación a las conductas que en el momento de ejecutarlas superaban los diez salarios mínimos exigidos para considerarlas delito, pero que ante el reajuste ya no los exceden, con certeza se puede afirmar que *ninguno*.

Lo que la Ley 23 de 1991 introdujo es un parámetro que indica que en los casos de hurto, estafa, emisión y transferencia ilegal de cheques, abuso de confianza, aprovechamiento del error ajeno o caso fortuito, y daño en bien ajeno, si en el momento de ejecutar la conducta la cuantía del punible excede del valor de diez salarios mínimos mensuales entonces vigentes, debe ser sancionado como delito, sin que las variaciones posteriores del salario puedan provocar una alteración de los juicios de valor que se emitieron sobre lo ejecutado en un período precedente.

Dicho de otra manera, cuando el interés jurídico patrimonial afectado exceda de la cuantía mencionada, en cada época en que ello ocurra, su gravedad es tal que debe ser considerada delito, y dicha gravedad no se irá desdibujando con el transcurso del tiempo por la simple circunstancia de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, pues el factor determinante en esa materia no es el que traiga el futuro sino el existente cuando ocurrió, de manera que la modificación de la disposición complementaria no lleva a su aplicación retroactiva.

Al fijar el legislador la cuantía que sirve de límite a la calificación de una conducta como delito o contravención en salarios mínimos, no hace cosa distinta a reconocer la existencia de un hecho que afecta a nuestra realidad de manera importante, como es la devaluación de la moneda, razón por la cual no es acertado señalar una

suma fija en pesos sino mantener el monto actualizado mediante ese sistema, porque lo evidente es que ese valor, pasado algún tiempo, y apreciado en el contexto de ese nuevo momento, no va a ameritar que su lesión o puesta en peligro sea considerada como delito, y en consecuencia puede bastar una regulación en el ámbito de las contravenciones.

De antemano se sabe que la disposición complementaria tiene su origen en una autoridad legislativa de inferior jerarquía, y que por la materia que regula va a sufrir constantes modificaciones, en el caso actual de nuestro país, ampliando cada vez la cuantía de lo que debe ser calificado como contravención, y restringiendo la de los delitos, pero ello no tiene incidencia sobre las conductas realizadas con anterioridad, pues el parámetro de referencia para saber frente a qué clase de hecho punible nos encontramos lo da la circunstancia de que la cuantía en cada momento resulte, o no, superior a diez salarios mínimos mensuales.

Razón le asiste al Procurador delegado al criticar el entendimiento que le da a la norma el libelista, pues en realidad bastaría dilatar los procesos para que el hecho imputado terminara perdiendo la calidad de delito y convirtiéndose en una contravención, que para entonces seguramente también estaría prescrita, ya que el término para ese efecto es muy corto. Dicho de otra manera, ese sería el camino para impedir la aplicación de los tipos penales relacionados, y una manera de procurar la impunidad.

4. En armonía con la anterior interpretación, el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal señala que "La competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho", lo cual quiere decir que independientemente de las variaciones que se produzcan en el valor del salario, la competencia se conserva, como igualmente se conserva la calidad de delito para el hecho objeto del proceso.

En conclusión, no existiendo la nulidad aducida, 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 recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Augusto Galvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Paez Velandia (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

TESTIMONIO - Prueba

Debe la Sala rechazar que se sostenga en la demanda que "por mandato legal" no se le puede dar credibilidad a una persona simplemente por su condición social o adicción a las drogas, pues si bien esta última sería una razón para analizar esta clase de versiones con el cuidado del caso, ello no significa que haya de descartársele de plano. Si otras pruebas confirman sus palabras, independientemente de su situación de toda clase o sus antecedentes personales, bien podría otorgársele la categoría de verdad.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1.997).

Magistrado Ponente: *Dr. Carlos Augusto Galvez Argote*

Aprobado Acta No.136 Proceso No. 9799

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de *Arcadio German Contreras Orozco*, contra la sentencia del 2 de mayo de 1.994 por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá *confirmó* la dictada en primera instancia por el Juzgado 73 Penal del Circuito de la misma ciudad el 25 de marzo de dicho año, que condenó a éste procesado a la pena principal de once (11) años, un (1) mes y diez (10) días de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciónes públicas por diez (10) años, como autor responsable del delito de homicidio cometido en estado de ira.

HECHOS

Sucedieron en las horas de la tarde del día 29 de marzo de 1.993, a la altura de la carrera 28 con calle 65 en el barrio Siete de Agosto de esta ciudad, cuando entre el indigente *José Domingo Barrera Caicedo* y *Arcadio German Contreras Orozco* surgió un altercado,

motivado en el hecho de que al momento de pasar por su lado, el primero derribó la motocicleta de propiedad de éste, presentándose una mutua agresión verbal y esgrimiéndose por parte del motociclista un arma de fuego que legalmente portaba, ante lo cual *Barrera* le escupió en el rostro instándole además a que hiciera uso del artefacto. Resuelto a poner fin a la disputa, *Arcadio German Contreras Orozco* se marchó de ese lugar para dirigirse a la esquina siguiente a continuar con sus labores de cobranza, siendo perseguido por *Barrera* quien persistió en las ofensas, ante lo cual el primero reaccionó haciendo sendos disparos, uno al suelo y el otro a la humanidad del belicoso el cual se alojó en la región posterior del hemitórax derecho a nivel del 9º espacio intercostal, a consecuencia del cual falleció el 26 de abril siguiente en el Hospital Simón Bolívar a donde fuera recluído en procura de salvarle la vida.

ACTUACIÓN PROCESAL

Conoció de estos hechos la Fiscalía 71 de la Unidad Quinta de Indagación Previa y Permanente, por razón de la denuncia que presentara el 6 de abril de 1.993 *Arcadio Barrera Caicedo*, hermano de la víctima, decretándose la apertura investigativa el día 21 del mismo mes.

Allegados al proceso el acta de levantamiento del cadáver, el protocolo de necropsia y el registro civil de defunción de *José Domingo Barrera Caicedo* y practicada múltiple prueba testimonial, como también escuchado en indagatoria una vez capturado *Arcadio German Contreras Orozco*, se definió su situación jurídica con medida de aseguramiento detentiva por el delito de homicidio, mediante resolución del 21 de mayo siguiente.

Cerrada la investigación, el 13 de agosto de 1.993 la Fiscalía Delegada 105 de la Unidad Segunda de Vida profirió resolución acusatoria en contra de *Arcadio German Contreras Orozco* por el delito que homicidio, decisión que al ser apelada por su defensor fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca el 20 de septiembre posterior.

Adelantada la etapa del juicio, dentro de la cual se decretaron y practicaron algunas de las pruebas pedidas por el defensor del procesado y otras de oficio, el Juzgado 73 Penal del Circuito llevó a cabo la audiencia pública, profiriendo la sentencia de primera instancia el 25 de marzo de 1.994, la cual recibió confirmación por parte del Tribunal Superior en los términos precedentemente expuestos, modificando exclusivamente la condena por concepto de daños y perjuicios, que concretó en el equivalente a 300 y 800 gramos oro los morales y materiales, respectivamente.

La Demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, segundo cuerpo, en cargo propone el demandante contra el fallo impugnado por violación indirecta de los artículos 29 numeral 4o. del Código Penal, 29 de la Carta Política y 2, 22 y 445 del Código de Procedimiento Penal, señalando cinco "errores de hecho", cada uno de los cuales expone en acápites separados, en los cuales habría incurrido el fallador al "*desechar* las *declaraciones* de *Libia Paniagua y Andrés Felipe Parra*, que demuestran junto con las declaraciones de *Jorge Rodríguez, Fabio Rodríguez, Pedro Yesid Pardo y Oscar Mario Puentes Colmenares* que *Arcadio German Contreras Orozco* fue *agredido* por el obitado *Jose Domingo Barrera Caicedo* creándose la necesidad de defender sus propios derechos".

Primer error de hecho

Para el actor, el Tribunal presumió el origen de los acontecimientos al afirmar que la contienda se inició "al parecer", cuando el occiso arrojó al suelo la motocicleta de su defendido, lo que según su opinión no es verdad, pues tal hecho habría sido posterior al primer ataque, el cual, según la versión de *Arcadio Germán Contreras Orozco* se originó en el intento de hurto de una suma de dinero por parte de *Barrera Caicedo*. De este modo, siendo "dubitativa e hipotética" la narración que de los hechos hace el Tribunal, ha debido reconocer que existían dudas sobre el particular y no presumir que el interfecto tumbó la moto del procesado sin motivo aparente. Este solo hecho, agrega, "reclama una explicación", que no es otra que la primera agresión que sufrió su defendido al tratar de impedir que el occiso le arrebatara el dinero que llevaba consigo, acto que no está desvirtuado por testigo alguno, pues la versión contraria del propio agresor "es abiertamente falaz".

Critica al Tribunal por sostener que del primer incidente tan sólo algunos declarantes dan cuenta y en forma incompleta, para luego señalar que lo expresado por *Arcadio German Contreras Orozco* tiene respaldo en la presunción constitucional de inocencia y en el deber de resolver toda duda en favor del procesado. Concluye entonces que resulta obligatorio dar credibilidad a las afirmaciones de éste, porque el occiso era un consumidor habitual de marihuana, porque mintió en su primera versión procesal y porque los testigos *Jorge Rodríguez, Pedro Yesid Pardo y Oscar Mario Puentes*, confirman su drogadicción y las constantes agresiones de que hacía objeto a la comunidad.

En relación con tales testigos se pregunta sobre cuál el motivo para habérseles otorgado credibilidad sólo en algunos aspectos y transcribir parcialmente sus dichos. Asegura que el agresor tal y

como lo describen los declarantes, resultaba un arma más letal que una blanca o de fuego.

Destaca la diferencia existente entre ofensa y agresión, para indagar cuántas "escupas" son necesarias a fin de considerar el hecho como un auténtico ataque.

De este primer error "en la apreciación de la prueba en cuanto a la iniciación del insuceso", dice, se deriva el segundo.

Segundo error de hecho

Comienza su formulación reiterando que el Tribunal confundió ofensa con agresión. Para sustentarlo, afirma que el occiso era un marginado social que tenía por costumbre agredir y apropiarse de lo ajeno por medios violentos, sin que le hubiera sido posible al procesado disuadirlo con el arma que exhibió, pues todo lo contrario, agrega, aquél se "predeterminó" después del primer ataque, "consume droga" y luego emprende otra nueva agresión.

Por lo anterior, entiende que ha debido auscultarse con mayor detenimiento el proceso, pues aunque el occiso no hubiese tenido en su poder un arma —pese a que para el actor está probada su existencia—, las condiciones personales del obitado "hacían presumir un acto deliberado de lesión", cuyas proporciones podrían imaginarse dado el temperamento violento que lo asistía.

Para el demandante, dicientes son las declaraciones (no precisa cuáles), que vieron cuando el occiso amenazó con despojar del arma al procesado y agredirlo. En este aspecto critica al Tribunal por distinguir entre ofensa y agresión para predicar que sólo en presencia de la primera es posible aplicar la diminuente de la ira, cuando, afirma, "no era este el caso a pesar de que es simple entender que un agredido puede desarrollar ira y dolor intensos", aparte de que las agresiones generalmente van acompañadas de ofensas.

Agrega que aunque es cierto que la ira es producto de un colapso síquico del ofendido, también cuenta la confrontación cultural, pues si los actos "destructores" hubiesen provenido de una persona de "condiciones humanas similares" a las del inculpado podría hablarse de "ofensa", pero no en este caso, en el que, dice, "a quien, por Dios, se le ocurre que un marginado social" pueda ofender y no agredir, siendo en su criterio ingenuo considerar que un hombre que no se intimida al serle exhibida un arma de fuego y persiste en perseguir a la víctima, no hubiese estado igualmente armado.

Tercer error de hecho

Lo sintetiza afirmando que "Se identificó indebidamente la 2penetración inicial del proyectil, asegurando que se apuntó a parte

vital del cuerpo", toda vez que en su criterio la causa inmediata de la muerte no fue el proyectil sino las heridas y "los gérmenes patógenos propios del ambiente".

Advierte sin relación alguna con la anterior idea expuesta, que las condiciones personales del occiso (contextura física, alucinación, conducta social), eran suficientes para intimidar a su poderdante. Reprueba que el Tribunal convirtiera al agredido en agresor y se pregunta cómo si el occiso recibió un sólo disparo en un brazo puede asegurarse que quien se defendió disparó deliberadamente a una parte vital suya.

De este antecedente concluye el censor que el propósito del procesado fue contra restar el ataque y no matar, lo que se descubre en el hecho de que no agotó la carga de su revólver y por el contrario buscó auxilio para el herido. Además, opina igualmente que un sólo disparo no genera por sí mismo una infección mayúscula, la cual se presenta frente a agentes externos, pues pese a que la necropsia certifica otra cosa, considera que los médicos se equivocaron también al afirmar que el disparo entró por el brazo derecho.

Cuarto error de hecho

Señala que el Tribunal desechó parcialmente las declaraciones de *Jorge Rodríguez, Fabio Rodríguez, Pedro Yesid Pardo y Oscar Mario Puentes* quienes dieron cuenta al proceso de que el occiso era una persona agresiva, drogadicta y con tendencia a la comisión de delitos contra el patrimonio.

Estima por ello que los antecedentes sociales significan más que los penales, máxime cuando la identificación cedular no se logró en el proceso, hecho que impidió conocer su trayectoria delictiva, lo cual obligaba a tomar en consideración las versiones de quienes lo conocían con suficiencia. No obstante, el Tribunal aseguró que apenas se trataba de un menesteroso y no de un atracador reconocido. En estas condiciones no entiende cómo pudo haberse ganado el cariño de los comerciantes del sector, según se afirma igualmente en la sentencia.

Al final destaca con sorpresa que la víctima hubiese manifestado que cuidaba carros, al tiempo que su hermano lo señala como celador y los falladores como lustrabotas, para insistirse en la sentencia que se trataba de un mendigo.

Quinto error de hecho

Expresa en este aparte el recurrente, que el Tribunal presumió que no existió arma alguna en poder del occiso, error al que arribó al desechar las declaraciones de *Libia Paniagua y Andrés Felipe*

Parra Gómez, únicas personas que presenciaron el incidente, quienes afirman que el sujeto atacó a su poderdante por la espalda con un cuchillo, mientras *Pedro Yesid Pardo* asegura que el sujeto portaba una "cuchillita" colgada al cuello.

No obstante, el Tribunal los descarta so pretexto de que buscan favorecer al encartado, sosteniendo su afirmación en el no hallazgo del arma. Sin embargo, olvidó que ocurrido el hecho, se formó un tumulto, siendo factible que en ese momento se haya perdido tal elemento.

En lo que se refiere a la "cuchillita" de la que habla *Pedro Yesid Pardo*, no encuentra creíble que un hombre sólo provisto de este objeto, pueda perseguir a otro que esgrime un revólver.

Enseguida, agrega:

"Como la honorable Corte comprenderá, si un individuo drogado, apoderado de la zona en la cual realizaba por decir de los testigos actos delictivos, ataca a otro, lo persigue, lo escupe, se lanza en su persecución y dos testigos advierten al ofendido que lo van a agredir por la espalda; y al contrario de lo ocurrido se dice que el atacante es un menesteroso, celador, lustrabotas, cuida carros, que era objeto del cariño de los habitantes de la zona, nada hay por demostrar el ataque. Es aquí donde los yerros fácticos obtienen éxito a costa de la presunción de inocencia que desconoció la justicia, y a costa de la presunción de inocencia que desconoció la justicia, y a costa del principio de la *duda* en favor del reo que ignoró el veredicto".

Aborda luego el tema de la legítima defensa en un acápite que titula "consideraciones finales", citando diversa doctrina y jurisprudencia, para repetir que el occiso era un hombre fuerte que mantenía conflictos con la policía. Luego habla de la insolidaridad social convertida en una patología dentro del orden jurídico del país y de la policía, organismo que optó por entregarse a la ley del más fuerte.

Culmina este aparte advirtiendo que los requisitos del art. 29.4 del Código Penal se hubieran observado, si las pruebas que se ignoraron o valoraron equivocadamente hubiesen sido norma del proceso, y si la duda, como categoría autónoma, hubiese igualmente operado. No obstante, nada se hizo por allegar al proceso las pruebas que demostraban su aserto.

Insiste en la inocencia de su representado "***por haber actuado al amparo de la circunstancia eximente de la antijuridicidad***" de la legítima defensa, solicitando a la Corte casar la sentencia impugnada y en su lugar dictar un fallo absolutorio.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Comienza el Ministerio Público por llamar la atención sobre las insubsanables fallas técnicas que presenta la demanda al no concretar la naturaleza y alcance de los errores de hecho que propone, al no precisar si tales yerros provienen de falsos juicios de existencia o de identidad y de qué manera hubiesen podido influir en el pronunciamiento que impugna.

Respecto al primer error que aduce el actor, el Delegado critica su contenido por tratarse tan solo de una particular valoración probatoria para sacar avantes sus tesis. El hecho de que el Tribunal haya utilizado la expresión "al parecer" significa que lo hizo simplemente para consignar la descripción de los acontecimientos, atendiendo a la disparidad de declaraciones. Pero no se quedó allí, al estudiar la tipicidad y la culpabilidad con base en el análisis de la diversa prueba obrante en el proceso, descartó que la víctima tuviera consigo algún arma.

De ahí que lo pretendido por el casacionista es enfrentar su criterio al del fallador, polémica que no es aceptable dada la doble presunción de acierto y legalidad que ampara la sentencia, la cual se quiebra únicamente cuando se demuestra la existencia de un error manifiesto y trascendente.

Respecto al segundo error de hecho, el Procurador advierte que la posición del censor no es clara ni definida. Sus planteamientos son superficiales, basados en argumentos sueltos que deja abandonados como si persiguiera que la Corte deduzca qué es lo pretendido con ellos. Trata de decir que el actuar del occiso constituye una agresión y no una ofensa, es decir, que traslada el reproche al ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción, con miras a que se haga una nueva valoración probatoria y se determine la confusión del Tribunal al fijar el alcance de las citadas expresiones. Y aun cuando deduce que es una legítima defensa lo propuesto, sus argumentos no respetan los requisitos del art. 225 del C. de P.P.

En relación con el tercer error de hecho, así mismo califica de confusa su invocación, pues no se precisa en qué consistió, dejando completamente expósito el cargo, pues todo se reduce a un simple alegato de instancia, dentro del cual es reiterativo en su criterio sobre la real causa de lo ocurrido, que respalda en lo narrado por el procesado sobre la intención de la víctima de hurtar los dineros recaudados por éste.

En últimas, sostiene el Ministerio Público, su inconformidad radica en que el ad quem sostuvo que el procesado disparó a parte vital del interfecto cuando no fue así, pues lo que trató fue de contra-

rrestar el ataque antes que matar, y la causa de la muerte no fue la herida en sí misma, sino los gérmenes propios del ambiente. No indica, sin embargo, las pruebas concretas en que se apoya ni la relación entre los presuntos errores y su importancia en la estructura de la sentencia. Tales yerros técnicos impiden el estudio de fondo al ignorarse, nuevamente, cuáles son sus pretensiones.

Sobre el cuarto error de hecho, sostiene que el mismo se reduce a simples enunciados y afirmaciones carentes de claridad sobre lo que se propone el actor con ellos, sin que mencione, además, la incidencia de establecer la clase de actividad que desempeñaba el hoy occiso.

Frente al grado de culpabilidad, observa el Delegado, que no señala el libelista en qué influye que se tratara la víctima de un atracador o un menesteroso, aun cuando por la manera como discurre podría pensarse en el reconocimiento de una legítima defensa o un estado de ira, pese a lo cual esto último no tendría razón se ser, ya que en la sentencia fue admitida la diminuente punitiva y en cuanto a la justificante no concurren la totalidad de sus elementos.

Finalmente, a juicio del Ministerio Público, respecto al quinto error de hecho, es propuesto como un simple desacuerdo con la valoración que le diera el fallador a los testimonios de *Parra Gómez y Libia Paniagua*, cuando sostienen que el occiso trató de atacar con un cuchillo al procesado. Esta inconformidad no puede prosperar, asegura, ante la inexistencia de tarifa legal en el régimen probatorio nuestro, dentro del cual el fallador goza de amplia discrecionalidad para evaluar el grado de credibilidad de los distintos medios de prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Solicita, en consecuencia, no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1. El defensor de *Arcadio German Contreras Orozco* aduce la causal primera de casación acusando por vía indirecta el fallo impugnado, por haber incurrido en cinco errores de hecho cuyo origen atribuye a un mismo defecto en la apreciación probatoria del Tribunal, esto es "desechar" los testimonios de *Libia Paniagua, Andrés Felipe Parra Gómez, Jorge y Fabio Rodríguez, Pedro Yesid Pardo y Oscar Mario Puentes*, con la pretensión de que a su defendido le sea reconocida la justificante de la legítima defensa.

2. En estas condiciones y pese a que la totalidad de yerros fácticos que tendrían origen en falsos juicios de existencia por omisión de la prueba testimonial referida, deberían estar orientados a demostrar la aludida exclusión de antijuridicidad, resulta evidente que la censura

ha sido desarrollada de manera confusa y contradictoria, pues los diversos errores de apreciación probatoria se fundan en argumentaciones ajenas por completo al objeto central del ataque, con tesis jurídicas excluyentes y en la mayoría de los casos sobre temas intrascendentes para aspirar a sustituir el fallo impugnado bajo la pretensión del reconocimiento de la legítima defensa.

3. Así, el primer error de hecho acusado se formula sobre la simple afirmación según la cual, el Tribunal "Presumió el origen de los acontecimientos", cuando sostuvo que la contienda se inició 'al parecer', en el momento que el occiso arrojó al suelo la motocicleta del procesado, pues para el actor este fue el segundo ataque que aquél le infirió a *Arcadio German Contreras Orozco*, lo que evidencia la falta de precisión y certeza que sobre los hechos en cuanto a su orígen contiene la sentencia, y conlleva la "violación constitucional" de la presunción de inocencia y el desconocimiento de la duda.

Es ostensible el contrasentido en que incurre el libelista, toda vez que ninguna relación tiene esta simultánea y excluyente proposición de tesis, que por su característica han debido entonces formularse en capítulos separados, pues abandonando el tema de la justificante y las pruebas presuntamente ignoradas que le servirían para demostrarla, se refiere de manera inusitada a que ha debido reconocerse al procesado la duda, afirmando socavada la presunción de inocencia y aludiendo impertinentemente al art. 29 de la Carta Política, todo lo cual aparta por completo la censura del objeto central de ataque.

Pero aún admitiendo que esta nueva proposición contiene sus verdaderas pretensiones, tampoco clarifica si la existencia de la duda surge de la que denomina como una presentación "dubitativa e hipotética" de los hechos por parte del Tribunal, o si aspira a demostrar su existencia en esta sede, pues si lo primero, es sabido que la vía casacional correcta sería la directa, en tanto que si no fue admitida por el fallador lo pertinente sería la indirecta.

Sin embargo, el actor abandona por completo este tema, para dedicarse en un extenso y arbitrario alegato a proponer a la Corte, según su criterio, cuáles fueron las razones que provocaron el suceso criminoso, todo desde una personal perspectiva de valoración probatoria, la cual antepone a la del sentenciador, sosteniendo, entre otras apreciaciones, que ha debido merecer credibilidad para el Tribunal la versión del procesado y no la del occiso, si se tiene en cuenta su condición personal y social, demostrando así un real desconocimiento respecto a que no es posible sobre esta materia criticar libremente en casación la sentencia, habida cuenta de que la misma está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad,

admitiéndose solamente los errores manifiestos y trascendentes en que se haya podido incurrir en desarrollo de dicho análisis probatorio.

De sus afirmaciones, no obstante, debe la Sala rechazar que se sostenga en la demanda que "por mandato legal" no se le puede dar credibilidad a una persona simplemente por su condición social o adicción a las drogas, pues si bien esta última sería una razón para analizar esta clase de versiones con el cuidado del caso, ello no significa que haya de descartársele de plano. Si otras pruebas confirman sus palabras, independientemente de su situación de toda clase o sus antecedentes personales, bien podría otorgársele la categoría de verdad.

De otra parte, no está demás advertir, que la discusión en que se adentra el actor, en relación con el verdadero origen de la disputa presentada entre el occiso y su defendido, carece de cualquier relevancia, pues dicha causa para el análisis efectuado por el Tribunal sólo es tomada como referencia del instante en que *Arcadio German Contreras Orozco* exhibe el arma de fuego, para luego tener que volver a empuñarla cuando el occiso persistió en sus ofensas, sin que en las consideraciones del fallador, como no podría ser de otra manera, tenga un especial significado este hecho, es decir, que su inanidad es ostensible, máxime cuando él por sí mismo ninguna significación reviste sobre el desenlace de los acontecimientos y menos respecto a la alegada excluyente.

Su improsperidad es manifiesta.

4. El segundo yerro fáctico lo fundamenta en la presunta confusión del fallador entre ofensa y agresión. Sin embargo, de nuevo el pensamiento del actor resulta oscuro e ininteligible con relación a los reales objetivos que persigue, pues si bien al final del mismo habla sobre la disminuente de la ira, esta alusión no tiene ninguna razón de ser toda vez que tal atemperante de la pena fue reconocida en las instancias, siendo además que tampoco guarda correspondencia alguna con la legítima defensa a cuya demostración debía dirigir la totalidad de los supuestos yerros fácticos alegados.

De nuevo, ocupándose de resaltar la actitud y condición personal de José Domingo Barrera Caicedo que para el actor lo hacían un agresor en potencia, juzga su proceder a partir de lo que habría podido hacer sino le dispara el procesado, máxime cuando su objetivo era despojarlo del arma y agredirlo con ella.

En estas condiciones es evidente sin necesidad de mayores reflexiones, que el actor se dedica a construir la realidad que le conviene, interpretando a su acomodo los hechos y sus circunstan-

cias, ignorándose, en últimas, qué es lo pretendido, si demostrar que a *Arcadio German Contreras Orozco* lo asaltó la ira al verse denigrado en público, o si buscó defenderse de su agresor evitando que lo despojara de su arma.

La confusión sobre estas dos situaciones es absoluta y la inseguridad del reproche manifiesta, contribuyendo en poco el final de su análisis, cuando acude de nuevo a la condición de "marginado social" que en su parecer tenía la víctima, insistiendo que ello es razón suficiente para convertir las vulgaridades y los salivazos en agresiones que justificarían la pérdida de su vida.

Mayor aún resulta la desorientación del demandante, si se tiene en cuenta que este conjunto de circunstancias que aduce para como último efecto obtener la legítima defensa, sirvieron al sentenciador para admitir la aminorante propia de la ira, pues el censor convierte la gravedad e injusticia del comportamiento ofensivo del occiso, en la agresión a su integridad personal que lo llevó a defenderse, haciendo recaer así en los elementos de la aminorante, aquellos constitutivos de la justificante del hecho.

Además, al igual que sucediera respecto de la réplica anterior, el marco que previamente expusiera como sustento del yerro fáctico aducido, cumplió sólo con la formalidad de indicar la clase de error y su sentido, sin ninguna correspondencia con su postrer desarrollo. Se refiere a los derechos que protege la legislación penal, de las diferencias entre agresión y ofensa y de cómo la condición de marginado puede influir en el resultado de sus actos, pero nada dice en concreto sobre la falencia del fallador, pues sólo menciona, sin sustento alguno, la existencia, de las que llama como "dicientes declaraciones", de algunos testigos que refieren el intento de despojo del arma por parte del occiso, dejando en últimas abandonado el reproche en un verdadero laberinto de confusas posibilidades, lo cual impone su consecuente rechazo.

5. El tercer error de hecho, obedece exactamente al mismo enrevesado alegato. De nuevo es la vehemencia en sus palabras lo que ocupa toda la atención del censor, olvidando precisar cuál es el real ámbito del ataque, el cual debe insistirse, de acuerdo con su enunciación inicial, debía estar inequívocamente orientado a demostrar la legítima defensa.

No obstante, ello no es así, el actor llama la atención sobre el lugar al que fue dirigido el disparo (un brazo), incursionando de este modo en la controversia sobre el verdadero contenido de la voluntad de su representado, en cuanto a que su ánimo era sólo lesionar, para concluir que la muerte del occiso se debió a una

infección posterior que le sobrevino en razón a "gérmenes patógenos propios del ambiente", es decir, sugiriendo que el deceso de *Barrera Caicedo* se produjo por un caso fortuito, lo cual resulta un contrasentido pues la intención de matar por la que ha abogado para lograr el reconocimiento de la legítima defensa como causal excluyente de la antijuridicidad, sería ahora negada al estimar que el hecho se produjo debido a una circunstancia imprevista e insuperable.

Pero además, y ante esta nueva variante en la formulación de la censura, de suyo antitécnica, es evidente que todo se queda en una simple afirmación, pues ni siquiera señala las pruebas que inequívocamente demuestran que la intención del procesado fue herir y no matar, por cuanto toda su argumentación se remite realmente a anteponer su personal criterio valorativo contra el declarado por el sentenciador, pretendiendo así romper el nexo causal existente entre el disparo y el resultado muerte, pese a que de acuerdo con el protocolo de necropsia practicado por el Instituto de Medicina Legal, en el cual se concluye que "***se trata de un hombre adulto que fallece por sepsis y falla multiorgánica ocasionada por proyectil de arma de fuego***", (fl. 404 c.o.3), para el Tribunal no existió la menor vacilación respecto a que el deceso de *Barrera Caicedo* fue consecuencia del disparo que le hiciera el procesado.

Sin embargo, acto seguido, y luego de aventurar otras hipótesis atenuantes de la responsabilidad, como la ira y la preterintención, retoma el argumento de la falta de intención homicida, por cuanto en su criterio el procesado solamente quiso contra restar el ataque y no matar, razón por la cual su defendido no agotó la carga del revólver en el cuerpo de la víctima y antes, por el contrario, procuró que se le brindara el auxilio de rigor, descalificando así mismo la necropsia por "equivocada", incursionando así en la causal tercera de casación por errónea calificación delictual.

La falta de seriedad y coherencia en la formulación del cargo es evidente y como tal merece ser denegado.

6. El **cuarto** error de hecho también está fundado sobre vaguedades, imprecisiones e hipótesis personales, dejándose al margen la obligación de realizar un cuidadoso estudio de la realidad procesal y el señalamiento preciso y claro de la censura que eleva, a la que apenas le ha fijado como ámbito el error de hecho.

La simpleza e intrascendencia de los distintos planteamientos adquiere aquí una mayúscula connotación, pues se limita el recurrente a asegurar que yerra el Tribunal cuando señala a la víctima como un menesteroso y no como un atracador reconocido, cuando esta es la condición que la prueba obrante en el proceso le atribuye.

Por la manera que discurre el libelista, pareceria querer significar que el homicidio de un delincuente es licito, permitido por la ley. Sólo bajo esta ineludible conclusión, que se expresa a través del pensamiento que realmente ha servido de columna vertebral a la demanda, podría entenderse que el actor acuda a afirmaciones generales e inanes, en la medida en que no encuentran ningún apoyo procesal, probatorio o normativo diverso.

Ni siquiera se precisa cuáles fueron las pruebas que señalan al occiso como un ser dedicado al delito y lo que cada una de ellas expresa; tampoco la naturaleza de las falencias del fallador en este aspecto, mucho menos la trascendencia que pudieran haber tenido en la decisión. Simplemente reitera los nombres de algunos testigos, sin indicar qué fue lo por ellos afirmado y en qué medida el Tribunal erró en su apreciación. Además, omite por completo referirse a los argumentos que tuvo en cuenta la sentencia para afirmar lo contrario, es decir, que se trataba de un lustrabotas y que era apreciado por los comerciantes del lugar.

Lo que se revela, nuevamente, es la pretensión del censor de controvertir el fallo por el simple hecho de no ajustarse a su propia apreciación, llegando incluso a plantear el debate en torno a la credibilidad de la prueba testimonial, otra falencia más que se agrega a las varias que ha cometido a lo largo del escrito, pues se estaría abordando el falso juicio de convicción que, de una parte no ha sido claramente expuesto, y de otra debe excluirse como terreno propio para esta clase de polémicas, en razón a que nuestro sistema de valoración probatoria es el de la sana crítica y no el de tarifa legal, dentro del cual el sentenciador goza de un amplio margen de discrecionalidad racional en el análisis de la prueba, condicionado solamente por las reglas de la lógica y la experiencia común.

Esta objeción debe igualmente rechazarse.

7. Como respecto de los anteriores, en el quinto error de hecho, también las falencias técnicas temprano hacen fallidas las aspiraciones del censor. Retomando la inicial presentación del cargo, pretende demostrar que la víctima se encontraba armada, sustentando dicha aspiración en las declaraciones de *Andrés Parra y Libia Paniagua*.

Sin embargo, en vez de desarrollar, como era su obligación, el falso juicio de existencia por omisión probatoria desde un principio expuesto, esto es evidenciar que los referidos testigos no fueron tenidos en cuenta por el sentenciador, el demandante se dedica a criticar al Tribunal por no haberles dado la credibilidad que estos deponentes merecían dada su condición de presenciales, especifica-

mente en relación con el hecho de que el occiso habría atacado con un arma blanca a su defendido.

Se insiste así por el actor en someter a su personal apreciación esta prueba testimonial, polemizando con el valor que el sentenciador le otorgara, lo cual, además de constituir una intromisión en una modalidad de error que no ha sido propuesta, su improcedencia es incuestionable, si se considera como ya se advirtió que entre nosotros rige el sistema de apreciación racional de las pruebas con base en la sana crítica y el hecho de que con la desaparición de la tarifa legal, respecto de pruebas como la testimonial, una objeción de estas características no tiene ninguna cabida en casación.

De todas maneras, debe precisarse que en juicioso y ponderado análisis, los sentenciadores tanto de primera como de segunda instancia, examinaron el aspecto relacionado con el arma blanca que se dice esgrimió contra el procesado el occiso.

El a quo dio cuenta de dos grupos de testimonios. El primero constituido por quienes corroboran la versión de *Arcadio German Contreras Orozco* sobre el cuchillo que portaba el interfecto y el intento que hizo por arrebatarle el arma de fuego que esgrimía el procesado, dentro del cual expresa mención se hace de *Andrés Parra y Libia Paniagua*; y, el segundo, compuesto por quienes no le vieron a la víctima ningún arma en sus manos, manifestando que sólo escucharon de su parte agresiones verbales.

Por este último grupo se inclina el juez de primer grado, y el Tribunal hace lo propio, como consecuencia de advertir que las narraciones que hacen de los hechos son objetivas, sin observarse en ellas ánimo de perjudicar a nadie, contrariamente a las declaraciones de los dos referidos testigos, que en criterio del ad quem "no ofrecen verosimilitud" sobre lo realmente acontecido, aserto que fortalece con el no hallazgo del arma que presuntamente cargaba el occiso y la propia actitud de *Arcadio German Contreras Orozco* quien debió acudir a las autoridades o, en su defecto, alejarse del lugar, lo cual se le facilitaba por tener a su disposición una motocicleta.

En estas condiciones, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, se debe enfatizar en que el recurso de casación no fue instituído para examinar oficiosamente las varias alternativas que se pueden hipotéticamente crear sobre un hecho, toda vez que si ello fuese así no pasaría esta sede de ser una tercera instancia, destinada a revisar sin límite ni medida la actuación procesal y el acopio probatorio en busca de una nueva decisión.

Como el casacionista ignora esta básica doctrina, su pretensión es que debe creérsele a los dos testigos que apoyan al procesado,

mas aún si se atiende a las explicaciones que el propio actor da sobre lo que pudo pasar con el arma, en vista de que la misma no fue hallada, esto es que pudo haber sido tomada por alguno de los curiosos que formaban el tumulto que se aglutinó en el lugar de los hechos, conjeturas, suposiciones y especulaciones inaceptables para demostrar un reproche en casación.

Finalmente, como bien lo destaca el Delegado, en su afán por demostrar que la víctima se encontraba armada , el censor se remite a la transcripción que hace el a quo de un aparte del testimonio de *Pedro Yesid Pardo Rodríguez*, indicando que el día de los hechos el interfecto tenía una "cuchillita" colgada del cuello. No obstante, aquí lo único que se presentó fue un error al realizar la transcripción, pues como se puede leer al folio 46 del segundo cuaderno original, lo que en verdad afirmó el testigo era que llevaba consigo una "muchilita", que es un objeto diferente.

Tampoco prospera esta censura.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia (No firmo), *Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

DEBIDO PROCESO / MOTIVACION DE LA SENTENCIA / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION

1. Cuando se plantea violación del debido proceso por defectos de motivación de la sentencia, se impone para el demandante la obligación de demostrar una cualquiera de las siguientes hipótesis: Que el fallo carece totalmente de motivación; que siendo motivado, es dilógico o ambivalente; o, que su motivación es incompleta.

2. El error en la denominación jurídica del hecho, ha dicho insistentemente la Corte, constituye un atentado al debido proceso. Por esta razón, cuando el ataque en esta sede involucra la denominación genérica del delito, lo indicado es plantear el cargo al amparo de la causal tercera, con el fin de que la actuación pueda retrotraerse al momento de la calificación, o de la clausura del sumario, según el caso, dependiendo de si el funcionario que formuló la acusación es o no competente para reponerla, y se proceda a un nuevo enjuiciamiento a partir de la tipicidad correcta.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.-Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Aprobado acta No.136 Proceso No. 9952

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 31 de mayo de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la del Juzgado 13 Penal del Circuito, por la cual condenó al procesado *José Eusebio Gómez Patiño* a la pena principal de 13 años de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio tentado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL.

El 3 de junio de 1993, en las horas de la tarde, en la carrera 19D con calle 65 Sur, Barrio San Francisco de Santa Fe de Bogotá, cuando Wilson Gustavo Orjuela Vásquez se dirigía a su casa, fue interceptado por José Eusebio Gómez Patiño, quien le propinó un disparo con una pistola (trabuco), de fabricación hechiza, en la región abdominal, causándole lesiones que ameritaron una incapacidad de 20 días sin secuelas.

Gracias a la colaboración de la ciudadanía y de algunos agentes de la Policía Nacional, *Gómez Patiño* fue capturado muy cerca del lugar de los hechos, y en su poder encontrada el arma utilizada en el atentado (fls.1, 122 y 127-1).

Iniciada la investigación, la Fiscalía escuchó en declaración indagatoria al detenido, quien en un comienzo negó cualquier participación en el hecho, asegurando no conocer a *Wilson Gustavo Orjuela Vásquez*, y que su captura se produjo al abordar un bus de servicio público, por un señor que lo entregó en seguida a la Policía. Admitió, sí, la tenencia del arma, pero le restó importancia con el argumento de ser inservible, por carecer de tambor (fls.20 y ss. cd.1). En posterior ampliación, acepta los hechos, pero sostiene que el disparo sobrevino fortuitamente en un forcejeo con *Orjuela Vásquez*, a quien no distinguía, con ocasión de un enfrentamiento que sostuvieron a raíz de un choque accidental. Igual postura mantuvo en la audiencia pública (fls.87,191-1).

Entre las pruebas aportadas al proceso merecen destacarse, por guardar relación con los cargos planteados en la demanda, los testimonios de *Wilson Gustavo Orjuela Vásquez, José Rafael Socarrás Socarrás, Adriana García Ariza, Hernando Muñévar Caballero, Luis Arcenio Rodríguez Quesada y Ana Victoria Ariza*, los dictámenes médico legales sobre incapacidad provisional y definitiva (fls.122 y 123), y las copias de la historia clínica correspondiente a la víctima (fls.109 y 187-1).

Wilson Gustavo Orjuela Vásquez informa que el día de los hechos, cuando se aproximaba a la casa donde reside, su agresor, quien se encontraba parado en una esquina, lo dejó pasar para luego tomarlo por el cuello y apuntarle con un arma, la cual accionó impactándolo en la región abdominal. Hasta ese día, no conocía al atacante, pero sí a su hermano *Fabio*, quien fue novio de *Adriana García Ariza*, su actual compañera. Piensa que la agresión pudo sobrevenir por esta relación, aún cuando antes no había tenido problemas con ellos. Preguntado sobre la atención médica recibida durante su hospitalización, contestó: "En el Meissen me acostaron en una camilla y me

inyectaron una bolsa de agua destilada y de ahí comenzaron a llamar al hospital del Tunal para que me remitieran; como a las diez o diez y media me llevaron al hospital del Tunal, ahí me quitaron la ropa y me limpiaron la herida, me la aislaron y de ahí me llevaron para la sala de observación, según ellos para hacerme cirugía; venían los doctores y me echaban una revisada, no me decían más, esa noche pase ahí con esa agua inyectada; el jueves toda la noche, el viernes todo el día y toda la noche; el sábado yo estaba acostado en la camilla en la sala de observación, dentró (sic) un doctor como a las nueve de la mañana, miró la radiografía que me sacaron y me dijo usted qué, desde cuándo está acá, yo le contesté que desde el jueves a las diez de la noche me trajeron, me dijo cómo se siente, me dijo usted no tiene nada, para qué lo rajo si hace sus necesidades bien, me espichó el estómago y me dijo que me iba a dar de alta y ahí por la tarde ya llegó mi compañera y mi suegra y me sacaron" (fls.32 y ss.).

José Rafael Socarrás Socarrás, quien vive en la casa contigua a la de la familia Orjuela Vásquez, cuenta que encontrándose en la puerta de su residencia, observó cuando un señor se le acercó desde atrás a *Wilson Gustavo*, agarrándolo por el saco. En un principio, creyó que era un amigo, pero en el momento que pasaba justo delante suyo, le disparó y comenzó a correr. Lo siguió varias cuadras, hasta un bus de servicio público, en cuyo interior lo encañonó con el revólver de su propiedad y lo despojó del arma que portaba, un revólver hechizo de un solo tiro, haciendo entrega de él a la policía. Sostiene que el retenido le manifestó tranquilamente, delante de los agentes de la policía, que todavía le faltaban dos (fls.63 y ss-1).

Adriana García Ariza, compañera permanente de *Wilson Gustavo*, alude a la relación amorosa que mantuvo con *Fabio Hernán Gómez Patiño*, hermano del procesado, así como a ciertas amenazas telefónicas que recibió de su ex novio por estar viviendo con *Wilson Gustavo* y haber tenido con él una bebita. Afirma que su esposo no conocía a *José Eusebio*, y que por las manifestaciones que este último hizo el día de los hechos, en el sentido de que "todavía le faltaban dos", asume, porque así se lo dio a entender, que eran ella y la niña (fls.61-1).

Ana Victoria Ariza, madre de *Adriana*, dice que se enteró de lo sucedido cuando le abrió la puerta de la casa a su yerno *Wilson Gustavo* y éste le manifestó asustado, que un hermano del anterior novio de Adriana le había pegado un tiro. Comenta que nunca llegó a saber que fueran amigos o enemigos, ni a verlos juntos (fls.195-1).

Hernando Muñevar Caballero y Luis A. Rodríguez Quesada, miembros de la Policía Nacional que intervinieron en la captura del

procesado, sostienen que su aprehensión se logró con la colaboración de un ciudadano, y que en su poder fue hallado un revólver hechizo, de un solo tiro, calibre 38 largo. El retenido, quien presentaba aliento alcohólico, aceptó los hechos, agregando que a esa persona tenía que matarla porque "se las debía", ya que le había matado un hermano (fls.24 y 27-1).

La situación jurídica del procesado fue resuelta con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de homicidio en la modalidad de tentativa y porte de armas de fuego de defensa personal, conforme a las previsiones de los artículos 323 del Código Penal, modificado por el 29 de la ley 40 de 1993; y, 1º del Decreto 3664 de 1986, acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991. Por los mismos ilícitos, la Fiscalía 112 de la Unidad Tercera de Vida, mediante providencia de 30 de septiembre de 1993, confirmada el 17 de noviembre siguiente por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, dictó en su contra resolución de acusación (fls.39, 132-1 y 24-2).

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado Trece Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en sentencia de 14 de marzo de 1994, condenó a *José Eusebio Gómez Patiño* a la pena principal de 156 meses (13 años) de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años, de acuerdo con los cargos imputados en la resolución acusatoria (fls.224-1).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Superior, mediante el suyo que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación, lo confirmó en todas sus partes (fls.3 y ss-3).

LA DEMANDA.

Cuatro cargos con apoyo en la causal primera de casación, y uno al amparo de la tercera, presenta el censor contra la sentencia impugnada, así:

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 1º, numeral 9º de la ley 23 de 1991, y aplicación indebida de los artículos 323 y 22 del Código Penal, originada en errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación de las siguientes pruebas:

Cargo primero: Los Juzgadores de instancia, al igual que el Fiscal acusador, se equivocan cuando, con fundamento en las afirmaciones de *Wilson Gustavo Orjuela Vásquez*, relativas a la atención médica recibida durante los días que estuvo hospitalizado, las cuales transcribe, concluyen que fue atendido inmediata y efectivamente

por los médicos, y que esta situación evitó la consumación del resultado querido por el agente (homicidio).

Esta errada valoración de la prueba, llevó a la inaplicación del artículo 1°, numeral 9° de la ley 23 de 1991, que tipifica las lesiones personales dolosas, pues del dicho del declarante lo que se desprende es que nunca tuvo atención médica y que no fue, por tanto, la inmediatez de la misma, como se sostiene en las sentencias, lo que frustró el resultado querido.

Cargo segundo: El dictamen médico legal, al igual que las copias de la historia clínica de la víctima, dan cuenta que el proyectil penetró en la parte de la "ilíaca antero-superior izquierda" a 11 centímetros del ombligo.

Los falladores de instancia, para darle visos de gravedad a la lesión, han dicho que penetró por la zona del abdomen, lo cual no es cierto, puesto que de las referidas experticias, no es posible inferir que el abdomen haya sufrido externa o interiormente lesión alguna. Esta forma de apreciar la prueba, les permitió soportar una supuesta gravedad de las heridas y, por contera, responsabilizar a su representado de tentativa de homicidio.

Cargo tercero: De acuerdo con los testimonios de *Wilson Gustavo Orjuela Vásquez, Adriana García Ariza y Ana Victoria Ariza*, así como de la versión del procesado, éste no distinguía a su víctima. No obstante, el Tribunal, fundado en la relación que *Adriana* mantuvo con el hermano de *José Eusebio*, termina afirmando lo contrario, esto es, que sí la conocía, para, consecuencialmente, deducir de allí el dolo homicida, en el entendido de que el acusado buscó a *Wilson Gustavo* para matarlo.

Cargo cuarto: Cierto es que *José Eusebio* negó en un comienzo haber tenido participación en los hechos, y que posteriormente, abrumado por el peso de la prueba, confesó calificadamente su intervención en los mismos. Pero de esta actitud defensiva suya, el Tribunal no puede, como lo hizo, deducir un "gravísimo" indicio en su contra, para imputarle responsabilidad por el delito de homicidio.

Causal tercera.

Afirma el casacionista que el fallo del Tribunal se encuentra viciado de nulidad por ausencia absoluta de motivación, puesto que su soporte incriminatorio lo constituye, básicamente, la capacidad de mentira del procesado, por haber variado su versión inicial para aceptar su participación en los hechos.

También, porque, con violación de las formas propias del juicio, dejó de pronunciarse sobre la propuesta presentada por la defensa

en el escrito de impugnación de la sentencia de primera instancia, consistente en que los hechos se habrían presentado dentro del marco de un acontecer fortuito, debido al forcejeo por el arma, como se advierte del siguiente aparte del fallo: "La inconformidad del impugnante tiene que ver, según el escrito de sustentación, exclusivamente con la condena por el delito de homicidio".

Apoyado en estas consideraciones, pide a la Corte casar el fallo recurrido y remitir el proceso al Tribunal de origen para lo que corresponda en derecho.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

1. El procurador Segundo Delegado en lo Penal empieza refiriéndose al ataque formulado al amparo del tercer motivo de casación, por considerar que este es el orden de estudio que impone el principio de prioridad de las causales.

Después de transcribir algunos apartes de las sentencias de primera y segunda instancia relacionados con el análisis probatorio y los fundamentos de la decisión de condena, sostiene que un simple análisis comparativo de lo consignado en ellas con el contenido de la censura, resulta suficiente para concluir que el impugnante carece de razón, y que su cuestionamiento está selectivamente dirigido contra el argumento final y conclusivo de la sentencia, producto del análisis de otras evidencias cuya amplia crítica y eficacia sustentan legítimamente la decisión.

Desconoce también el censor la integridad jurídica del fallo, pues la valoración probatoria de las sentencias enseña que el caso fortuito planteado por el sindicado fue desechado por inverosímil y por confrontar abiertamente la realidad procesal.

Como el demandante conocía la adecuada motivación de la sentencia impugnada en punto a la desestimación de esta exculpante, optó por atacar su última parte, donde el ad quem pareciera circunscribir la decisión al aspecto por él señalado, pero si se estudia todo su contenido, puede advertirse que también analizó el motivo de inculpabilidad planteado, para desecharlo.

Con fundamento en estas consideraciones y algunas transcripciones que incluye de las sentencias de instancia, afirma la inexistencia del motivo de nulidad alegado y la consiguiente improsperidad del cargo.

2. Con respecto a las censuras propuestas dentro del marco de la causal primera, sostiene que, en todas, el libelista se aparta del anunciado error de hecho por falso juicio de identidad, para invadir el campo del error de derecho por falso juicio de convicción, como

quiera que en cada una ofrece su particular criterio por oposición a lo expuesto por el fallador.

En el primer caso, relativo a la ausencia de una atención médica inmediata y efectiva, el casacionista no demuestra ningún yerro, porque las conclusiones del fallo no solo se basaron en el testimonio de la víctima, sino en la historia clínica y las experticias médico legales que informan sobre su estado inicial y evolución, al igual que en el tratamiento requerido para su recuperación.

Además, porque el ataque se anuncia como error de hecho pero se desarrolla como si fuera de derecho, y porque el libelista incurre en el error de analizar aisladamente el referido elemento de prueba, con desconocimiento del análisis conjunto realizado por los jueces de instancia.

En el segundo cargo, el actor no puede demostrar tergiversación alguna, por la sencilla razón de que tanto en el dictamen médico, como en la historia clínica, se registra herida de proyectil a nivel de abdomen. Aparte de ello, la región abdominal, "conforme lo enseñan los manuales de medicina legal, abarca la cavidad pélvica por lo que el estudio de dicha parte del cuerpo considérase única: abdómino-pélvica, encontrándose en la parte inferior y lateral las fosas ilíacas derecha e izquierda, a cuya altura se comunican el íleon y el intestino grueso".

Entonces, mal puede el casacionista entrar a cuestionar el fallo sobre el supuesto de que la región anatómica interesada por el proyectil, no corresponde a la abdominal, y que su afectación no amerita gravedad, pues dicha cavidad, según lo visto, contiene la mayor parte de los órganos del aparato digestivo, del urinario, órganos genitales y peritoneo.

En el tercer cargo, atañedero al conocimiento que el procesado tenía de su víctima, el demandante opone su criterio al del Tribunal, desviando la inicial propuesta fáctica hacia un error de derecho, sin lograr demostrar con lógica y sindéresis ninguno de ellos.

En el cuarto cargo, relativo a la deducción del indicio de mentira en contra del procesado, el casacionista abandona definitivamente el error de hecho anunciado para entrar a disputarle a los falladores la crítica razonada y juiciosa que los llevó a desestimar las explicaciones del acusado, al hallarlas mendaces, centrando su discrepancia en la derivación del citado indicio, para lo cual se apoya no propiamente en los hechos, poniendo de esta manera en evidencia que su inconformidad está dirigida contra la tarea de apreciación y valoración de la prueba, polémica que resulta vana, con mayor razón cuando se intenta sin enunciado claro ni fundamento serio

que conduzcan a la demostración de errores de apreciación probatoria degradantes de la lógica, la razón o la ley.

Además, si pretendía atacar el indicio, ha debido desarrollar la censura dentro del ámbito del error de hecho por falso juicio de identidad, como lo ha señalado la Corte en doctrina reiterada.

Tras afirmar, entonces, la improsperidad de estos otros cargos, la Delegada sugiere a la Sala no casar el fallo impugnado.

SE CONSIDERA

Al igual que lo hace el Procurador Delegado en su concepto, la Corte alterará el orden de estudio de los cargos propuesto por el demandante, para iniciar, como corresponde hacerlo en estricto rigor técnico casacional, por el ataque presentado al amparo de la causal tercera.

NULIDAD DE LA SENTENCIA IMPUGNADA POR DEFECTOS DE MOTIVACIÓN.

Cuando se plantea violación del debido proceso por defectos de motivación de la sentencia, se impone para el demandante la obligación de demostrar una cualquiera de las siguientes hipótesis: Que el fallo carece totalmente de motivación; que siendo motivado, es dilógico o ambivalente; o, que su motivación es incompleta.

Existe ausencia absoluta de motivación —se tiene acordado— cuando no se precisan las razones de orden probatorio y jurídico que soportan la decisión; la motivación es ambivalente cuando contiene posturas contradictorias que impiden conocer su verdadero sentido; y, será precaria o incompleta, cuando los motivos que se exponen no alcanzan a traslucir el fundamento del fallo.

En el caso sometido a estudio, el casacionista denuncia ausencia absoluta de motivación de la sentencia, apoyado en dos consideraciones: Que la decisión de condena se hizo derivar exclusivamente del carácter mendaz de las afirmaciones de su representado; y, que el fallo de segunda instancia omitió pronunciarse sobre uno de los aspectos de la impugnación.

La verdad es que en ambos casos el reproche se queda en el simple enunciado, sin que el actor realice el menor esfuerzo por desarrollarlos, y que las denuncias que en ellos se hacen, antes de estar referidas a defectos de motivación de la sentencia, según las hipótesis vistas, parecen contener más un ataque a la valoración probatoria, en el primer evento, y el planteamiento de una violación al principio de la doble instancia, por no haber tenido acceso pleno a ella, en el segundo.

De todas maneras, ninguna de las afirmaciones que el demandante hace es cierta, como lo destaca la Delegada en su concepto,

y puede deducirse del contenido de las sentencias de instancia, las cuales, como es bien sabido, forman una unidad jurídica inescindible en los aspectos en que son coincidentes. Para empezar, la Sala transcribirá los apartes más importantes del fallo de primera instancia, en punto al análisis de las pruebas que permitieron afirmar la responsabilidad del procesado en los hechos:

"Señalemos en primer lugar que el aspecto meramente objetivo hace relación con los acontecimientos acaecidos en horas de la tarde en inmediaciones de la carrera 19D No.65-65 Sur de esta ciudad, cuando el señor WILSON GUSTAVO ORJUELA VASQUEZ, en momentos en que se dirigía hacia su domicilio, fue abordado por un sujeto que provisto de arma de fuego y sin mediar altercado alguno, le propinó un disparo a la altura de la región abdominal, determinándose como incapacidad definitiva la de veinte días y concluyéndose que el mismo disparo (único ejecutado en la consumación del hecho), no abandonó la corporeidad del lesionado.

"Las atestaciones firmes, coherentes, serias y por ello ampliamente creíbles de *Wilson Gustavo Orjuela Vasquez, José Rafael Socarras Socarras, Adriana García Arizay los uniformadosHernando Munevar Caballero y Luis Arcenio Rodríguez Orjuela*, permiten a la suscrita juzgadora hacer la siguiente aseveración, que no admite discusión por ser hecho plenamente probado: Es innegable que *Wilson Gustavo Orjuela Vasquez*resultó lesionado gravemente el día 3 de junio de 1993, a eso de las 6 de la tarde, a consecuencia de haber recibido un disparo de arma de fuego, en los instantes en que iba camino de su casa y luego de la jornada laboral diaria..."

(...)

"Ninguna duda existe en el sentido de que fue *Jose Eusebio Gómez Patiño* quien disparó e hirió gravemente a *Wilson Gustavo Orjuela Vasquez*, a eso de las 5 de la tarde del 3 de junio de 1993, cuando luego de su jornada laboral se dirigía hacia su domicilio en el sur de esta ciudad. El testimonio del lesionado junto al del ciudadano *José Rafael Socarras Socarras* son fundamento digno para dar por establecido que el proyectil que penetró en la humanidad del primero de los citados, fue disparado en su contra y en forma voluntaria por el procesado, a una muy corta distancia y en forma por demás injustificada. Los relatos de los anteriormente citados permiten descartar de plano la presunta existencia de un altercado en la escena del delito, pues lo que en realidad sucedió fue que el lesionado fue interceptado por *Gómez Patiño*, quien de manera súbita lo agarró en forma agresiva y haciendo ademanes de querer continuar caminando a su lado le disparó. Es incuestionable así mismo que en los instantes siguientes a la ejecución material

del hecho, y luego de haber recorrido varias cuadras, abordó un bus de servicio urbano, del cual fue sacado por el señor *Socarras Socarras*, que corresponde a la persona que habiendo presenciado el hecho mismo, se dio a su persecución y posterior captura en flagrancia.

"... Para desgracia de nuestra sociedad, comportamientos cívicos y de colaboración con las autoridades como el del señor *Socarras Socarras* son cada día más escasos, siendo que deberían corresponder a la elemental conducta que debemos asumir quienes habitamos en este país. Por ello, ningún reproche puede formularse al prístino testimonio de *Socarras Socarras*, quien sin pretensión distinta a la de la verdad, relató en el plenario la manera en que pudo presenciar los acontecimientos, y haciendo uso del arma que portaba legalmente en su poder, se dio a la cívil labor de auxiliar a las autoridades de policía, facilitándole la captura del procesado *Gómez Patiño*. De ninguna manera un comportamiento de esta naturaleza, tildado por la defensa como 'heroico', puede afectar la credibilidad del testigo... Por ello, no puede admitirse el reproche que a este testimonio hace la defensa, pretendiendo desmejorar su crédito probatorio, que como se anotó en oportunidad, es de gran magnitud, dada su fortaleza incriminatoria.

"Ya se había señalado que las circunstancias materiales, las expresiones utilizadas por el procesado *Gómez Patiño* ('quieto que esto es para usted, chito y siga'), la naturaleza del medio empleado —arma de fuego—, la proximidad a la cual fue efectuado el disparo, el hecho de haber huido una vez perpetró el atentado, lo que se constituye en su contra en indicio grave de huida; la circunstancia de haberse quitado la prenda de vestir color café que llevaba, sin duda para poder diluirse entre la demás gente y no ser identificado; las manifestaciones posteriores al delito como la de que 'eso no es nada porque todavía faltan dos'; la región corpórea que se vio afectada con la criminal agresión, son todos aspectos que concatenados y analizados a la luz de la crítica armónica y sistemática de la prueba, permiten obtener certeza plena en cuanto a que *José Eusebio Gómez Patiño* fue quien trató de dar muerte a *Orjuela Vasquez*.

"Frente a la solidez y rigidez incriminatoria de la situación anteriormente planteada, es evidente que ningún crédito merece el dicho del procesado *Jose Eusebio Gómez Patiño*, quien en una entendible maniobra defensiva, tal sólo en su diligencia de ampliación de indagatoria vino a manifestar que había sido objeto de ofensa verbal y agresión física, de parte de *Orjuela Vasquez*. Por demás está plenamente establecido que la tal violencia física y verbal jamás existió, pues el comportamiento que se observa en el lesionado es

el de quien se dirige a su casa después de laborar y su única acción fue la de reclamarle al procesado por su comportamiento, en los momentos previos a los disparos de marras. Queda sin piso el dicho del procesado, no solo porque sus exculpaciones no corresponden a la realidad, sino porque todos y cada uno de los elementos de prueba llevan a concluir que la autoría de la acción criminal recae en su contra" (fls.228, 229, 233, 234 y 235 del cuaderno No.1).

Como puede verse, la claridad del fallo en torno a los fundamentos probatorios de la decisión de condena es inobjetable, como igualmente lo es, la inteligibilidad de los motivos que llevaron al a quo a desestimar la confesión calificada del procesado. Similares consideraciones, aunque limitadas a los aspectos objeto de la apelación, soportaron el fallo de segundo grado, en cuyos principales apartes, se dijo textualmente:

"... es conveniente recordar que José Eusebio Gómez Patiño no ha demostrado su apego hacia la verdad, es así como en principio afirmó que era completamente ajeno a los hechos investigados... Con posterioridad, abrumado por la prueba incriminatoria aceptó un protagonismo calificado puesto que como se recordará, Gómez Patiño explicó que al cruzarse en la calle con el ofendido, el roce de sus humanidades dio lugar a un incidente durante el cual este último lo ultrajó, por lo cual, él —el procesado— sacó a relucir el arma que portaba con el solo propósito de asustar a su opositor, pero en el forcejeo que se suscitó entre los dos, se produjo accidentalmente el disparo generador de las consecuencias ya conocidas.

"Las dos versiones son absolutamente mentirosas. En cuanto a la primera lo demuestra el propio incriminado al acudir ante la justicia con una segunda versión completamente distinta; y en cuanto a esta última, el relato del agredido Wilson Gustavo Orjuela Vásquez no representa prueba solitaria en el proceso, como lo pretende la defensa, sino que se cuenta con el total respaldo del testimonio de un tercero, sin vinculación alguna con los sujetos procesales, José Rafael Socarrás Socarrás, quien justamente capturó al aquí procesado y lo entregó a la policía, por cuanto precisamente lo vio cuando se aproximó a la víctima, la tomó por el saco e instantes después en forma repentina le hizo el disparo" (fls.9 cd.3).

No deja de tener razón, por tanto, la Procuraduría, cuando sostiene que el ataque del casacionista se construye sobre el argumento final y conclusivo de las sentencias, en donde se destaca el carácter mendaz de las afirmaciones del procesado, con desconocimiento total del análisis serio y detallado del conjunto probatorio, cuya amplia crítica y contenido motivacional sustentan legítimamente la decisión.

Igual acontece con la tacha que se le formula al fallo por no contener pronunciamiento alguno respecto del planteamiento de la defensa relacionado con la ausencia de culpabilidad por caso fortuito, reparo que se fundamenta en la afirmación hecha por el Tribunal al término de la parte motiva del fallo, en el sentido de que "la inconformidad del impugnante tiene que ver según el escrito de sustentación, exclusivamente con la condena por el delito de homicidio, y por esta razón a este aspecto queda reducido el análisis de la Sala, de acuerdo con las previsiones de la ley" (fls. 10 y 59 del cuaderno del Tribunal).

Esta acotación del ad quem, que el demandante cuestiona, es absolutamente cierta, puesto que el escrito impugnatorio únicamente cuestiona la condenación por el punible de homicidio, sin aludir, para nada, al porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, por el que también fue declarado responsable el procesado.

Y, si el casacionista realmente considera, como pudiera pensarse, que el Tribunal no le dio respuesta a su planteamiento, también esta apreciación sería equivocada, como puede confrontarse con los apartes ya transcritos de la sentencia, de donde se deduce que el ad quem estudia la propuesta y la inacoge por fantasiosa y por reñir con la verdad procesal. Para éste, por lo demás, era claro que la impugnación comprendía dos aspectos, uno relativo a la calificación jurídica del hecho, y otro relacionado con la disculpante, según se desprende del exordio de la parte considerativa del fallo:

"La controversia que se ha suscitado en el caso de estudio, tiene que ver exclusivamente con la adecuación típica de la conducta desplegada por José Eusebio Gómez Patiño. Desde antes de la formulación del pliego de cargos, con vehemencia la defensa ha venido insistiendo que el comportamiento del incriminado únicamente se subordina al delito de lesiones personales, pues en el plenario no se encuentra acreditado el dolo homicida que la justicia ha pregonado hasta el momento; *además, según la defensa, se debe aceptar que el procesado se encuentra amparado por la causal de inculpabilidad prevista por el numeral primero del artículo 40 ibídem, en virtud de que el incidente se presentó como consecuencia del forcejeo que hubo entre los dos protagonista del insuceso*" (fls.8-3, negrillas fuera de texto).

Totalmente infundada, por tanto, resulta la censura planteada al amparo de la causal tercera por ausencia absoluta de motivación de la sentencia, no solo porque esta irregularidad, en sí, en modo alguno llegó a presentarse, sino porque las anomalías que se denuncian a través de ella inexisten en la realidad fáctico procesal.

El cargo no prospera.

Causal primera.

Aunque el demandante al abordar este motivo de casación propone cuatro cargos, la verdad es que solo se trata de uno, dentro del cual se denuncian varios errores de apreciación probatoria, por falsos juicios de identidad, determinantes de violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 22 y 323 del Código Penal, y falta de aplicación del artículo 1º, numeral 9º de la ley 23 de 1991, que contiene el tipo contravencional especial de lesiones personales dolosas seguidas de incapacidad no mayor de 30 días.

Ante todo, es preciso señalar que el casacionista equivocó la vía de ataque, por cuanto de aceptarse el planteamiento por los cauces de la causal primera, la Corte tendría que entrar a dictar sentencia de sustitución por la contravención especial de lesiones personales, conforme lo establece el artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal, con desconocimiento de la calificación jurídica de los hechos contenida en la resolución acusatoria, y dentro de un juicio afectado de nulidad por incompetencia de los funcionarios judiciales que conocieron de la acusación y el juzgamiento, incurriendo, por este modo, en doble motivo de casación, según las previsiones de los artículos 220, numerales 2º y 3º, y 304.1 del estatuto procesal.

El error en la denominación jurídica del hecho, ha dicho insistentemente la Corte, constituye un atentado al debido proceso. Por esta razón, cuando el ataque en esta sede involucra la denominación genérica del delito, lo indicado es plantear el cargo al amparo de la causal tercera, con el fin de que la actuación pueda retrotraerse al momento de la calificación, o de la clausura del sumario, según el caso, dependiendo de si el funcionario que formuló la acusación es o no competente para reponerla, y se proceda a un nuevo enjuiciamiento a partir de la tipicidad correcta.

En un tal supuesto, sin embargo, el desarrollo del cargo debe hacerse conforme a las directrices de orden técnico propias de la causal primera, con señalamiento de los desaciertos de carácter jurídico o de apreciación probatoria que determinaron la indebida calificación de la conducta, pues el error, aún cuando con repercusiones en la validez del proceso y por ende susceptible de ser alegado por la vía de la causal tercera, sigue siendo de naturaleza in iudicando. Es uno de los pocos casos en los cuales, a pesar de tratarse de un error de juicio, el ataque no puede formularse al amparo de la causal primera, como sería lo indicado, sino de la tercera, precisamente porque la Corte no podría entrar a dictar fallo de sustitución.

No obstante que el desacierto en la selección de la causal es motivo de suyo suficiente para desestimar el reparo, por cuanto la

Corte no puede, sin desatender el principio de limitación que preside el recurso, entrar a corregir la demanda, debe decirse que buena parte de los errores de hecho denunciados no se presentaron, y que aún admitiendo hipotéticamente que el Juez de primera instancia hubiese sobredimensionado la gravedad clínica de la herida causada a la víctima, este error de apreciación no habría tenido la trascendencia que el recurrente reclama.

En efecto, al estudiar el funcionario el elemento subjetivo de la imputación, no solo dejó de considerarla, sino que reconoció implícitamente la menor entidad de la herida finalmente causada, como lo demuestra el hecho de haber transcrito una decisión de la Corte, relativa al punto, con el inocultable propósito de significar que, no por haber salido relativamente bien librado el procesado, inexistía dolo homicida, y el señalamiento expreso que hizo de otros elementos de juicio, demostrativos de la intención de causarle la muerte, dentro de los cuales menciona la clase de arma utilizada, la proximidad del disparo, la región corporal impactada y las manifestaciones posteriores del procesado.

Por lo demás, las conclusiones de los fallos en el sentido de que el impacto interesó la región abdominal, corresponden en un todo con la historia clínica de Wilson Gustavo; y las afirmaciones consistentes en que el agresor conocía a la víctima, y que sus versiones son mentirosas, coinciden, a su vez, con las circunstancias antecedentes al acontecer delictivo, indicativas de que Wilson Gustavo era acechado por su atacante; y, con las pruebas que sirvieron de sustento a la condena, que enseñan que los hechos se presentaron de manera distinta a como lo reseña el procesado.

Las siguientes anotaciones corresponden a la historia clínica de la víctima, de cuyo contenido inequívocamente se deduce que la zona impactada por el proyectil corresponde a la abdominal, como lo sostuvieron los juzgadores de instancia en las sentencias: "*paciente que sufrió herida por arma de fuego abdomen flanco izquierdo... hay orificio flanco izquierdo por encima cresta ilíaca... herida por arma de fuego flanco izquierdo no parece clínicamente haber penetrado a abdomen al parecer es extra-peritoneal*" (fls. 110). "*herida por arma de fuego. Paciente que presenta herida por arma de fuego en abdomen... abdomen: presenta herida por arma de fuego orificio entrada CST. No orificio de salida*" (fls.87 y vto., negrillas fuera de texto).

El cargo no prospera.

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

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen. CUMPLASE.

Carlos Augusto Galvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Montilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia (No firmo), *Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

DETENCION FISICA / DETENCION JURIDICA / LIBERTAD PROVISIONAL - Art. 415 N. 5º C.P.P.

1. La detención preventiva representa la más contundente y grave de las intromisiones de la autoridad estatal en la esfera de la libertad de la persona, no obstante lo cual todos los ordenamientos jurídicos de los países civilizados la autorizan, por la necesidad de defenderse eficazmente del delito y, consecuencialmente, de evitar su impunidad, señalándose entre sus finalidades la de garantizar el éxito de la investigación y asegurar la presencia del procesado a la actuación y, particularmente, a la ejecución de la sentencia, en el evento de que llegare a ser condenado.

Pero para que esa detención cautelar o preventiva pueda cumplir sus finalidades debe materializarse o efectivizarse a través de la detención física o encarcelamiento, lo que ha llevado a la doctrina a distinguir entre la detención jurídica y la detención física o captura.

2. Como los objetivos de la detención jurídica no se podrían cumplir si no se materializa, esto es, si la persona no es encarcelada, lo normal es que quien tenga resolución de detención preventiva vigente esté privado de la libertad física. Pero por razones de política criminal, la ley ha previsto excepciones, esto es, eventos en que aunque el procesado continúe jurídicamente detenido queda excarcelado o físicamente en libertad. Tales casos se denominan de libertad provisional o de libertad caucionada o de excarcelación y están contemplados en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente:Dr. *Jorge Córdova Poveda.*

Proceso No. 13024. Aprobado Acta N° 137.

VISTOS

Decide la Sala la solicitud presentada por el defensor de los procesados *Jorge Lucas Tolosa Cañas y Nohora Esperanza Zambrano Camargo*, quienes se encuentran acusados, el primero, por los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación y la segunda por receptación. Contra ellos pesa orden de captura vigente.

LA PETICION

Demanda el defensor se decrete la "libertad provisional" de *Tolosa Cañas*, no obstante no encontrarse privado de su libertad, como quiera que en la actualidad han transcurrido más de seis meses contados a partir de la fecha en que cobró ejecutoria la resolución de acusación, sin que se hubiese iniciado la diligencia de audiencia pública.

Fundamenta su pedimento en el numeral quinto del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal y espera le sea concedida con el propósito de finalizar para los procesados "... la angustia que le ha causado este proceso con las respectivas medidas a mis mandantes que se han visto perseguidos y alejados de los familiares más cercanos ...".

Afirma que el citado precepto, subrogado por el artículo 55 de la ley 81 de 1993, no trae en el numeral quinto la expresión atinente a que la privación de la libertad sea efectiva, a diferencia del decreto 2700 de 1991 que si contenía tal expresión gramatical.

Igualmente, para el caso particular de la procesada *Zambrano Camargo*, hace alusión a la presencia de una supuesta violación del principio de no retroactividad de la ley penal y a que en determinación emitida en la fase instructiva se le hubiese negado el disfrute de la libertad provisional por haber consignado el equivalente a 700 salarios mínimos legales diarios cuando, según el criterio del Fiscal, eran mensuales.

LA CORTE CONSIDERA

La detención preventiva representa la más contundente y grave de las intromisiones de la autoridad estatal en la esfera de la libertad de la persona, no obstante lo cual todos los ordenamientos jurídicos de los países civilizados la autorizan, por la necesidad de defenderse eficazmente del delito y, consecuencialmente, de evitar su impunidad, señalándose entre sus finalidades la de garantizar el éxito de la investigación y asegurar la presencia del procesado a la actuación y, particularmente, a la ejecución de la sentencia, en el evento de que llegare a ser condenado.

Pero para que esa detención cautelar o preventiva pueda cumplir sus finalidades debe materializarse o efectivizarse a través de la detención física o encarcelamiento, lo que ha llevado a la doctrina a distinguir entre la detención jurídica y la detención física o captura.

La detención física es una medida de policía que consiste en la aprehensión material, es decir, en la privación de la libertad de locomoción de la persona, al ser recluida en un centro carcelario. Como es obvio en un Estado de Derecho, debe sujetarse a los requisitos que señala la ley (arts. 370, 371, 375, 378, etc, del C. de P.P.).

La detención preventiva, en cambio, es una medida de carácter jurisdiccional que comporta la privación de la libertad jurídica, que únicamente se puede disponer al interior de un proceso penal, por la autoridad judicial competente, mediante una providencia interlocutoria que debe cumplir determinados requisitos sustanciales y formales y que sólo procede en determinados casos (arts. 388, 389 y 397 ibidem).

Como los objetivos de la detención jurídica no se podrían cumplir si no se materializa, esto es, si la persona no es encarcelada, lo normal es que quien tenga resolución de detención preventiva vigente esté privado de la libertad física. Pero por razones de política criminal, la ley ha previsto excepciones, esto es, eventos en que aunque el procesado continúe jurídicamente detenido queda excarcelado o físicamente en libertad. Tales casos se denominan de libertad provisional o de libertad caucionada o de excarcelación y están contemplados en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

De todas maneras, para que proceda la libertad es preciso que se cumplan los presupuestos de la causal invocada, por ejemplo que la persona sea acreedora al subrogado de la condena de ejecución condicional ó que haya cumplido en detención preventiva el tiempo que mereciera como pena privativa de la libertad, etc.

En el caso de los numerales 4º y 5º del citado precepto y del parágrafo transitorio, la libertad se logra cuando han transcurrido ciertos términos desde la aprehensión física , sin que se hayan llevando a cabo determinadas actuaciones.

En un Estado social y democrático de derecho la privación de la libertad física no puede ser indefinida, sino que está sometida a unos límites temporales, dentro de los cuales se deben cumplir actuaciones tendientes al pronto adelantamiento del proceso penal, so pena de que la persona, como consecuencia de esa morosidad, justificada o no del aparato jurisdiccional, recobre su libertad. En los tres casos mencionados ese es el motivo. Una interpretación sistemática de la norma citada, nos lleva a esa conclusión. No es

lógico pensar que en el evento del numeral 4° o del parágrafo transitorio sea necesaria la detención física durante cierto lapso para que proceda la excarcelación y que no lo sea en la hipótesis del numeral 5º. No hay motivo razonable que pueda explicar tal diferencia. Es más, una consideración de carácter histórico, refuerza el argumento. En efecto, como lo sostiene el recurrente, en el decreto 2700 de 1991 sí se hacía referencia a que la persona estuviera efectivamente privada de la libertad, expresión que no reprodujo el artículo 55 de la ley 81 de 1993. Pero rastreando los antecedentes de esta ley y la exposición de motivos en el Congreso de la República, ninguna acotación se hace sobre la causa de la supresión.

Por otra parte, la razón por la cual se le señaló al aparato de justicia un plazo máximo para calificar el mérito del sumario, cuando hay procesado preso, se debió a la necesidad de imponerle un límite para evitar que las personas permanecieran indefinidamente en tal estado y en investigación, sin que se les formulara pliego de cargos, lo que resultaba atentatorio no sólo del derecho a la libertad sino de la presunción de inocencia. Pero, infortunadamente, la experiencia demostró que fijado ese plazo , el Estado se limitaba a formalizar el pliego de cargos, pero que no era diligente en el adelantamiento de la etapa de juzgamiento, prolongándose también indefinidamente la privación de la libertad y anulándose la finalidad buscada con el plazo señalado para calificar el mérito del sumario, por lo cual hubo necesidad de señalar un nuevo término para que, en el evento anterior, el juez verificara la audiencia, so pena de dejar en libertad al acusado si no lo cumplía.

Como se ve claramente, la finalidad de los dos numerales fue la misma, esto es, evitar que a los procesados se les prolongara indefinidamente la privación de su libertad física sin que el Estado cumpliera con el deber de administrar una justicia pronta y eficaz, por lo cual la interpretación que pretende hacer el recurrente, con base en la pura exégesis o literalidad del precepto es inaceptable. La no referencia en el numeral analizado a la expresión "privación efectiva de la libertad" se debe atribuir a que no se consideró necesario incluirla, ya que teniendo en cuenta la integridad del precepto, su fundamento y su finalidad, claramente se entiende que sería inane tal inclusión, pues si hubiera querido suprimirla con la intención de que produjera efectos jurídicos, así lo hubiera expresado, pues en un Estado social y democrático de derecho, que por esencia debe ser transparente, el legislador no puede cambiar la norma sin dar la razón, como no la dió en este caso.

Así mismo, otorgarle un entendimiento distinto conduciría a una innegable injusticia, desconocedora del principio constitucional

de igualdad, pues no se podría entender que a quien apenas está sumariado y que, por lo mismo, aún no tiene un serio compromiso procesal se le exija para recobrar su libertad física que esté encarcelado durante varios meses sin que se califique el mérito del sumario y, en cambio, a quien ya tiene una seria imputación penal, pues se le ha proferido resolución de acusación, no se le señale tal presupuesto.

Del mismo modo, para sancionar la negligencia del Estado no se puede equiparar la situación de quien está preso con la de quien apenas tiene una orden de captura vigente. Entiende la Sala mayoritaria que un mandamiento de tal naturaleza le restringe en cierta forma su libertad de locomoción y lo aleja de su familia, pero en manera alguna puede compararse tal caso con el de quien se encuentra encarcelado, por lo cual sólo en este último la dilación en el adelantamiento del trámite procesal trae como consecuencia el restablecimiento del derecho a la libertad de locomoción. Así también, si los dos estados fueran equiparables, a quien tiene orden de captura vigente y ha eludido su presentación, debiera contabilizársele tal término como parte de la pena privativa de la libertad, lo cual sería inaceptable.

Por lo demás, tampoco es exacto que se le esté agregando a la norma analizada algo que no dice, sino que, simplemente, la Sala mayoritaria se ha limitado a desentrañar su sentido, tomando en cuenta, para establecer su finalidad, que no se trata de un numeral aislado sino que está necesariamente conectado con el 4° y con el parágrafo transitorio del mismo artículo 415.

En conclusión, en el caso del numeral 5° del artículo 415 del C. de P.P, la Sala precisa que el requisito para que proceda el desencarcelamiento es que hayan pasado seis meses desde la privación efectiva de la libertad, contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública, salvo los casos de excepción contemplados en los incisos siguientes.

Con relación a las inquietudes planteadas por el defensor en torno a la supuesta aplicación de una norma posterior desfavorable y de la inconformidad con el hecho de no haberse aceptado el pago de una caución en salarios mínimos diarios, para el particular caso de la procesada Nohora Esperanza Camargo Zambrano, ningún pronunciamiento se emitirá como quiera que ello no constituye pedido alguno y si lo fuera, tampoco podría ser resuelto en este momento.

Por consiguiente, y en mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, NIEGA a los procesados *Jorge*

Lucas Tolosa Cañas y Nohora Esperanza Zambrano Camargo, la libertad provisional solicitada.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Galvez Argote, *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges* (No firmo), *Carlos E . Mejía Escobar* (salvamento de voto), *Dídimo Paez Velandia* (No firmo), *Juan M. Torres Fresneda*. .

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria..

SALVAMENTO DE VOTO
Salvamento de Voto 13024

Como no comparto la decisión tomada por la mayoría, con el debido respeto me permito consignar en el presente escrito las razones de mi inconformidad las cuales expuse durante el debate en Sala.

1. La causal de excarcelación aducida por el memorialista (numeral 5º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal), luego de haber tenido una primera aparición en normas de emergencia judicial, surgió con vocación de permanencia en el Decreto 050 de 1987, numeral 5º del artículo 439, cuyo texto original era el siguiente:

"Cuando haya transcurrido más de un (1) año a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria sin que hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública con jurado, o más de seis (6) meses sino se hubiere celebrado la respectiva audiencia sin jurado".

El artículo 23 del Decreto 1861 de 1989 le introdujo una modificación que consistió en agregarle la expresión "*de privación de la libertad*", de modo que el inciso quedó así:

"El delito de homicidio descrito en los artículos 323 y 324 del Código Penal, y los conexos con éste, cuando haya transcurrido más de un año *de privación efectiva de la libertad* contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública.

"En los demás casos el término previsto en el inciso anterior se reducirá a la mitad".

El Decreto 2700 de 1991, que derogó el Código de Procedimiento Penal que regía en ese momento, en el numeral 5º del artículo 415 copió textualmente la anterior disposición, de manera que mantuvo la orden de que la libertad provisional solo era viable si el procesado por homicidio había soportado más de un año de privación efectiva

de la libertad sin que se le hubiere celebrado la audiencia pública, y más de seis meses tratándose de los demás delitos.

Esta norma fue modificada por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993 en varios aspectos, entre otros, eliminando expresamente la condición de que el tiempo hubiere transcurrido estando el acusado en "privación efectiva de la libertad", quedando el inciso así:

"Cuando hayan transcurrido más de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública o se hubiere vencido el término para presentar alegatos de conclusión en el juicio, según el caso, salvo que se hubieren decretado pruebas en el exterior o se esté a la espera de su traslado, caso en el cual, el término se entiende ampliado hasta en seis (6) meses".

2. Observando la anterior secuencia legislativa, no queda la menor duda de que el tema de si para aplicar la causal de libertad provisional en estudio se requería que la persona estuviera en detención efectiva o no, ha sido en todos los estatutos expresamente considerado, bien sea para agregarlo o para suprimirlo, pero en ningún caso ha pasado inadvertido, luego no es posible mirar tan simplemente el asunto, como lo hace la providencia, y concluir que si no lo dice es porque el Legislador no lo consideró necesario, partiendo del imaginario supuesto de que su voluntad era que se entendiera así, cuando lo que corresponde de acuerdo a la lógica es concluir que si lo suprimió fue porque no quería que existiera esa condición, de modo que si el intérprete se la agrega está legislando, y nada cambia la excusa de que se desconoce la supresión que hizo la autoridad competente, por el hecho de que no dio la razón por la cual optó por esa medida, pues de ser viable esa actitud, serían muchas las normas que estaríamos autorizados para ignorar, o para adicionar, aplicando de plano una especie de inobservancia de la Ley por falta de motivación.

3. Analizando el fenómeno en el plano general, estoy de acuerdo en que sería mejor que la norma volviera a tener la condición de que el incriminado hubiere pasado los seis meses en detención efectiva, pero esa aspiración no autoriza a que so pretexto de unificar la interpretación del numeral 4º con la del 5º, y de establecer su finalidad, se le agregue una exigencia que no tiene, o dicho en otros términos, se le ponga a decir lo que no dice, con una clara aplicación de analogía in *malam partem*.

4. Para que vuelva a existir el requisito de que la libertad provisional solo procede cuando el imputado haya estado en detención efectiva, es necesario que el legislador modifique nuevamente el

numeral 5° del artículo 415 y lo adicione, como en su momento lo hizo el Decreto 1861 de 1989.

Mientras eso no ocurra estimo que la causal es viable cuando haya transcurrido el término de los seis meses, así la finalidad práctica en algunos casos en los que no hay detenido sea ordenar la cancelación de las órdenes de captura expedidas para hacer efectiva la medida de aseguramiento, pues lo evidente es que la disposición hace distinción entre el sumario y el juicio, exigiendo en la primera etapa detención efectiva (numeral 4º), y bastando en la segunda que se de la circunstancia de que el Estado no haya cumplido en el tiempo previsto legalmente con lo que era de su cargo, para que no pueda mantener al procesado detenido, ni tampoco insistir en su persecución restringiéndole de esa manera la libertad.

En armonía con lo expuesto, creo que se ha debido acceder a la petición del defensor.

Fecha *ut supra*.

Ricardo Calvete Rangel
Magistrado.

Por estar totalmente de acuerdo con las consideraciones expuestas en el anterior salvamento de voto, me adhiero a él.

Carlos E. Mejía Escobar.

LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA - Requisitos

Es necesario reiterar entonces, que en torno al otorgamiento de la libertad provisional, con miras a determinar un pronóstico aproximado de readaptación del recluso, es preciso realizar un examen integral y de conjunto que además del buen comportamiento durante la ejecución penitenciaria y el aprovechamiento del tiempo en actividades laborales e intelectuales, comprenda un estudio de sus "antecedentes de todo orden", dentro de los cuales se encuentran las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaron la conducta delictiva, elemento que pretende el recurrente se excluya de la evaluación del factor subjetivo, lo cual no es posible pues, como ya se indicó, es la ley que así se lo impone al juzgador.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D. C., noviembre once de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta No. 139 Proceso No. 13557

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el procesado *Víctor Manuel Delgado Vaquero,* contra la decisión proferida el 23 de octubre último por medio de la cual esta Corporación le denegó el beneficio de libertad provisional impetrado.

ANTECEDENTES

El procesado presentó solicitud de excarcelación bajo el supuesto de cumplir con las exigencias legales para hacerse merecedor al subrogado de la libertad condicional.

La Sala estimó que si bien el convicto ya superaba las dos terceras partes de la pena con el tiempo físico de detención, más el redimido por trabajo y estudio, cumpliendo de esta manera con el requisito objetivo del artículo 72 del Código Penal, no sucedía lo

mismo con la exigencia subjetiva del precepto en cita, toda vez que le fue desfavorable el examen de los antecedentes de todo orden, dentro de los cuales se cuenta la naturaleza y modalidad del hecho punible por el cual se encuentra procesado.

FUNDAMENTOS DE LA REPOSICION

El memorialista demanda de la Sala que se reponga el auto del 23 de octubre último, pues alega que la expresión "...siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla" que trae el numeral segundo del artículo 415 del C. de P. P. es inconstitucional ya que permite al funcionario judicial hacer una valoración de la responsabilidad penal del procesado, cuando ésta no ha sido legalmente demostrada, razón por la cual, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4o. de la Carta, no se debe tener en cuenta "...ningún aspecto subjetivo para conceder o no la libertad provisional por pena presuntamente cumplida."

Señala el libelista que al pregonarse "...tratamiento penitenciario...", cuando ni siquiera se le ha hallado penalmente responsable del delito que se le imputa, el auto que le fuera desfavorable resulta a todas luces violatorio del derecho fundamental al debido proceso que está cimentado en el principio constitucional de la presunción de inocencia, pues encontrándose recurrida en casación, la sentencia condenatoria proferida por la justicia regional aún no ha alcanzado ejecutoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que de acuerdo con los cómputos realizados en el auto impugnado, el procesado no ha cumplido la pena impuesta en las instancias.

Es propósito del recurrente obtener la excarcelación provisional bajo la supuesta inconstitucionalidad de la expresión "...siempre que se reunan los demás requisitos para otorgarla." que trae el inciso segundo, del numeral 2o. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. Es de recordarle al convicto que la excepción de inconstitucionalidad es aplicable para el evento en que la ley sea manifiestamente contraria a la Carta. En este sentido, la precitada norma dispone que el procesado tiene derecho a la libertad provisional por pena cumplida; y se considera que ha cumplido la sanción, si lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional "...siempre que se reunan los demás requisitos para otorgarla", que no son otros que los componentes subjetivos del artículo 72 del Código Penal, esto es, su personalidad y sus antecedentes de todo orden, que involucran la naturaleza y modalidad del hecho punible, de modo que la constitucionalidad o

inconstitucionalidad de esta referencia legal no depende del resultado favorable o adverso de su evaluación en el caso concreto, porque lo que previene la ley es un examen imparcial de factores generales, que bien puede conducir a una conclusión positiva o negativa en el evento específico, todo lo cual es necesario para determinar el merecimiento o no del sustituto penal, sin que ello implique prejuzgamiento que derive en violación al debido proceso, pues téngase presente que dicha valoración se hace de manera provisional y sólo para tal efecto.

Es necesario reiterar entonces, que en torno al otorgamiento de la libertad provisional, con miras a determinar un pronóstico aproximado de readaptación del recluso, es preciso realizar un examen integral y de conjunto que además del buen comportamiento durante la ejecución penitenciaria y el aprovechamiento del tiempo en actividades laborales e intelectuales, comprenda un estudio de sus "antecedentes de todo orden", dentro de los cuales se encuentran las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaron la conducta delictiva, elemento que pretende el recurrente se excluya de la evaluación del factor subjetivo, lo cual no es posible pues, como ya se indicó, es la ley que así se lo impone al juzgador.

Ha de aclararse al recurrente que la expresión "tratamiento penitenciario" empleada en el auto impugnado debe entenderse, no como declaración anticipada de responsabilidad penal, sino como elemento de la valoración de los requisitos exigidos legalmente para considerar, en este caso particular, la viabilidad o no del subrogado al que aspira. En tal propósito, se ha partido de lo que reportan las sentencias a través de las cuales se le ha hallado responsable del delito de rebelión, teniendo en cuenta la doble presunción de acierto y legalidad con que ellas llegan ungidas a la Corte, sin que esto implique que se toman como decisión definitiva, pues tal carácter depende del fallo que se produzca para resolver el recurso extraordinario de casación.

En este orden de ideas, no habiéndose refutado el fundamento aducido para negar la libertad como anticipo del subrogado del artículo 72 del Código Penal, la Sala mantendrá en firme la decisión impugnada.

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

RESUELVE:

NO REVOCAR la providencia del 23 de octubre último, por medio de la cual se le negó el beneficio de libertad provisional al procesado *Víctor Manuel Delgado Vaquero*.

Comuníquese y cumplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Dídimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DETENCION DOMICILIARIA

El artículo 396 del código de procedimiento penal dispone que cuando se trate de un hecho punible cuya pena mínima prevista sea de cinco años de prisión, o menos, el funcionario judicial sustituirá la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad, ***comparecerá al proceso*** *y no coloca en peligro a la comunidad (Negrillas de la Sala).*

De acuerdo con la norma transcrita la detención domiciliaria es una medida de aseguramiento y, como tal, eminentemente preventiva o provisional, razón por la que no procede para efectos de pagar la pena impuesta mediante una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 139 Proceso No. 12907

VISTOS

La Corte resuelve la solicitud de detención domiciliaria impetrada por la doctora *María del Carmen Herena Roca,* actualmente detenida en la Cárcel del Distrito Judicial de Riohacha.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 396 del código de procedimiento penal dispone que cuando se trate de un hecho punible cuya pena mínima prevista sea de cinco años de prisión, o menos, el funcionario judicial sustituirá la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad, **comparecerá al proceso** y no coloca en peligro a la comunidad (negrillas de la Sala).

De acuerdo con la norma transcrita la detención domiciliaria es una medida de aseguramiento y, como tal, eminentemente preventiva o provisional, razón por la que no procede para efectos de pagar la pena impuesta mediante una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Así las cosas, la presente solicitud de detención domiciliaria resulta improcedente, pues en el caso concreto se profirió sentencia condenatoria contra la doctora *María del Carmen Llerena Roca*, , la cual se encuentra debidamente ejecutoriada.

Respecto al memorial suscrito por algunas personas que se presentan como amigos de la doctora Llerena Roca, quienes reiteran y coadyuvan la solicitud que el pasado diecisiete de octubre elevó la sentenciada para que se ordenara su traslado a las instalaciones del batallón Cartagena o de la Policía Nacional de Riohacha, por Secretaría infórmeseles que los únicos que pueden formular peticiones son los sujetos procesales y ellos carecen de esa condición, por lo tanto la Sala se abstiene de resolver su solicitud.

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

RESUELVE:

Negar a la doctora *María del Carmen Llerena Roca*, la detención domiciliaria que solicita, por las razones señalas en esta providencia.

Abstenerse de resolver la solicitud formulada por las personas que se presentan como amigos de la sentenciada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia (No firmo), *Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

PECULADO

El yerro del Procurador Delegado está además alimentado por la creencia infundada de que la secretaria no tenía posibilidad de disposición porque a quien correspondía autorizar su pago era exclusivamente al juez, con lo cual confunde dos conceptos que son diferentes, a saber: a) la disponibilidad jurídica hace relación a que para la comisión del peculado no es necesario que el servidor público tenga directamente la tenencia material del bien, sino que basta que en razón de sus funciones tenga la facultad de disponer jurídicamente del mismo, pues empleando ese poder puede llegar a la apropiación en provecho suyo o de un tercero; y, b) cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia material del bien, y a ella ha llegado por razón de sus funciones, esa relación lo ubica en situación de ejercer un poder de disposición sobre el mismo por fuera de la vigilancia del titular de un poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado, sin que sea necesario que además posea la disponibilidad jurídica.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal Santa Fe de Bogotá D.C.,noviembre doce de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 140 Proceso No. 9887

VISTOS

El Juzgado Unico Penal del Circuito de Ciénaga (Magdalena), profirió sentencia condenatoria contra *Ana Hmelda Herrera Ortiz, Alfredo Alonso Angarita Rada, Nelson Elías Martínez Ruiz y Eduardo Enrique Campo Torres.* A la primera de las mencionadas le impuso 8 años de prisión como responsable de los delitos de peculado por apropiación, abuso de funciones públicas y falsedad. Al segundo 4 años de prisión por el delito de peculado por apropiación en calidad de cómplice. Al tercero 12 meses de prisión por el punible de pecu-

lado culposo. Al último —el aquí recurrente— lo condenó a la pena de dos (2) meses de prisión por el delito de peculado por apropiación en calidad de cómplice.

Contra la sentencia de primer grado interpusieron recurso de apelación el representante del Ministerio Público y dos de los acusados, uno de ellos *Campo Torres*. El Tribunal Superior de Santa Martha al resolver la impugnación reformó parcialmente el fallo, y entre otras resoluciones dispuso absolver a la procesada *Ana Himelda Herrera Ortiz* de falsedad ideológica, condenándola por los delitos de peculado por apropiación y abuso de funciones públicas a una pena de 4 años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y multa de veinticinco mil pesos ($25.000); redujo en un año la pena impuesta al procesado *Angarita Rada*, y absolvió a *Martínez Ruiz* de los cargos por los cuales se le profirió resolución de acusación. En lo demás le impartió confirmación.

Impugnada en casación la sentencia de segundo grado por los defensores de *Alfredo Alonso Angarita Rada* y *Eduardo Enrique Campo Torres*, se rechazó la demanda presentada a nombre del primero, y se declaró ajustada a derecho la presentada a nombre del segundo, sobre la cual se pronunciará la Sala.

HECHOS

El Tribunal en la sentencia recurrida se refirió a ellos en los siguientes términos:

"Del relato judicial se tiene que para el año de 1988 *Ana Himelda Herrera Ortiz* se desempeñaba como secretaria del entonces juzgado Once de Instrucción Criminal radicado en Ciénega; en esa calidad y haciéndose pasar como juez encargada de dicho despacho judicial, tramitó para su pago los títulos de depósitos judiciales Nros. *975838 de fecha 23 de diciembre de 1987 por la suma de $50.000 pesos a nombre de Wilmer José Bermudez Oñate*; 977042 de junio 26 de 1987 por valor de $41.020 por caución impuesta a *Olbis Rafael Daniel's Brugés*; 711238 de fecha 17 de marzo de 1986 por $33.622 a nombre de *Alfonso Ortiz Henríquez*; 975833 de diciembre 22 de 1987 a nombre de *Dalbis José Gómez Loperena* por la suma de $50.000; 1347 de fecha 4 de octubre de 1989 por caución impuesta a *Heriberto Gutiérrez Mantilla* por la suma de $130.237.20; 551 de fecha julio 13 de 1989 a favor de *Luis Rafael Fortul* por valor de $65.118.60; 3117 de diciembre 1º de 1989 por caución impuesta a *Orlando Alberto Insignaris Palma* por la suma de #130.237; 234 de abril 27 de 1989 por caución impuesta a *Macedonio Rojas Chamucero* por la suma de $65.218.60; 2044 de fecha noviembre 10 de 1989 por caución

impuesta a *Jenny Restrepo Rodríguez* por la suma de $65.518.60; 3132 por caución impuesta a *Marisela Valencia* por la suma de $32.559.30 de fecha 1° de diciembre de 1989; 985812 por caución impuesta de dos salarios mínimos para recobrar su libertad a *Hermes de jesús Flórez Vega* por la suma de $41.020.

De acuerdo con las constancias procesales, la secretaria *Ana Himelda Herrera Ortiz* fue encargada del Juzgado por vacaciones concedida a su titular mediante Acuerdo Nro. 54 de diciembre 1o. de 1988 a partir del 7 al 31 de diciembre del citado año, tomando posesión de dicho cargo el día 7 de diciembre de 1988, tal como se aprecia en la xeroscopia del acta de posesión visible al folio 86 del cuaderno principal.

Fuera de esta fecha a la citada secretaria no se le volvió a encargar del despacho en mención. Sin embargo, suplantando al titular ordenó el pago de los citados títulos a *Alfredo Alfonso Angarita Rada y a Eduardo Enrique Campo Torres*. Y para lo cual al dorso de los títulos correspondientes dictaba el auto de rigor ordenando su pago y firmando como juez encargada tal como se aprecia a los folios 79, 80, 81, 82, 83, 84, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 del cuaderno original Nro. 1.

Como era indispensable la firma del secretario para darle más apariencia de realidad a sus actuaciones, hizo pasar como tal a *Humberto Quintana Velásquez, Beatriz Eugenia Rodríguez de Vergara, Rolando Franco Fuentes y a América Isabel Avila Bolaños*, personas éstas que al enterarse de lo ocurrido fueron enfáticas en negar haber firmado el endoso de los citados títulos de depósito judicial (fls. 12, 13, 23, 34, 179, 200, y 204)".

Actuación Procesal

La investigación fue adelantada en su mayor parte por el Juzgado Primero de Instrucción Criminal radicado en Ciénaga, pero luego pasó al Juzgado Séptimo, despacho que mediante auto de enero 21 de 1991 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra *Eduardo Enrique Campo Torres*, como cómplice de los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento público, de los cuales atribuyó su autoría a *Ana Himelda Herrera Ortiz*.

Contra el auto en mención el defensor del procesado *Eduardo Enrique Campo Torres*, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación; el defensor de Alfredo Angarita únicamente el de reposición.

Luego de declararse impedido el Juez Instructor, el Juzgado Once de Instrucción Criminal avocó el conocimiento, y en providen-

cia de abril 9 de 1991, resolvió "*no reponer*" el auto calificatorio y conceder el recurso de apelación, ordenando remitir el cuaderno original al Tribunal de Santa Marta. Notificado el auto anterior al defensor de *Eduardo Enrique Campo Torres*,el 10 de abril de 1991, en la misma fecha presentó un memorial en el que desistió del recurso de *apelación*" (Fls. 454 462).

En auto de abril 12 de 1991 se admitió el desistimiento del recurso de apelación y se ordenó que ejecutoriado el auto que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la providencia calificatoria, se remitiera el proceso al Juzgado Unico del Circuito de Ciénaga. Dicha ejecutoria se produjo el 17 de abril.

Durante la etapa del juicio, el Juzgado Unico Penal del Circuito de Cienaga, por auto de julio 9 de 1991, declaró la nulidad del numeral tercero de la parte resolutiva del auto calificatorio, solicitada por el defensor de *Angarita Rada*, quien puso de presente que a su defendido se le había acusado erróneamente por el delito de homicidio. Como consecuencia de ello se remitió el proceso al Juzgado instructor (11) para que procediera a subsanar el yerro advertido, en cuanto al Título y Capítulo en que se había encuadrado el comportamiento no solo de Angarita Rada, sino también de *Eduardo Enrique Campo Torres*,, contra quien se había incurrido en similar yerro. (fls.518 y 519).

El apoderado de Angarita Rada interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la declaratoria parcial de nulidad, abogando por la invalidación total de la acusación. El Juzgado del Circuito decidió no decretar la nulidad impetrada, y en su lugar revocó el auto impugnado y concedió el recurso de apelación (auto de julio 29 de 1991, fls. 525 y s.s.).

El Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación advirtió que como quiera que el auto de julio 9 de 1991 había sido revocado por el Juzgado del Circuito, se abstenía de revisar la providencia materia de impugnación por inexistente, pero que ante la insistencia del defensor en que se declarara la nulidad se ocuparía de analizar los argumentos, luego de lo cual la negó. En la parte considerativa del interlocutorio expuso los motivos de inconveniencia y perjuicio para el proceso si se accedía a declarar la nulidad pedida, dado que de conformidad con lo establecido en el art. 501 del Decreto 050 de 1987, modificado por el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, el funcionario sentenciador tenía amplias facultades para modificar la calificación provisional sin sujeción al sometimiento a nuevas diligencias, y dentro o fuera del título inicialmente consignado.

En acatamiento a lo resuelto por el Tribunal, el Juzgado Unico del Circuito, mediante auto del 28 de enero de 1992 dispuso "variar la calificación", al considerar que el juzgado instructor incurrió en un lapsu calami, que podía ser subsanado de conformidad con lo regulado en el artículo 501 del Código de Procedimiento entonces vigente, y agregó: "ello es procedente habida consideración que todos los elementos estructurantes del hecho punible imputado en el auto calificatorio no corresponden a los hechos controvertidos en el sumario y es que de manera clara es inequívoco estos mismos apuntan hacia los delitos señalados en el Título sexto en el Libro Segundo del Código Penal, Capítulo Tercero denominado en forma genérica delito contra la fé publica y al Título Tercero Capítulo Primero denominado en forma genérica delito contra la Administración Pública señalándose a los doctores *Eduardo Enrique Campo Torres* y *Alfonso Angarita Rada* como cómplices de la señora *Ana Himelda Herrera*. Siguiendo este orden de ideas, variar la calificación provisional del auto calendado enero 21 del año inmediatamente anterior por los comportamientos antes reseñados: Dése cumplimiento a lo numerado en el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal...". Notificado el auto anterior, el secretario del juzgado puso a disposición de los sujetos procesales por el término de tres (3) días el proceso, para que solicitaran las pruebas que consideraran necesarias (fl.550).

Adelantada la etapa de la causa y llevada a cabo la diligencia de audiencia pública, el Juzgado Unico Penal del Circuito profirió fallo condenatorio contra *Eduardo Enrique Campo Torres*,, entre otros, en los términos y condiciones que se han dejado expuestos, decisión que al ser apelada por el Representante del Ministerio Público y dos de los defensores, resultó modificada por el Tribunal de Santa Marta en la forma ya reseñada.

LA DEMANDA

1ª. Causal Primera: Violación directa de la ley sustancial.

Para el libelista la sentencia atacada violó directamente la norma sustancial tipificante del peculado por apropiación (art. 133 C.P.), por considerar que la conducta de *Ana Himelda Herrera Ortiz* se subsume en el mencionado tipo penal, y consecuencialmente la de su defendido también, pero en calidad de cómplice.

En la demostración del cargo admite que *Ana Himelda* tenía la calidad de empleada oficial, como quiera que se desempeñaba como secretaria del Juzgado Once de Instrucción Criminal radicado en Ciénaga; también reconoce que los bienes objeto del reato eran de particulares o del Estado, pero cuya administración correspondía

a éste último a través de sus funcionarios; y no discute porque considera un hecho cierto, que hubo una apropiación indebida de esos depósitos judiciales por parte de la funcionaria acusada.

Pero lo que no considera cierto es que la procesada *Ana Himelda Herrera* hubiese tenido entre las funciones de secretaria del juzgado la de administrar o custodiar depósitos judiciales, pues así se desprende del contenido y alcance del artículo 14 del Decreto 1265 de 1970, disposición que por manera alguna contempla como función propia de los secretarios la que se ha querido atribuir a la procesada en relación con los títulos apropiados.

Como a juicio del censor está plenamente demostrado que la procesada no realizó la conducta de apropiación en jercicio de sus funciones de secretaria del despacho judicial aludido, por lo tanto no puede ser sujeto activo del punible de peculado.

En apoyo de sus planteamientos cita un doctrinante que considera que la función del empleado es de orden normativo exclusivamente, criterio que se basa en lo consignado en acta No. 13 de la Comisión Redactora por el doctor *Federico Estrada Velez.*

Finalmente afirma, que teniendo en cuenta que la procesada *Herrera Ortiz* tuvo que abrogarse la función de Juez Once de Instrucción Criminal para apropiarse de los títulos de depósito judicial, incurriendo con ello en "abuso de función pública" de que trata el art. 162 del Código Penal, la condena por este punible excluye toda posibilidad de existencia del delito de Peculado por apropiación imputado a Ana Himelda como autora, y a su defendido como cómplice.

2°. Causal Segunda

Para el censor, "La sentencia es incongruente con los cargos formulados en la Resolución de Acusación, por cuanto en aquella se condenó a *Eduardo Enrique Campo Torres*, por el delito de Peculado por Apropiación, en calidad de cómplice,... y en cambio en la Resolución de Acusación se le formularon cargos por los delitos de Homicidio y Falsedad en documento..."

No obstante que se interpusieron recursos de reposición, apelación e "incidente" de nulidad contra la resolución de acusación y se decidieron los mismos, en últimas el calificatorio "quedó ejecutoriado sin ninguna modificación, revocación parcial, aclaración ni nulidades".

Reconoce que el Tribunal en su pronunciamiento expresó que era "viable y completamente legal *subsanar* el error cometido en la resolución de acusación respecto de la adecuación típica sin

necesidad de decretar la nulidad, habida cuenta de que el correctivo puede adoptarse durante la etapa del juzgamiento y antes de que concluya la diligencia de audiencia pública. Dentro de este período el funcionario judicial puede remediar los defectos que ha advertido siguiendo las orientaciones del citado art. 32 del Dec. 1861 de 1989...". Sin embargo, dicha Corporación se abstuvo de revisar la providencia objeto de apelación (julio 9 de 1991), por inexistente, en razón a que la misma había sido revocada por auto de julio 29 de 1991. A su vez, negó la petición de nulidad invocada por el defensor de *Eduardo Enrique Campo Torres*.

Advierte que si bien el Juzgado del Circuito en acatamiento a lo dispuesto por el Tribunal dictó un auto en el que varió la calificación; "lo único cierto es que la calificación o corrección del tipo penal irregularmente invocados en la resolución de acusación, no se llevó a cabo ya que no basta simplemente con que hubiera dicho en la parte motiva de la providencia del 28 de enero de 1992 que procedía la corrección, sino que este pronunciamiento era obligado hacerlo con sujeción a lo reglado en el artículo 501 del C. de P. P., como bien lo anotó el funcionario, esto, en forma tal que ... precise claramente las variaciones que introduce a la resolución de acusación...".

En apoyo de sus argumentaciones cita Jurisprudencia de la Corte relacionada con la violación del debido proceso y el derecho a la defensa, de 10 de septiembre de 1995 y 25 de octubre de 1989.

Cita como normas violadas los artículos 1, 2, y 29 de la C.N., en armonía con los artículos 218 y s.s. del C. de P. P.

Finalmente solicita: 1°.) Demostrado que no existió el delito de peculado por apropiación imputado a *Eduardo Enrique Campo Torres*, en calidad de cómplice, por cuanto la procesada *Herrera Ortiz* no actuó en ejercicio de sus funciones, por razón de su oficio, se debe "absolver". 2º.) Demostrado que la decisión recurrida es incongruente con los cargos formulados a su defendido, "se debe invalidar la sentencia...y absolver".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo penal solicita a la Corte que "**case parcialmente**" la sentencia impugnada respecto de las condenas impuestas a los procesados *Ana Himelda Herrera Ortiz, Alfredo Alonso Angarita Rada* y *Eduardo Enrique Campo Torres*,por el delito de Peculado por apropiación, y en su lugar se les absuelva dejando en firme el fallo en lo demás.

Refiriéndose a la censura por violación directa de la ley sustancial, plantea los siguientes argumentos:

De acuerdo con el artículo 133 del Código Penal, para la configuración del peculado es necesariuo que exista una relación funcional entre el empleado y los bienes que se apropia, única razón por la cual esa conducta constituye una transgresión a la administración pública. La tutela penal no surge solamente por la condición de servidor público del agente, aspecto que no sería suficiente para diferenciar el apoderamiento del que realiza un ladrón, sino porque los contenidos materiales de administración pública y empleado oficial implican un deber más alto de cuidado de los bienes que se le han confiado al servidor público para la función.

El deber especial surge de la propia Constitución que en el artículo 122 precisa que "no habrá empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento", que junto con lo dispuesto en el artículo 124, permite deslindar frente a la responsabilidad de los particulares la órbita en la cual se debe mover la ley para determinar la responsabilidad en los delitos de sujeto activo cualificado, la cual la constituyen la condición de servidor público y las funciones detalladas en la ley o reglamento.

"Si se acata la fuente constitucional del derecho penal, se dirá que es necesario pensar en que la autorización para constituir tipos penales que se refieran a la función pública deben ceñirse a esos tres elementos: investidura de servidor público, función publica como actividad que le corresponda (por tanto que sea suya), y la normatividad —ley o reglamento— que le adscriba esa tarea al servidor público. En ese ámbito, y únicamente en él, puede la ley 'determinar la responsabilidad de los servidores públicos' como dice en su primera parte el artículo 124 de la C. Pol., visto que 'la manera de hacerla efectiva sólo excepcionalmente la define la constitución como se ve de los ejemplos de los artículos 90 ibidem inciso dos (en la acción de repetición del Estado contra el servidor público por daños antijurídicos) y el 91 de la misma ordenación inciso 2 (en la orden militar superior)".

"...las expresiones de apropiarse de bienes que se administran o custodian en la órbita de la administración pública no significa un simple apoderamiento o sustraer los bienes por un simple empleado oficial, que entra en contacto con ellos, sino un quebrantamiento del ejercicio correcto del poder de disposición que la ley le ha otorgado sobre los mismos. Ni siquiera es necesario que los tome para sí, sino que bastaría que permita una aplicación patrimonial desviada de los reglamentos o leyes para que se estructure la afectación de la administración pública, y la ilicitud de su acción en el orden penal como administrador o custodio. Es por ello que la jurisprudencia ha reiterado la necesidad de la relación de disponi-

bilidad de los bienes, que no es un poder de facto visto que en la administración no debe haberlo por lo comentado de la Constitución nacional, que emana siempre de una regla legal (ley, reglamento, orden administrativa) pero nunca de la fuerza física, o el contacto material precario que no constituye tenencia o custodia funcional, ni menos si debe acudirse —como en este caso— a la usurpación de la función para ejercer la disposición jurídica de los títulos del juzgado".

"De manera que en este evento surgen tres aspectos que impiden la adecuación típica en el peculado: 1. La disponibilidad jurídica mediata estaba en el juez titular y no en la secretaria, al punto que ésta debió ilícitamente usurpar la posición de juez para decidir el destino de los títulos, 2. La secretaria si estaba encargada de vigilar los papeles del juzgado, entre ellos los títulos, pero no tenía ningún poder de disposición de esos documentos-valores. Ni siquiera entregándoselos materialmente podía disponer de ellos en aspecto reglado de la manera que ya se vió en que se requiere de una providencia judicial y un oficio del propio titular de la función, para que salgan de la esfera de depósito judicial y pase a otra diversa, y 3. La disponibilidad material, reglada obviamente, pertenece a quien está autorizado en el sistema de la administración pública para finalmente disponer de los bienes físicos según los mandatos legales (en el caso: el cajero del banco en donde se halla el depósito judicial, que debe entregar el dinero a quien legalmente lo reclame)".

"La disponibilidad de los bienes es material y jurídica, pero en ambos casos se deriva de una permisión o autorización jurídica de ejercer el acto de la disposición patrimonial, como sucede con el ordenador del gasto, y el pagador de la tesorería. Pero es obvio que el pagador que tiene el poder material sobre los bienes, está en una relación reglada con los bienes que paga, lo que no ocurre con la secretaria del juzgado que tiene un mero contacto personal con los títulos, pero no por cuenta del verdadero custodio de ellos: el juez, que es el único que puede realizar estos actos de disposición de ellos".

Luego de insistir en la diferencia que existe entre el apoderamiento de un bien como acción física de tomarlo, lo cual puede ocurrir por sujeto calificado o no, y la incorrección de quien tiene sobre el mismo el deber de administración o custodia, concluye:

"En el presente caso, según la explicación de la juez titular del despacho los títulos de depósitos judiciales se encontraban a cargo de la secretaria Ana Himelda Herrera Ortiz, 'quien tenía bajo su custodia y responsabilidad el manejo interno de los títulos de depósito judiciales...', pero como es claro, dice la Delegada, esa tenencia

física no implica la facultad de disponer jurídicamente de los títulos judiciales, pues por razones legales la transferencia y disposición del valor de ellos solo es atribución del juez, que tiene que dictar una providencia, en que ordena esos actos, y además endosarlo en el cuerpo mismo del título. Por manera que no puede, por imposibilidad jurídica, una secretaria ordenar la entrega de los títulos, lo que indica por lo contrario que la facultad de disponer funcionalmente del título es exclusiva del juez y no de la secretaria. Así lo prescriben los artículos 5º y 4º del Decreto 1798 de 1963 sobre la materia: '...Los depósitos no podrán moverse sino en virtud de providencia dictada en el expediente respectivo...' y el mismo texto refiriéndose a funcionarios y entidades que manejen esa clase de depósitos agrega "...no podrán aceptar los giros que se hagan en forma distinta".

"El pago de los mencionados títulos de depósitos judiciales a supuestos beneficiarios, dos abogados Alfredo Alonso Angarita Rada y a Eduardo Enrique Campo Torres quienes efectuaron el cobro de los mismos (13 en total y por un valor de $861.209.20), y en el caso del último de los nombrados un título por valor de $50.000.00, sin que mediara la correspondiente potestad jurídica en la prenombrada funcionaria, obviamente no puede dar lugar a la complicidad en un peculado pues si no existe lo principal no cabrá conceptualmente lo accesorio, razón por la cual la incorrecta adecuación típica para la autora principal genera a la vez una incorrección de tipo en relación con la cómplice".

"...En el presente caso se dio una aplicación indebida del tipo de peculado por apropiación, como se argumentó en los párrafos anteriores, lo cual trasciende a la invalidación de la sentencia demandada para comprometer la calificación dada en la resolución de acusación".

"Así las cosas, el cargo formulado por el casacionista resulta acertado".

Causal Segunda. Considera el Procurador que el cargo no está llamado a prosperar, porque para la época en que se hizo el cambio de adecuación típica, enero 28 de 1991, ello estaba ordenado y permitido en la ley procesal ya que se encontraba vigente el art. 32 del D. 1861 de 1989, modificatorio del art. 501 del C.P.P. derogado.

En el caso que nos ocupa el Juez del conocimiento acogiendo lo expresado en el auto del Tribunal que resolvió sobre la apelación, varió la calificación, por ello no resulta de recibo el argumento del casacionista sobre la imposibilidad de defensa del acusado.

Resulta incuestionable que los cargos formulados en el calificatorio son congruentes con los considerados en la sentencia impugna-

da, ya que la modificación típica introducida en la audiencia de juzgamiento conforma e integra la calificación del sumario y respecto de ella debe verse la coherencia.

En este caso no se cometió el yerro endilgado, toda vez que *Eduardo Enrique Campo Torres*, fue condenado como cómplice del delito de peculado por apropiación, uno de los punibles por los cuales fue enjuiciado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primer Cargo: es por violación directa del artículo 133 del Código penal, por aplicación indebida, en cuanto el recurrente estima que uno de los elementos estructurales del delito de peculado no está acreditado, concretamente el que se refiere a que la apropiación debe recaer sobre bienes que el funcionario administre o custodie en razón de sus funciones.

El censor admite que *Ana Himelda Herrera Ortiz* tenía la calidad de empleada oficial; que ella se apropió indebidamente de unos títulos de depósito judicial; y que la administración de los bienes apropiados correspondía al estado a través de sus funcionarios. Lo que no acepta como cierto es que su defendida tuviera entre sus funciones la de administrar o custodiar depósitos judiciales, tesis en la cual lo acompaña el ministerio Público, pues dicha actividad no está relacionada en el artículo 14 del Decreto 1665 de 1970, norma que pese a las modificaciones que ha sufrido, en esa parte se mantiene vigente.

Así las cosas, lo primero que se advierte es que la causal fue mal seleccionada, pues si la argumentación reconoce que hubo indebida apropiación de los dineros consignados a título de depósitos judiciales, es obvio que no se trata de un caso de atipicidad sino de otro delito, evento en el cual se ha debido invocar la causal tercera por tratarse de un error en la denominación jurídica. Además, el impugnante estaba en la obligación de precisar cuál era entonces la norma aplicable, y en ese orden de ideas no podía concluir la alegación solicitando absolución, pues ello entraña una insalvable contradicción.

En igual error incurre el Ministerio Público, quien solicita que se le conceda razón al demandante y se absuelva tanto a *Eduardo Enrique Campo Torres*, como a los demás procesados, posición francamente absurda, porque termina dejando en la impunidad el apoderamiento de los títulos de depósito judicial y su valor, como si la consecuencia de que la secretaría no tuviera la custodia de dichos títulos fuera que entonces podía apropiarse de ellos sin incurrir en ningún ilícito.

Al margen de lo anterior, y dado que si realmente se hubiera presentado la indebida calificación aducida por el libelista la Sala podría decretar la nulidad oficiosamente, es procedente abordar el tema de fondo, a lo cual pasamos a continuación así:

a) Está debidamente acreditado que la señora *Ana Himelda Herrera* desempeñaba el cargo de secretaria del Juzgado Once de Instrucción Criminal de Ciénega, y que dentro de las tareas asignadas tenía el manejo del "Libro de Control de los depósitos Judiciales", así como la de participar en la custodia de los "Títulos de Depósito judicial", los cuales recibía en la secretaría para efectos de las anotaciones correspondientes, y procedía a guardarlos.

La relación de la implicada con los títulos no estaba constituida por un simple contacto material, sino que dentro de las funciones que le correspondía desempeñar en atención a la naturaleza de su cargo estaba la de custodiar y llevar el control de ellos, de manera que no es cierto que porque el artículo 14 del Decreto 1265 de 1970 no dice que al secretario le corresponde custodiar "títulos judiciales" se puede concluír que no tiene ningún deber con respecto a ellos pues tampoco dice que debe custodiar su máquina de escribir, ni el escritorio, pero es obvio que él está obligado a responder por todos los elementos de trabajo y bienes que recibe en la secretaría y que forman parte de los asuntos que allí se conocen. El numeral 6o. del artículo en mención le atribuye la función de "Custodiar y mantener en orden el archivo de su oficina", lo cual está en armonía con el literal i del artículo 55 del Decreto 052 de 1.987 que establece como deber de los funcionarios y empleados "Responder por la conservación de los elementos, útiles, materiales, equipos, muebles y demás bienes confiados a su guarda o administración y rendir cuentas de su utilización".

El asunto es tan claro que el Ministerio Público, pese a estar de acuerdo con el demandante, reconoce que la secretaría "sí estaba encargada de vigilar los papeles del juzgado, entre ellos los títulos", pero se equivoca cuando a manera de ejemplo entiende que la situación de la acusada es la misma de la encargada de la limpieza que en la mañana toma para sí el dinero que el tesorero ha dejado en el cajón de su escritorio, pues es evidente que la función de ésta última no tiene ninguna relación con la administración o custodia de dicho dinero, simplemente se aprovecha de la posibilidad de ingresar a esa oficina para apropiarse de él, mientras que la actividad de la primera sí comprende esa tarea de custodia. En el mismo error incurre en el ejemplo del empleado oficial que subrepticiamente sustrae la llave del vehículo que no está a su cargo funcionalmente.

En este orden de ideas es indiscutible que la procesada se apropió de unos títulos cuya custodia le había sido confiada por razón de sus funciones, y no se puede caer en el sofisma de distracción de creer que como para hacerlos efectivos se requería la firma del juez, eso significa que la custodia estaba exclusivamente en manos de él, pues esa conclusión contraría lo probado.

El yerro del Procurador Delegado está además alimentado por la creencia infundada de que la secretaria no tenía posibilidad de disposición porque a quien correspondía autorizar su pago era exclusivamente al juez, con lo cual confunde dos conceptos que son diferentes, a saber: a) la disponibilidad jurídica hace relación a que para la comisión del peculado no es necesario que el servidor público tenga directamente la tenencia material del bien, sino que basta que en razón de sus funciones tenga la facultad de disponer jurídicamente del mismo, pues empleando ese poder puede llegar a la apropiación en provecho suyo o de un tercero; y, b) cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia material del bien, y a ella ha llegado por razón de sus funciones, esa relación lo ubica en situación de ejercer un poder de disposición sobre el mismo por fuera de la vigilancia del titular de un poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado, sin que sea necesario que además posea la disponibilidad jurídica.

Por último, es importante recordar que el reproche que amerita la conducta de la secretaria enjuiciada no es el mismo que cabría hacerle a un ladrón que se apropiara de los títulos mediante violencia o aprovechando un descuido, pues en la conducta de ella hay primordialmente una traición a la confianza que le fue depositada por la administración pública para que interviniera en la custodia de dichos elementos.

Con fundamento en lo anotado, la Sala estima que no existe el error en la denominación jurídica alegado por el demandante y coadyuvado por la Delegada.

Segundo cargo: se imputa a la sentencia no estar en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, en atención a que la condena fue por el delito de peculado por apropiación en calidad de cómplice, y el llamamiento a juicio fue por homicidio y falsedad en documento.

La falla que da lugar a la formulación de este reproche tiene su origen en que en el numeral tercero de la parte resolutiva de la providencia acusatoria, por un evidente lapsus cálami, se anotó que los delitos por los cuales se convocaba a juicio a *Eduardo Enrique*

Campo Torres, y *Alfredo Alfonso Angarita*, eran los previstos en el Libro 2º, Título 13 (lo correcto era Título 3º), capítulo 1º, y Libro 2º, Título 6º, Capítulo 3º, como cómplices.

Como puede verse en el texto de la resolución, el error no generaba ninguna confusión, pues la parte motiva era muy clara en cuanto a que el delito imputado era el de peculado por apropiación, de manera que aún sin hacer ninguna corrección posterior la inexactitud respecto al número del título dentro del cual se encuentra tipificado ese punible no constituía irregularidad trascendente, de suerte que con plena razón el titular del Juzgado Unico Penal del Circuito de Ciénaga revocó la nulidad parcial que por ese motivo había decretado el Juez que estuvo encargado por unos días del despacho.

Por una equivocada insinuación del Tribunal, no obstante que la situación ya era suficientemente clara, el Juez del Circuito resolvió aplicar el mecanismo entonces vigente para variar la calificación, y en decisión de enero 28 de 1992 precisó que los delitos por los cuales se enjuiciaba a los procesados eran los previstos en el libro 2°, Título 6º, Capítulo Tercero, denominado "Delitos contra la Fe Pública", y el Título 3º, Capítulo Primero, llamado "Delitos contra la Administración Pública". En la parte resolutiva concretó el cambio diciendo: "Variar la calificación del auto por los aspectos señalados en este proveído".

Con esa modificación no quedaba la más mínima posibilidad de decir que la falla atribuida a la acusación persistía, sin embargo el impugnante en ostensible demostración de falta de seriedad aduce en la demanda que la irregularidad no se subsanó porque el juez no repitió en la parte resolutiva lo que dijo en la motiva, con lo cual entiende que no se cumplió con la obligación de precisar las variaciones que introdujo en la resolución de acusación, posición francamente absurda y sin ningún respaldo procesal, como quiera que el auto es perfectamente claro. Prueba de esto es lo que el mismo defensor expuso en la audiencia, en donde demostró que sabía sin margen de duda que el cargo era por peculado y no por homicidio, de ahí que su alegación se refiriera al primer delito y no al segundo.

De otra parte, es oportuno destacar que el reproche en estudio fue concebido de una manera tan ilógica, que el censor no tuvo en cuenta que cuando se invoca la causal segunda de casación la petición es que se case la sentencia y se dicte una de reemplazo que sea congruente con la resolución de acusación, de manera que en este caso tendría que haber pedido que condenaran a su cliente por homicidio, para lo cual no tendría interés, pero como su desconocimiento de las reglas que rigen el recurso es también

evidente, la petición que formula es que se absuelva al procesado, pretensión ajena por completo a la causal invocada.

En síntesis, *Eduardo Enrique Campo Torres*, fue condenado por el cargo de cómplice de peculado por apropiación por el cual fue llamado a juicio, de manera que la sentencia está en armonía con la resolución de acusación, en consecuencia la censura propuesta será desestimada.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Paez Velandia*, *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUSTICIA PENAL MILITAR - En casación / **NULIDAD** / **DEBIDO PROCESO** / **DERECHO DE DEFENSA**

No por el solo hecho de que el demandante haya invocado la causal tercera de casación del artículo 442 del Código Penal Militar y no la del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal puede afirmarse que la demanda impida un pronunciamiento de fondo, pues si bien es cierto que a juicio de la Sala debió invocarse la última disposición por contenerse en un ordenamiento posterior y que regula íntegramente el recurso extraordinario, lo cierto es que se trata de una causal que por igual opera en la jurisdicción castrense y la ordinaria, y ello le resta trascendencia a la informalidad, con mayor fundamento si por mandato constitucional es el derecho sustancial el que merece prioridad sobre las simples informalidades.

Por principio los vicios atañederos con la debida vinculación del imputado conciernen a la causal tercera de nulidad por desconocimiento del derecho de defensa, pues a pesar de que en su fuente puedan derivar de defectos formales, por vía de ejemplo, en el trámite de la citación, la indagatoria, el emplazamiento o la designación del defensor, lo que en realidad aquí se enerva no es la estructura vertebral del proceso sino las prerrogativas de quien en él interviene como sujeto pasivo de la acción penal, y a quien la Constitución y la Ley confieren una serie de instrumentos y garantías para hacer frente al desigual poder punitivo del Estado, medios entre los que pesan particularmente el derecho a conocer oportunamente la imputación, a comparecer y ser oído, a controvertir la prueba que lo incrimine y proponer los medios que le favorezcan, a que se le investigue al lado de lo adverso, lo favorable, a interponer recursos y acceder a una doble instancia, y, en fin, a habilitar su posibilidad de intervenir y usar con oportunidad de todos los mecanismos de favor que se le reconocen.

No empece, y por el destacado motivo de derivar frecuentemente el desconocimiento de esas prerrogativas defensivas

*de la preterm*isión *de relevantes formalidades procesales, resulta válido que el actor censure esta clase de vicios bajo cualquiera de los dos motivos. Solo que por corresponder el debido proceso y el derecho de defensa a dos causales legales de nulidad distintas, independientes y autónomas tanto en el texto del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal como en el 464 del Código Penal Militar, esa dispar naturaleza conduce a la disimilitud de las razones del ataque y de la técnica en la formulación que en cada caso se requiere, conllevando a la operancia de su alegación y motivación por separado, como certeramente lo intenta la demanda, obligando la autonomía en su respuesta.*

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente, Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado por Acta No.136 (nov.5/97). Proceso No. 13665

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación excepcional interpuesto por el Procurador Judicial II No. 317 ante el Tribunal Superior Militar y oportunamente concedido por esta Colegiatura contra la sentencia de 27 de enero último, mediante la cual esa Corporación confirmó la condena impuesta por el Comando del Batallón de Ingenieros No.2 "*Vergara y Velazco*" al acusado soldado *Tobias Vidal Vargas* por el delito de deserción, imponiéndole la pena principal de 6 meses de arresto.

ANTECEDENTES

1. El 22 de marzo de 1.996, en el municipio de Malambo, el jefe de Personal del Batallón de Ingenieros Nro. 2 "*Vergara y Velazco*", informó al respectivo Comandante que el soldado *Tobias Vidal Vargas* se encontraba desertado desde el 1° de diciembre de 1.995, y que el Comando de la Unidad Fundamental no había tomado acción alguna al respecto (fl.2).

El referido Comandante comisionó al Juzgado 116 Penal Militar a fin de que dentro del término legal iniciara, perfeccione y culminara la correspondiente investigación (fl. 3), por lo que el delegado abrió ivestigación (fl. 4), practicó algunas pruebas, y en auto de julio 4 de 1.996 (fl.10) decidió que como la "Sijín" no había dado respuesta sobre la captura del soldado *Tobias Vidal Vargas* , se oficiara "al Comando del Batallón *Vergara y Velazco* con el fin de que se sirva ordenar a efectivos de su Unidad la captura del citado soldado..."

(fl. 10); librando efectivamente, como aparece al folio 13, el oficio 261 de julio 9 de ese año, la respectiva orden de captura.

Por auto de septiembre 13 siguiente (fl. 19) se ordenó emplazar al imputado de conformidad con el artículo 694 del Código Penal Militar, teniendo en cuenta que aquél "aún no se ha presentado ni ha sido posible obtener su captura para ser escuchado en indagatoria".

Para el efecto se fijó edicto emplazatorio (fl. 21), y mediante providencia del dia 19 del mismo mes se declaró persona ausente a *Tobías Vidal Vargas*, designándosele un apoderado para que lo representara (fl. 22), quien tomó oportuna posesión del cargo (fl. 24), dando lugar a la definición de la situación provisional del desertado (con detención provisional (fl. 29), lo que no obstó para que el 30 de septiembre se insistiera en la captura (fl. 33).

2. Remitida la actuación por el Juzgado de Instrucción al Comando del Batallón "*Vergara y Velazco*", éste, mediante auto del 18 de octubre de 1996 declaró la iniciación del juicio designándole nuevo defensor al procesado, y una vez vencido el término de traslado acogió la solicitud del Procurador en lo Judicial Penal, condenando, contra lo solicitado por su defensor al acusado, en los términos ya indicados al inicio de esta providencia (folio 43 y siguientes).

Sometido el referido fallo a consulta, el señor Procurador ahora recurrente solicitó la nulidad de lo actuado para que se enterara al procesado sobre la existencia del proceso seguido en su contra, garantizándole el derecho a su defensa (fl. 56), pero el Tribunal inacogió sus planteamientos, y en su lugar profirió la sentencia ahora recurrida extraordinariamente, por la vía discrecional prevista en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, según impugnación admitida por esta Sala de la Cortemediante auto de mayo 29 último (fl. 4 cdno. Nro. 2 Corte).

LA DEMANDA

Dos cargos hace el señor Procurador ante el Tribunal Superior Militar, al amparo de la causal de nulidad del artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal:

En el primero, propuesto por violación al debido proceso, según previsión "del numeral 3° del artículo 442 del C.P. Militar, en concordancia con el numeral 2° del artículo 464 ibidem" (fl. 79), el casacionista aduce que no obstante considerar el Tribunal que el investigador se atuvo al artículo 694 ibidem, lo cierto es que dicho funcionario no adelantó esfuerzo alguno para citar al procesado y enterarlo de que en su contra se seguía el proceso penal, ante el

cual debia presentarse, rindiendo sus descargos y colocándose a derecho, con lo que le afectó gravemente sus derechos fundamentales.

En derecho se refiere el censor al artículo 694 de dicho Código, y dice que en él se sobreentiende "que la búsqueda del procesado es necesaria como condición previa para declararlo en contumacia, como se deduce de la **necesidad** de oírlo en indagatoria y de la expresión '... si no fuere **posible** recibir indagatoria' ... (destaco)" (fl. cit. infra).

Pero al referirse a la situación de hecho encuentra que al precepto se le dio una simple interpretación literal que desnaturaliza su sentido, pues pese a conocerse desde el folio 1o. la dirección del soldado y de sus padres, ni a uno ni a otros se les comunicó para enterarlos de los hechos ni conocer sobre las posibles causas que motivaron el comportamiento del uniformado, de modo que no se observaron "la plenitud de las formas como lo exige el art. 285 del C.P.M.", (fl. 81 supra), agregando que el procesado "no podía comparecer a rendir sus descargos" porque no fue noticiado al respecto, siendo así declarado ausente "con detrimento del debido proceso" y presumiendo su culpabilidad, desconociendo su derecho a la presunción de inocencia (art. 288 C.P.M.) y transgrediendo el artículo 5° ibídem en cuanto proscribe toda forma de culpabilidad objetiva, ello sin mencionar el derecho de defensa del que se ocupa en el segundo cargo.

Pide por consiguiente que la Corte "siente jurisprudencia" con respecto al referido artículo 694, case la sentencia y decrete la nulidad del juicio, del auto que ordena el emplazamiento y del que decreta la medida de aseguramiento, "ordenando restablecer los derechos fundamentales vulnerados" (fl. 82 supra).

En el **segundo cargo** el censor aduce la violación al derecho de defensa consagrado en el artículo 286 del Código Penal Militar, desarrollo del artículo 29 de la Carta Política.

Para ello critica la sentencia cuando afirma que la instrucción dada a los soldados hace presumir que se les procesará cuando "abandonen sus deberes" (fl. 83), contraargumentando que "si esta afirmación fuera cierta, no sería necesario citar a ningún abogado cuando se les procesa por cualquier delito, ya que se presumiría mayor conocimiento al respecto" (fl. cit.).

Añade que también le fueron violados al procesado el derecho de contradicción y el de una investigación integral, ya que en el proceso no se investigó sino lo que desfavorecía al acusado, desoyendo lo que al respecto prevé el artículo 566 del precitado Código, términos en los cuales reitera la casación del fallo recurrido.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Dice el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que aún cuando la demanda plantea dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, ellos en realidad persiguen una misma finalidad y se fundan en argumentos interrelacionados, de manera que su conjunción constituye un solo ataque con miras a obtener la anulación del fallo por dictarse en un juicio viciado de nulidad, como consecuencia de una inadecuada búsqueda del procesado, todo lo cual traduce en un quebranto del derecho de defensa (fl. 9 cdno. Corte).

Anota que en el proceso se pretendió encontrar al procesado para enterarlo de la existencia de este asunto seguido en su contra, pero preservándose apenas formalmente sus garantías constitucionales (fl. 11, subrayas del original), porque

"Los funcionarios instructor y fallador se atuvieron a las circunstancias procesales y desarrollaron las previsiones legales; la ausencia del procesado fue, en apariencia, consecuencia de la imposibilidad de lograr su aprehensión, no de conductas de los funcionarios encaminadas a impedir su comparecencia" (negrillas de la Delegada, fl. cit.).

Considera que en tratándose del delito de deserción, donde su aspecto objetivo consiste en ausentarse sin permiso por más de cinco días, hace que la localización del desertor no sea fácil, cuando precisamente es su voluntad la de evadir el servicio en el lugar en donde se encontraba, pero que

"ello no implica sin embargo, que con el cumplimiento de las formalidades y dada la naturaleza del hecho investigado, se asegure el derecho a la defensa del implicado, pues se ha debido acudir a la dirección registrada por él —personalmente o a través de comunicación escrita— a fin de garantizar que efectivamente había adquirido el conocimiento de la existencia del proceso, independientemente de que posteriormente hubiera comparecido a ejercer su defensa técnica y material" (fl. 12).

Destaca que en el proceso no aparece telegrama, oficio o presencia de un funcionario a la última dirección registrada en la hoja de vida, que indique la información sobre el procesamiento (fl. cit), además de que la orden de captura supuestamente expedida a la Dijín después de abierta la investigación, no obra en el proceso; al paso que la librada al Comandante del Batallón a que pertenecía el soldado, tampoco especificó la ciudad de su residencia, dificultando o imposibilitando su localización.

Por lo anterior reitera que si los resultados de dicha aprehensión eran negativos, han debido agregarse al expediente, "pues el derecho constitucional de defensa no se garantiza con simples formalismos, sino que ha de asegurarse efectiva y materialmente" (fl. 13).

Recuerda que frente a un delito de deserción procede primeramente la citación para indagatoria (art. 611 C.P.M.), lo que en este proceso fue omitido, ya que se ordenó de una vez la aprehensión, siendo una medida supletoria (fl. 14), y a lo anterior agrega que:

"El nombramiento del defensor de oficio, necesario a fin de garantizar el derecho a la defensa material, no alcanza a purgar la irregularidad detectada, pues si bien esta designación no es violatoria de la defensa, sino protección de ella, solamente desarrolla una parte de la garantía constitucional y por tanto, no puede ser criticada aisladamente. Un defensor oficioso no siempre es manifestación de ausencia de quebranto del derecho a la defensa ni puede convalidar los quebrantos consumados antes de su intervención" (fl. 14).

Pide entonces la Delegada que se case el fallo y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordenó emplazar al procesado y que lleva fecha 13 de septiembre de 1.996.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Dado que en este proceso el recurso extraordinario de casación se otorgó discrecionalmente por parte de la Corte, conviene precisar para comenzar que el impugnante no traiciona en su escrito de demanda los condicionamientos que se hicieran al concederle su interposición, y que apuntaban a la necesidad de que la Sala hiciera un pronunciamiento jurisprudencial relacionado con el procedimiento seguido frente al delito militar de deserción, en la medida en que a juicio del Procurador recurrente, la interpretación otorgada en las instancias viene constituyéndose en motivo de violación para las garantías fundamentales de los procesados, y más concretamente para su derecho de defensa.

Como fácil puede verse, los términos del libelo mantienen los motivos y desarrollan al interior de la causal tercera de casación, las inquietudes que movieron a la Sala para otorgar excepcionalmente el recurso extraordinario, y ello se constituye en supuesto para un pronunciamiento de mérito.

2. Ahora bien, no por el solo hecho de que el demandante haya invocado la causal tercera de casación del artículo 442 del Código Penal Militar y no la del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal puede afirmarse que la demanda impida un pronunciamiento

de fondo, pues si bien es cierto que a juicio de la Sala debió invocarse la última disposición por contenerse en un ordenamiento posterior y que regula íntegramente el recurso extraordinario, lo cierto es que se trata de una causal que por igual opera en la jurisdicción castrense y la ordinaria, y ello le resta trascendencia a la informalidad, con mayor fundamento si por mandato constitucional es el derecho sustancial el que merece prioridad sobre las simples informalidades.

Y en cuanto atañe a la crítica del Procurador, quien considera que los dos cargos de la demanda merecen una sola respuesta por mencionarse en ambos defectos de vinculación del procesado que obstruyen sus posibilidades defensivas, se ha de aclarar que la formulación que hace el actor no autoriza la crítica del Delegado, ni a avocar su estudio unificado.

Sobre el particular es pertinente aclarar que por principio los vicios atañederos con la debida vinculación del imputado conciernen a la causal tercera de nulidad por desconocimiento del derecho de defensa, pues a pesar de que en su fuente puedan derivar de defectos formales, por vía de ejemplo, en el trámite de la citación, la indagatoria, el emplazamiento o la designación del defensor, lo que en realidad aquí se enerva no es la estructura vertebral del proceso sino las prerrogativas de quien en él interviene como sujeto pasivo de la acción penal, y a quien la Constitución y la Ley confieren una serie de instrumentos y garantías para hacer frente al desigual poder punitivo del Estado, medios entre los que pesan particularmente el derecho a conocer oportunamente la imputación, a comparecer y ser oído, a controvertir la prueba que lo incrimine y proponer los medios que le favorezcan, a que se le investigue al lado de lo adverso, lo favorable, a interponer recursos y acceder a una doble instancia, y, en fin, a habilitar su posibilidad de intervenir y usar con oportunidad de todos los mecanismos de favor que se le reconocen.

No empece, y por el destacado motivo de derivar frecuentemente el desconocimiento de esas prerrogativas defensivas de la preterm isión de relevantes formalidades procesales, resulta válido que el actor censure esta clase de vicios bajo cualquiera de los dos motivos. Solo que por corresponder el debido proceso y el derecho de defensa a dos causales legales de nulidad distintas, independientes y autónomas tanto en el texto del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal como en el 464 del Código Penal Militar, esa dispar naturaleza conduce a la disimilitud de las razones del ataque y de la técnica en la formulación que en cada caso se requiere, conllevando a la operancia de su alegación y motivación por separado, como

certeramente lo intenta la demanda, obligando la autonomía en su respuesta.

3. Remitiendo, por lo anterior, al **cargo primero del libelo**, el casacionista en síntesis objeta la ocurrencia de errores de actividad por el Juzgado 116 de Instrucción Penal Militar y que concreta en el desconocimiento de los requisitos previos a la citación para indagatoria, pues no se hizo esfuerzo por convocar a ella al procesado, ni para oír a su familia, desconociendo las previsiones del artículo 694 del Código Penal Militar, en cuanto impone el emplazamiento "si no fuere posible recibir la indagatoria", lo que le lleva a colegir que para el Tribunal Militar no es necesaria la previa vinculación del procesado en delitos como la deserción, pues sobre ellos el militar recibe instrucción, lo que impone restituir el derecho del acusado y precisar doctrinalmente que aún en esta clase de infracciones es imperioso ceñir su vinculación a las expresas reglas del procedimiento penal militar.

En relación con tal censura es preciso observar que el casacionista yerra al interpretar la realidad del expediente, como el fundamento de la segunda instancia, siendo lo más relevante su distanciamiento con los preceptos aplicables y la actuación cumplida por el instructor, según resulta de las observaciones que siguen:

3.1. El trámite especial previsto para la instrucción y el juzgamiento del delito de deserción, común a los de abandono del puesto y del servicio, la fuga y el uso indebido de insignias y uniformes militares, lo señala el artículo 694 del Código Penal Militar en el siguiente texto:

"El Juez o funcionario de instrucción adelantará y perfeccionará la investigación en el término de quince (15) días. Se oirá en indagatoria al procesado y se le resolverá su situación jurídica dentro de los dos (2) días siguientes. Si no fuere posible recibir la indagatoria dentro del término de la instrucción señalado anteriormente, se le emplazará por dos (2) días, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio.

Perfeccionada la investigación, el juez de primera instancia por auto de sustanciación declarará la iniciación del juicio y dará traslado a las partes por dos (2) días para que soliciten las pruebas que estimen necesarias; si fueren conducentes las decretará. También podrá de oficio ordenar la práctica de pruebas.

Las pruebas se practicarán dentro de los cinco (5) días siguientes.

Vencido el término anterior, se dará traslado al fiscal para concepto por dos (2) días y al defensor por igual término para alegar. Se pronunciará fallo dentro de los tres (3) días siguientes."

Y se ha transcrito la norma en su integridad, porque a pesar de consagrarse en ella un procedimiento breve y sumario, fácil se encuentra que éste no descuida la atención por las garantías de defensa, así reduzca considerablemente el tiempo para la instrucción y el juzgamiento si se compara esta actuación con otras, pero no puede desatenderse que aquí se trata de muy particulares infracciones contrarias al servicio, a la seguridad y a la administración de justicia que dentro del régimen castrense afectarían notoriamente la disciplina de no ser investigadas y reprimidas con celeridad y efectividad, y de añadido caracterizadas por lo elemental de su descripción típica, y la facilidad que de ella se deriva para el perfeccionamiento de su investigación.

3.2. Colejada, además, la actividad cumplida por el instructor, se ha de advertir que no merece el reparo del demandante ni el de la Delegada:

Primeramente se ha de decir que no es cierto que se trate de un delito que exija la previa citación del imputado, antes de que se expida la orden de captura. A este tema parecerían referirse por igual los artículos 610 y 611 del Código Penal Militar, con una meramente aparente contradicción entre una y otra.

Así, por ejemplo, mientras que el artículo 611 dispone que habrá lugar a la previa citación para injurada respecto de los delitos que, como la deserción, conllevan penas de arresto, el artículo 610 ibídem autoriza al funcionario para que proceda facultativamente a disponer la captura para indagatoria, consultando en el inciso segundo la naturaleza de la infracción, ya que allí se advierte que la captura será facultativa

"...cuando se investiguen delitos que atenten contra el servicio, la disciplina, el honor ..." y ya se ha dicho que el de deserción corresponde a esa primera categoría, pues hace parte del capítulo III del Título Primero de la Parte Especial del Código Penal Militar que así lo enuncia en el epígrafe.

Por ello procede concluir que si a la luz del artículo 611, todos los delitos sancionados con arresto dan lugar a la previa citación para indagatoria, dejando la captura como alternativa supletoria, de ellos había quedado exceptuada la deserción, que por tratarse de infracción contra el servicio, dejaba al funcionario la potestad o facultad de citar o de una vez expedir la orden de captura.

Este entendimiento se corrobora dentro de la sistemática del Código Penal Militar y la naturaleza de las infracciones a las cuales se refiere, particularmente la deserción, pues como esa infracción se concibe en el artículo 115 ibídem, es comprensible que si el

infractor se ha reintegrado voluntariamente dentro del término de 8 días no será menester librarle orden de captura, bastando con citarle para oírle en descargos. Pero si su conducta renuente se prolonga exhibiendo una clara voluntad de eludir definitivamente el servicio o abandonarlo, lo improcedente sería extenderle una invitación a comparecer, siendo lo propio utilizar el medio de compareccencia coercitivo de la captura.

De este último hizo uso el funcionario en el presente asunto, luego de constatar que la ausencia del imputado se prolongaba varios meses, y ello nada tiene de reprochable en la actuación, cuando en tal sentido se autorizaba en el artículo 610 del Código Penal Militar.

3.3.Que el instructor no expidió materialmente la orden de captura ordenada en auto previo, es otra afirmación no menos inexacta, porque así se haya de reconocer que no aparece en copia aquella que previó librar a la SIJIN mediante providencia del 4 de julio de 1996, si obra en texto íntegro y con constancia de recibo la expedida al Comandante del Batallón "*Vergara y Velasco*" el día 9 de ese mismo mes, sin que sea cierto como lo dice el actor con el apoyo de la Delegada, que en ella no se anota la ciudad de residencia del desertor, pues es muy claro el contenido del oficio cuando precisa que el soldado "reside en Codazzi (Cesar)", de modo que no se ofrece duda ninguna que es de allí la dirección que a continuación se anota: "Calle 14 No.13A-74". Valga decir, exactamente la misma que aparecía como la de *Tobías Vidal Vargas* en el informe del primer folio del proceso, datos tomados de su hoja de servicios.

Y es más: ni siquiera corrió entre esta orden y la de emplazamiento el limitado lapso de dos (2) días que señalaba el artículo 694 del Código Penal Militar, porque el edicto vino a imponerse mediante auto de septiembre 13, constando en él su fijación por el término de ley, y evidenciándose conforme al expediente, que la incomparecencia del evadido había hecho imposible oírle en injurada.

Después de desfijado el edicto se le nombró y posesionó un defensor al procesado, y luego derivó la medida de aseguramiento, en la que se insistió en el cumplimiento de la captura, obrando en copia el oficio dirigido para el efecto a la SIJIN (folio 33).

Luego hasta aquí se pone en evidencia, que el instructor sí respetó las pautas que para la vinculación del procesado le había impuesto al funcionario el Código Penal Militar, lo que ninguna informalidad ostenta, como ninguna vulneración demuestra que haya modificado el rito o ignorado las garantías del procesado para comparecer y ponerse en ese asunto a derecho.

4. **En el cargo segundo de la demanda**, por la causal tercera de nulidad (artículo 464 C.P.M.), el casacionista invoca la violación del derecho de defensa garantizado en el artículo 29 de la Carta Política, y para esta clase de procesos reafirmado en el artículo 286 del Código Penal Militar.

La fundamentación, no obstante, se queda restringida a la sola afirmación de que el instructor no activó en su integridad "ningún medio para procurar la comparecencia del procesado", sumando a ello una referencia crítica a las razones del Tribunal Superior Militar al denegar la nulidad pedida bajo la misma censura, y añadiendo que la deducción de la responsabilidad penal del procesado fue meramente objetiva, con violación del artículo 5º del Código Penal Militar, la que se le dedujo del hecho de haber sido juzgado en contumacia, por lo que se reclama la protección para el soldado *Tobías Vidal Vargas*, por no habérsele dado la ocasión de intervenir en el proceso.

A tan exigua fundamentación apenas resta responder, como se ha visto, que no es exacta la afirmación primera, pues previo el emplazamiento el instructor sí libró la orden de captura, dejando transcurrir con amplitud el tiempo concedido para esperar resultados positivos. Solo ante la incomparecencia del soldado, se procedió a emplazarle, y aún después se insistió en su aprehensión, involucrando otras autoridades, sin que los resultados cambiaran de algún modo.

Desde este punto de vista la previsión legal se realizó tal como se hallaba descrita, y si lo que el censor reprocha, como así parece, es que se hubiese procedido con el emplazamiento sin esperar respuesta de las autoridades encargadas del aprehendimiento, bueno es recordar que tal requisito no lo ha previsto la ley en modo alguno, por cuanto el texto de la disposición 592 del Código Penal Militar es terminante:

"Si la comparecencia para rendir indagatoria se intenta mediante orden de captura, vencidos diez (10) días, contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión sin obtener respuesta, se procederá conforme al inciso anterior".

Para el caso presente bastaba entonces con esperar dos (2) días, superados con amplitud en tiempo, desde el recibo formal de la orden de captura, de cuya real entrega hay constancia en el plenario, sin que se impusiese esperar ni requerir respuesta, como erradamente lo entiende el impugnante, de donde no deriva aquel defecto que quiere atribuirle al funcionario.

Tiene razón si el demandante cuando afirma que la instrucción militar que reciben los soldados, y por la que se advierten sobre las consecuencias penales derivadas de las distintas conductas tipificadas en el Código Militar como delito, jamás podría suplir ni reemplazar los ritos que en el proceso imponen su previa y formal vinculación como sindicados, pues una cosa será su falta al servicio, y otra muy diferente la responsabilidad penal que por esa conducta corresponda.

Mas, lo que aquí ocurre es que a diferencia de esa confusión que el censor pretende, se ha demostrado que en el proceso penal jamás se identificó ni se pretendió suplir con la instrucción militar el trámite de vinculación formal del procesado, pues como ya se vio, el instructor obedeció los ritos que precedían al emplazamiento, y luego de cumplir con éste, aún prosiguió respetando los intereses del soldado *Tobías Vidal Vargas*.

Cosa distinta es que aquella información militar recibida por el uniformado contribuya para inferir que quien deserta, por hallarse debidamente ilustrado sobre las consecuencias de su acto, lo hace en principio a sabiendas y voluntariamente, hecho que en el caso juzgado lo reiteraron los compañeros de batallón del acusado señores *Luis Basilio Peñaloza y Belisario Cantillo Lozano*, aspecto que en igual sentido fue asumido en las instancias, y que concuerda con la regulación que entrañan los artículos 115 y siguientes del C. P. M., la cual otorga ventajas para el desertor que regresa voluntariamente a presentarse en un término no superior a ocho (8) días.

Solo que el tema de la culpabilidad que introduce ahora la demanda, no compagina dentro del cargo de nulidad que había formulado el casacionista, por referirse no a un error de actividad del juez sino a un error in iudicando propio de la causal primera, en cuyo caso la solución supone una validez de la actuación que con la nulidad se niega.

Los cargos, por lo anotado, no prosperan.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Carlos Augusto Galvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Montilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia [No firmo], *Juan M. Torres Fresneda.* .

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA - Límites / **ESTAFA** - Consumación

Es de advertir ante todo que en las decisiones que se profieran para resolver sobre la competencia de un asunto, resulta improcedente toda consideración sobre la atipicidad de la conducta o la responsabilidad del sindicado, pues esos temas se hallan reservados para el funcionario competente y el momento procesal oportuno para las decisiones de fondo.

El tema del conflicto se restringe a los factores que determinan el conocimiento del respectivo asunto como el lugar de ocurrencia, el ámbito funcional, la existencia de fuero, la conexidad o, la materia de que se trata, para cuyos efectos resulta impertinente discutir sobre la "buena fe" con que se haya obrado u otros conceptos análogos.

Procede recordar en relación con el delito de estafa, que éste se consuma con la obtención de un provecho ilícito en detrimento de otro y siendo ello así no solamente es dable afirmar por lo hasta aquí probado que tanto las posibles maniobras engañosas (suscripción de los contratos de promesa de compraventa y arrendamiento y luego la escritura de compraventa) tuvieron ocasión en la ciudad de Armenia sino que, se insiste, fue allí donde se percibió el precio, pues el hecho de haber sido pagada buena parte de esa suma mediante cheques así lo indica, sin que incida en contra de esta conclusión el que el Banco girado tenga su localización en Medellín, pues se trata de instrumentos negociables, idóneos para liberar obligaciones y aptos para ingresar incondicionalmente en el tráfico comercial.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal Santafé de Bogotá D. C., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente:Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No.143. Proceso No. 13863

Resuelve la Sala la colisión de competencia negativa surgida entre los juzgados 5° y 22 Penales del Circuito de Armenia y Medellín, respectivamente, dentro del sumario que se adelanta en contra de *Humberto de Jesus Paniagua Torres* por el delito de estafa.

ANTECEDENTES

1.- En la ciudad de Armenia, *Humberto De Jesús Paniagua Torres* prometió en venta a *Gloria Lucía Aixa Vélez, José Humberto Vélez González y Gabriel Jaime Gómez Vélez*, el local 101 de la carrera 14 N°. 27N-80 de dicha ciudad, según documento que obra a folios 117 y siguientes.

En cumplimiento de esta obligación, el 14 de noviembre, en la Notaría 2a. de la mencionada ciudad, se otorgó la correspondiente Escritura (fl. 6), y a raíz de ella los referidos compradores adelantaron algunos pagos (fls. 12 a 20), entregando al día inmediatamente siguiente la mayor parte del precio mediante cheques girados contra la ciudad de Medellín.

Como uno de los compradores, *Gabriel Jaime Gómez*, residía en Armenia, y además en dicha ciudad estaba registrado el inmueble, en esa ciudad firmaron éste y el vendedor *Paniagua Torres*, mientras que los demás compradores lo hicieron en Medellín.

Como posteriormente los compradores constataron que el local objeto del contrato se hallaba hipotecado a la Corporación "Ahorramás" desde noviembre 16 de 1.994 (fl. 34 vto.), mientras que en la Escritura se afirmaba que estaba libre de todo gravamen, el 24 de abril de 1.995 (fl. 1), se formuló en Medellín la respectiva denuncia.

Con base en ella, la Fiscalía 42 de Medellín, practicó algunas pruebas y remitió el asunto a la ciudad de Armenia, "puesto que fue en esa municipalidad donde se elevó a escritura pública el contrato" (fl. 44), así que recibido el asunto por la Fiscalía 4a. -Unidad de Patrimonio- de Armenia, allí se profirió resolución inhibitoria, argumentando que "en el presente caso no se realizó hecho punible alguno" (fl. 48).

El apoderado de los presuntos ofendidos solicitó que se abriera investigación, y como la Fiscalía en mención no aceptó dicha solicitud (fl. 64 y ss.), la providencia fue apelada y revocada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Armenia, la cual dispuso la apertura del sumario (fl.77).

Con base en ella se indagó al imputado y se practicaron otras pruebas, pero la Fiscalía se abstuvo de proferir medida asegurativa (fl. 181), providencia que apelada por el apoderado de la parte civil,

fue revocada y reemplazada por medida de aseguramiento de detención, por el delito de estafa (fl. 259).

Contra esta determinación el defensor del sindicado interpuso control de legalidad (fl.356), por lo que el cuaderno de copias pasó al Juzgado 5° Penal del Circuito de Armenia, que en auto de septiembre 15 último (fl. 364), resolvió remitirlo a Armenia, proponiéndole colisión negativa de competencia.

Consideró el Juzgado "irrelevante" que la Escritura se hubiese firmado en Armenia, y que según lo indicaba el proceso, las maniobras engañosas y la negociación hubieren tenido ocurrencia en la ciudad de Medellín, donde se entregó el dinero por la compra del local.

Por su parte, el Juzgado 22 Penal del Circuito de esta última ciudad, mediante auto de 5 de noviembre (fl. 389), discrepó de los criterios de su homólogo y remitió el proceso a la Corte.

Estima ese último despacho que en el caso que nos ocupa no hubo artificios, engaños notorios, o maquinaciones, para la negociación del bien inmueble trabado en el litigio" (fl. cit. infra), haciendo a continuación consideraciones de fondo sobre los hechos para afirmar como indiferente el sitio dónde se giren y cobren los cheques materia de la negociación, o el hecho de que la denuncia se haya formulado en Medellín.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Muy a pesar de que el presente conflicto se suscita en la etapa del sumario, no cabe duda que para su decisión le asiste competencia a esta Sala de la Corte, ya que la decisión a optar concierne al juez de conocimiento por referir al control de legalidad previsto en el artículo 414-A del Código de Procedimiento Penal, lo que implica la intervención de esta colegiatura en los términos que indica el artículo 68 numeral 5o. ibidem por cuanto el conflicto enfrenta a dos juzgados correspondientes a distintos distritos judiciales.

En tal sentido se pronunció la Corte mediante providencia de fecha septiembre 11 de 1997, dentro de la cual se agrega:

"Por otra parte, como el Control de Legalidad está orientado a que el funcionario revisor decida sobre las irregularidades y vicios del trámite y de la medida de aseguramiento proferida por el Fiscal, es decir, ejerza un control mediante el cual se garantice los derechos del procesado, para efectos de ese conocimiento es necesario tener en cuenta la competencia objetiva y territorial que vincula a la autoridad judicial a quien corresponde examinar el asunto de

acuerdo a la distribución de dicha competencia, pues se trata de una norma que atribuye en forma concreta a un funcionario (Juez de conocimiento) la obligación de proferir un determinado pronunciamiento dentro de la actuación judicial en una precisa etapa del proceso, claro está, siempre y cuando sea solicitado por alguno de los sujetos procesales relacionados en la norma que regula ese mecanismo de control"

2. Es de advertir ante todo que en las decisiones que se profieran para resolver sobre la competencia de un asunto, resulta improcedente toda consideración sobre la atipicidad de la conducta o la responsabilidad del sindicado, pues esos temas se hallan reservados para el funcionario competente y el momento procesal oportuno para las decisiones de fondo.

El tema del conflicto se restringe a los factores que determinan el conocimiento del respectivo asunto como el lugar de ocurrencia, el ámbito funcional, la existencia de fuero, la conexidad o, la materia de que se trata, para cuyos efectos resulta impertinente discutir sobre la "buena fe" con que se haya obrado u otros conceptos análogos, a los cuales, hace impropia referencia al Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín.

3.- Para el caso presente y según quedó expuesto la promesa de compraventa se realizó en Armenia. Allí se corrió la respectiva escritura, y también en esa ciudad se canceló el precio convenido, lo que inexorablemente conduce a sostener que en ese lugar ocurrió el hecho calalogado hasta ahora provisionalmente como estafa (Art. 356 C.P.), de modo que si en Medellín pudieron darse otros aspectos accidentales sobre dicho convenio, y contra un banco de esta última ciudad fueron girados algunos de los cheques correspondientes al precio, ello no elimina la esencia del comportamiento que tuvo como escenario la ciudad de Armenia.

Procede recordar en relación con el delito de estafa, que éste se consuma con la obtención de un provecho ilícito en detrimento de otro y siendo ello así no solamente es dable afirmar por lo hasta aquí probado que tanto las posibles maniobras engañosas (suscripción de los contratos de promesa de compraventa y arrendamiento y luego la escritura de compraventa) tuvieron ocasión en la ciudad de Armenia sino que, se insiste, fue allí donde se percibió el precio, pues el hecho de haber sido pagada buena parte de esa suma mediante cheques así lo indica, sin que incida en contra de esta conclusión el que el Banco girado tenga su localización en Medellín, pues se trata de instrumentos negociables, idóneos para liberar obligaciones y aptos para ingresar incondicionalmente en el tráfico comercial.

Pero aún admitiendo que alguna parte de la actividad perseguida pudo llevarse a cabo en la ciudad de Medellín (allí suscribieron algunos de los compradores; y allí tenía sede el banco girado) lo cierto es, que recurriendo a la figura de la competencia a prevención (artículo 80 del Código de Procedimiento Penal) también el conocimiento apunta a las autoridades judiciales de Armenia, pues no se trata siquiera del adelantamiento de varios sumarios, y si de que el único hasta aquí impulsado obedeció, es cierto, a una denuncia formulada en Medellín, pero que pronto pasó al conocimiento de la Fiscalía en Armenia, donde se inició la instrucción y se ha adelantado en todo lo demás, incluidas la vinculación del imputado y la definición de su situación jurídica por la Fiscalía de Armenia.

En síntesis todos los factores a consultar apuntan a señalar que es al señor Juez Quinto Penal del Circuito de Armenia a quien le corresponde pronunciarse sobre el control de legalidad que se impetra respecto de la medida de aseguramiento adoptada por la Fiscalía de esa ciudad y no a otro diferente.

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:

DIRIMIR el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados 5° Penal del Circuito de Armenia y 22 Penal del Circuito de Medellín, atribuyendo al primero de ellos el conocimiento de las presentes diligencias.

Remítase el expediente al adjudicatario y hágase saber al Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín lo que aquí se decide.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego (No firmo), *Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia , Juan M. Torres Fresneda. .*

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

PREVARICATO / PERJUICIOS

Siendo la administración pública el bién juridicamente protegido en el delito de prevaricato, no es difícil entender que ella se afecta por el desorden que causa la adopción de resoluciones o sentencias manifiestamente contrarias a la ley, tanto al incumplir el Estado los fines que con estos agentes le conciernen, como por otorgarle el derecho o la razón a quien no es su titular, en detrimento de quien resulta injustamente desfavorecido, y aún por generar en todos desconcierto y desconfianza, sin que por ello derive daño o perjuicio patrimonialmente resarcible.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá,D.C., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No.143 Proceso No. 12834

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor defensor de la acusada doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes*, en contra del fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que el 28 de noviembre de 1996 la condenó por el delito de prevaricato por acción, en su condición de titular del Juzgado 104 de Instrucción Criminal de esta ciudad, a las penas principales de 2 años de prisión e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, y al pago de los daños ocasionados con la infracción.

ANTECEDENTES

1.- Dio lugar al inicio de estas diligencias el aviso de infracción corrido primero por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y luego por una Sala Disciplinaria de la misma Corporación a la Unidad de Fiscales Delegados ante esa Colegiatura, para que conociera del comportamiento asumido por la entonces

Juez 104 de Instrucción Criminal con sede en esta ciudad capital, quien al resolver una acción de tutela interpuesta por el abogado Gustavo Perdomo Ceballos a nombre de la Sociedad Aerocafé S.A., dispuso de manera contraria a la ley, mediante fallo del 10 de marzo de 1992, la entrega de la aeronave HK 3492 de propiedad de la citada empresa, retenida por orden de las autoridades aduaneras bajo el cargo de contrabando.

La decisión de la Sala Penal se produjo al revocar el fallo de tutela, y la de la Sala Disciplinaria al correrle cargos a la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* en un proceso disciplinario, y una y otra ponían de presente que para otorgar el amparo, la funcionaria había incurrido entre otras anomalías en la inaplicación indebida del Decreto 306 de 1992 aduciendo la excepción de inconstitucionalidad, al desconocer que el accionante no había interpuesto los mecanismos ordinarios de defensa, contando además con otros de defensa judicial, al reconocer vulnerado un derecho de petición que no había sido ejercido, declarar vulnerado contra las evidencias el derecho al debido proceso, y por extensión el de propiedad que tampoco se había demostrado, proceder sin que mediase un acto arbitrario o injusto de las autoridades aduaneras e invadir la competencia de la jurisdicción aduanera.

2.- La Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca dispuso la práctica de diligencias preliminares, mas como en su curso estableció que ya de antes se había iniciado una investigación formal por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante auto de agosto 13 de 1992 avocó su conocimiento; unificó a los resultados hasta entonces obtenidos y reunió finalmente las actuaciones que por los delitos de prevaricato y cohecho seguía la indicada Unidad contra la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* —marzo 3 de 1993—, diligencias sobre la cuales se invalidó parcialmente lo actuado por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, como comisionado, luego de asumir funciones la Fiscalía, lo que dejó al margen una serie de pruebas recaudadas por este funcionario.

De allí en adelante fueron vinculados mediante injurada la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* y su secretario señor *Luis Eduardo Méndez*, cuya situación provisional se definió por auto de octubre 4 de 1993, decretando la detención preventiva de la primera con derecho a excarcelación, bajo el cargo de prevaricato, y excluyendo de gravamen al señor Méndez Bustos, medida impugnada en reposición y sostenida en auto del 28 del mismo

mes y año, que en su defecto concedió el recurso de alzada, el que no alcanzó éxito alguno ante el superior.

Luego de allegar otros medios probatorios y denegar en auto de septiembre 23 de 1994 algunos solicitados por la defensa, la instrucción se clausuró primero mediante providencia del 26 de enero siguiente que resultó revocada poco tiempo después, y posteriormente por auto de mayo 22 del mismo año que dio lugar a la valoración de fondo.

3. El 14 de agosto de 1995 profirió la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal la calificación del mérito sumarial, precluyendo la instrucción en favor de Luis Eduardo Méndez Bustos y radicando en juicio a la sindicada doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* bajo el cargo de prevaricato por acción, acogiendo con dicha decisión el pedimento del Ministerio Público.

La decisión acusatoria parte de una escueta relación de las pruebas allegadas sobre las cuales afirma la conclusión de que la sindicada resolvió la acción de tutela interpuesta por Acrocafé S.A., obrando "de modo amañado", pues además de declarar infundadamente una excepción de inconstitucionalidad para dejar de aplicar el Decreto reglamentario de la acción de Tutela, se excedió en sus facultades haciendo entrega de un bien que no se hallaba debidamente identificado, reconoció el amparo pese a que el accionante contaba con otras vías de defensa judicial, y lo hizo sobre el supuesto de que se estaba ante un perjuicio irremediable, cuando lo cierto es que la retención de la aeronave no provenía de un acto arbitrario, restándole valor a la información que le suministraron las personas a quienes la misma funcionaria había recurrido en solicitud de asesoría.

Para la Fiscalía la excusa dada por la funcionaria no era de recibo, pues su afirmación de haber constatado el ingreso legítimo de la aeronave al país se oponía a las pruebas que se le habían allegado y que informaban acerca de los posibles nexos de esta y otras aeronaves con el narcotráfico, lo mismo que de la insuficiente identificación del aparato retenido, contradicciones con la evidencia procesal que solo conducían a inferir el malicioso proceder de la implicada al decidir el caso, pese a su larga experiencia y trayectoria. La decisión fue contraria a las evidencias procesales con las que se contaba, logradas mediante pericia, inspección e información documental y testimonial, resultados de los cuales se apartó.

El Fallo Recurrido

En firme la resolución acusatoria las diligencias pasaron a conocimiento de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de

Bogotá bajo cuya dirección avanzó el enjuiciamiento, dentro del cual se rechazó la constitución de parte civil que intentara el Consejo Superior de la Judicatura en representación de la Nación, profiriendo, al término de la diligencia de audiencia, el fallo condenatorio reseñado.

Los fundamentos de dicha providencia desentrañan en su integridad la prueba recaudada, de la cual surge, en su sentir, no solamente la vinculación oficial de la acusada como Juez 104 de Instrucción Criminal para la fecha en que adoptó la decisión de amparo, sino además, la ilegalidad manifiesta del fallo de tutela proferido por la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* el 10 de marzo de 1992, por decretar, contra toda evidencia, la entrega provisional de la aeronave que por esa vía reclamaba la empresa Aerocafé, contra la actuación cumplida entonces por la Administración de Aduanas. En tal sentido y de modo pormenorizado precisa el Tribunal la evidencia que le impedía a la acusada tener por violado algún derecho fundamental en detrimento de la empresa accionante, pues la actividad administrativa se hallaba apoyada en suficientes medios demostrativos sobre la falta de identificación legítima de la aeronave, y de contera hacían operante su retención por parte de las autoridades aduaneras con miras a definir su legítimo ingreso al país.

Hace también, la providencia, un análisis de las explicaciones rendidas por la servidora pública, y de las intervenciones de las partes en la audiencia, para de ese análisis conjunto concluir en la demostración de los elementos externos del delito de prevaricato por acción, destacando con base en ellas que la acusada dejó de tomar en cuenta los elementos de juicio contradictorios que le impedían resolver como al final lo hizo, lo que ostenta un proceder caprichoso encaminado a "atender únicamente a lo que convenía a los intereses del reclamante de tutela", colocando la acción al servicio de los intereses particulares, a fin de sustraer la nave de la legítima acción estatal en que se la comprometía.

Tampoco dejó de analizar la Sala las amenazas que dijo la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* haber sufrido, aparentemente de personas vinculadas con la DEA, quienes después de ofrecerle dinero recurrieron a intimidarla telefónicamente si ordenaba la entrega de la aeronave, lo que llevó a otorgarle a la funcionaria respaldo gremial para su salida del país, pues a juicio de esa instancia, aún admitiendo su genuinidad, dichas amenazas solo parecen utilizadas para ostentar un aparente valor civil, cuando lo cierto es que no inhibieron su actuar doloso, intencionalidad que el Tribunal infiere en cuanto la funcionaria "demostró sesgo

en su ánimo hacia la solución que reclamaba "Aerocafé S.A.", desdeñando la información que se ofreció a su inteligencia sobre la situación jurídica un tanto turbia de la avioneta..."

Para tasar la pena, la Sala de Decisión consideró aplicable el numeral 1º del artículo 66 del Código Penal, por la premeditación del delito, lo que llevó a la aplicación del doble del mínimo legalmente previsto, advirtiendo que la condenación al pago de perjuicios se hacía en abstracto, por no ser descartable que se hubiesen producido, y que el reconocimiento de la condena de ejecución condicional quedaba desechado porque la forma particular de proceder de la doctora CARVAJAL, notoriamente contraria a la prueba recaudada, hacía indicativa la procedencia del tratamiento penitenciario, estimación que condujo a prever la revocatoria de la excarcelación que le había sido concedida.

MOTIVOS DEL APELANTE

El señor defensor de la acusada recurrió en tiempo el fallo de condena oponiéndose a casi todas las determinaciones que en el mismo se contemplan.

Primeramente objeta que no hay certeza sobre el hecho punible, estando ausente el dolo, para lo cual recuerda que el fallo de condena exige certeza tanto de la infracción como de la intención de cometerla, haciendo énfasis en la inexistencia del prevaricato en tanto no se pruebe esa forma de culpabilidad, que por no ser presumible, debe llevar a colegir como probable que la sentencia condenatoria fue equivocada.

Trayendo a cita pronunciamientos de esta Sala de Casación con ponencia de los Magistrados doctores Duque Ruíz y Gómez Velásquez, plantea una revaloración de las pruebas en la que se reconozca que la acusada se dirigió al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil para interrogar cuál era la máxima autoridad en materia de identificación de aeronaves, y como allí se le indicó que era precisamente esa entidad, a ella solicitó la designación de un perito. Tal la razón para que la ex-funcionaria se hubiese atenido a lo afirmado por ese experto, con mayor razón si encontró que lo dicho por él se acomodaba a la ciencia, la lógica y la técnica, siendo aquel experto, señor Valderrama Acero, quien prefirió como medio de identificación la plaqueta que ostentaba la aeronave sin señales de haber sido removida, frente a unas marcas de tinta fácilmente removibles.

También hacía parte del expediente, dentro de la diligencia de inspección, la constancia sobre el ingreso legítimo de la avioneta al país, en cuanto éste se había cumplido bajo el amparo de un

manifiesto de aduanas y otros documentos en regla, de modo que es el Tribunal el que se equivoca al advertir que los documentos ofrecían una situación jurídica "un tanto turbia de la avioneta", y pese a ello entrar a condenar a la acusada.

Tampoco acepta el defensor la afirmación del juzgador cuando sostiene que la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* se "encaprichó" en considerar solo lo favorable al tutelante, pues a su juicio no existe en el proceso medio probatorio que permita así inferirlo, lo que le lleva a entender que el Tribunal confundió capricho con criterio, pues basta con mirar el esfuerzo cumplido en el campo probatorio por la Juez 104 de Instrucción, para entender que lo que buscó la funcionaria fue forjarse un criterio.

Considera además que si la sentencia no ve claros los motivos de la acusada para entender la actuación de la DEA, ello confirma la falta de certeza sobre el hecho punible y la responsabilidad, añadiendo que la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* bien sabía que su providencia tendría revisión en segunda instancia, además de que la entrega que autorizó era apenas provisional, de modo que si el depósito condicionado se convirtió en ineficaz, ello escapaba al control de la funcionaria.

La alegación remata este aspecto reafirmando que las amenazas sufridas por la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* fueron reales según las voces de sus compañeras de trabajo, y no imaginarias ni constitutivas de una "cortina de humo" según las denomina el Tribunal, y que la novedad de la tutela en los días del pronunciamiento reprochado, daba margen para que se hiciese de ella una interpretación de la amplitud que le dio la implicada, sin que con ello se pueda inferir la configuración de un prevaricato.

El segundo aspecto de la alegación defensiva apunta a cuestionar los agravantes deducidos por el Tribunal para la tasación de la pena, pues a juicio del apelante, el del numeral 11 del artículo 66 del Código Penal va implícito en la descripción del artículo 149 del Código Penal, y el del numeral 1o. ibídem, no encuentra asidero probatorio. En su lugar le pide a la Corte que en el evento de confirmar el fallo de condena, sean mas bien consideradas circunstancias atenuantes debidamente probadas como la buena conducta anterior de la funcionaria, la novedad de la tutela en la época del fallo y la entrega meramente provisional del bien motivo del conflicto, lo mismo que el comportamiento altanero del señor *Miguel Angel Duarte*, como razón que le daba fundamento a la orden de expedición de copias en su contra.

Un tercer tema afronta la defensa en el memorial impugnatorio con fundamento en el silencio del Tribunal respecto del daño

causado con la conducta que se imputa, pues considera el apelante que ante la ausencia de daño no puede darse tipicidad en la conducta, y ello se ratifica en su criterio al fracasar en su intento por constituirse en parte civil el Consejo Superior de la Judicatura, imposibilitado para probar la ocurrencia del perjuicio que pretendía reparable. Ausente el daño, concluye, se carece de uno de los elementos que configuran el hecho típico.

Por las mismas razones se solicita que la Corte revoque la sentencia en cuanto a la condena en abstracto de los daños y perjuicios "puesto que éstos no fueron materializados en el proceso".

El último aspecto de la alzada concreta una réplica a la negativa de la condena de ejecución condicional, teniendo en cuenta que la pena no excede el límite legal que la hace improcedente, que ante el derecho vigente no opera el derecho penal de autor sino de acto, siendo errada la estimación del Tribunal al pretender negar el subrogado con referencia al cargo ocupado por la procesada, mucho menos si ya ha sido desvinculada definitivamente del mismo, lo que la inhibiría de repetir actos de la naturaleza del juzgado. Los antecedentes de la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Perdes* como funcionaria fueron siempre los mejores. Jamás en el proceso dio base para que se le revocara su excarcelación. La procesada es mujer cabeza de familia y madre de una adolescente por la que debe responder, y su preparación en la academia no deja entrever su orientación para la delincuencia.

La alegación termina con otras reflexiones atinentes a la inoperancia de un tratamiento penitenciario en el caso de la acusada, a quien ningún beneficio de resocialización se le haría al separarla de su hija, como inocuo sería ponerla de ejemplo ante la comunidad judicial a la espera de que con su encarcelación, otros jueces no se equivoquen, motivos todos con los que se insiste en la revocación de la condena.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Pese a que el apelante propone la atipicidad de la conducta atribuída a la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Perdes*, es evidente que en ningún momento dentro de su alegación objeta ni la calidad de la aforada como titular del Juzgado 104 de Instrucción Criminal para la época de los hechos, ni su intervención en la expedición del pronunciamiento calificado en autos de prevaricador. Tampoco discute que los hechos derivan de la acción de tutela promovida por el abogado Gustavo Perdomo a nombre de Aerocafé S.A., ni el contenido del fallo expedido en ese asunto por su representada el 10 de marzo de 1992, y menos la presencia de las

pruebas que dentro de dicho expediente se habían acopiado al momento de resolver, siendo todos estos, hechos debidamente demostrados dentro del plenario, y sustento del fallo recurrido.

Ahora bien, como el primer esfuerzo del impugnante se aplica a resaltar las pruebas que le sirvieron de base a la decisión tomada por la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* a ese respecto tendrá que contestar la Sala que a diferencia de ese interesado enfoque del asunto, resulta imprescindible aludir no a uno solo o algunos de los elementos aportados, sino a la integridad de los medios válidos de información con que contaba la acusada al proferir el fallo de tutela, prescindiendo, eso sí, de la estimación de aspectos apenas conocidos con ulterioridad al pronuncia- miento debatido, los que tan solo podrían tener un valor marginal y encaminado a corroborar que la actuación de las autoridades aduaneras se hallaba a plenitud justificada.

En este orden de ideas debe admitirse con el apelante que en el expediente a cargo de la acusada se habían allegado para el momento de su pronunciamiento de fondo algunos elementos de juicio que permitían tener incipientemente la aeronave "Commander" HK-3492 tipo 695 (980) como la identificada de fábrica con el número 95072, que legalmente había ingresado al país por las aduanas desde el año de 1989, pues esa era la afirmación del accionante, y ella coincidía con la documentación de soporte que el mismo doctor Ceballos Perdomo había acompañado a su solicitud.

Es más: tampoco se ha desconocido en el fallo de instancia, que en la diligencia de inspección llevada a cabo por la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* se había practicado una pericia por parte del Jefe de Inspección Técnica de la División de Control de la Aeronáutica Civil, quien conceptuó que la plaqueta hallada en el costado izquierdo de la cola de la nave con las cifras 95072 presentaba características de autenticidad, sin señales de haber sido removida ni regrabada.

Sin embargo, y como queda claro que así lo entendía la funcionaria, esta información y su corroboración no era suficiente para resolver la aludida acción de tutela, y mucho menos para hacerlo de modo favorable al actor, pues el amparo no consistía en sustituir a las autoridades aduaneras, como tampoco en acceder simplemente a lo pedido, ya que el objeto de la acción constitucional radica en brindarle a toda persona la protección inmediata de sus derechos fundamentales "... cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública...", y ello implicaba comprobar dicho agravio, lo mismo que

su relación con el acto arbitrario o de abuso del funcionario accionado.

Por ello la actividad de la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* prosiguió indagando los antecedentes mediatos e inmediatos sobre la situación de la aeronave y su historial ante las autoridades que ya en ocasiones anteriores la había involucrado en investigaciones penales por narcotráfico y contrabando. Solo que que el resultado de ese esfuerzo, y en lo que se refería al tema más relevante de la retención que para ese momento sufría la referida avioneta, la Doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* tuvo a la vista el informe rendido el 27 de diciembre de 1991 por un Oficial de la Policía Nacional y un funcionario de la Subdirección de Investigaciones Aduaneras donde afirmaban, refiriéndose a la nave "Comander" reclamada por Acrocafé, que sus plaquetas de identificación de los compartimentos izquierdo y derecho del tren de aterrizaje habían sido removidas, y que en la tapa superior de fuselaje aparecía como número original de fábrica el 95012, por lo que los investigadores concluían que siendo esta última la verdadera identificación del bién, debía tenérsele como ilegalmente ingresado al país.

La misma información había sido consignada como motivo de retención de la aeronave en acta del 19 de diciembre de 1991: "la serie registrada en la plaqueta c identificación del avión no coincide con la identificación de la casa fabricante".

De otra parte y para demostrar que la empresa afectada no se hallaba marginada de la averiguación administrativa, y que la autoridad pesquisidora estaba atendiendo sus solicitudes, se ha de resaltar que la juez acusada tuvo ocasión de revisar dentro de los documentos relacionados con la aprehensión un auto del 24 de enero de 1992, en el que un Abogado de la División Legal de la Administración de Aduanas de Bogotá disponía tener como pruebas los documentos allegados por el representante de Acrocafé S.A., ordenando en la misma providencia que se allegaran otros elementos probatorios, lo que ponía sobre aviso que ni la actuación de las autoridades aduaneras tenía un inicio gratuito o arbitrario, y que los trámites venían en curso y encaminados a la adopción de una decisión administrativa.

Bajo estas circunstancias la Juez 104 de Instrucción Criminal prosiguió con la inspección de la aeronave, constatando que en la sección central del fuselaje, sobre una viga y sobre las láminas laterales de la ventanilla de inspección aparecía el número 95012 con tinta de marcador negro, sobre la cual expresó el perito que se trataba de marcas de fácil borrado y aparentemente frescas.

En el mismo acto se escuchó el testimonio de uno de los funcionarios de aduanas encargados de la retención de la aeronave, señor *Miguel Angel Duarte*, quien bajo la gravedad del juramento explicó los diversos procedimientos de la casa fabricante de la aeronave, avalando el sistema de marcación con tinta y añadiendo que ese número era el que debía coincidir en la plaqueta ubicada en la parte posterior del fuselaje. Por ello explicó que si bien es cierto en la plaqueta hallada aparecía el número 91072, aparentemente coincidente con la matrícula, en otro lugar, no removible, se habían descubierto los dígitos 91012, que eran los originales de fábrica, lo que suscitó la intervención de la aduana en la retención de la nave.

La información de este declarante tampoco resultaba insular dentro de lo recaudado, pues la versión de quien atendió la inspección del Hangar Colombia Limitada, visitado también por la funcionaria, ratificaba la imposición de fábrica del número de matrícula de las aeronaves en diferentes piezas y partes del fuselaje, lo que allí tiene una explicación bastante lógica, pues tal costumbre se orientaba a facilitar la identificación de piezas en el momento de desmontar y rearmar el aparato con motivo del mantenimiento periódico al que técnicamente debe someterse.

La diligencia de inspección sobre la avioneta y el testimonio del empleado que acompañó a la juez en su realización ilustran que con el declarante Duarte se produjo un incidente que ocasionó un inocultable disgusto de la funcionaria, quien a partir de allí empezó a sentirse amenazada y hasta ordenó investigar disciplinariamente al deponente, pues luego de discrepar con el perito de la Aeronáutica, Duarte Pérez tomó algunas fotografías de los asistentes, por lo que la funcionaria le requirió la entrega de la película, lo que el funcionario obedeció pero después de velarla.

La información recibida por la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* no quedó allí. El abogado sustanciador de la Aduana Nacional doctor Diego Rengifo García enteró a la funcionaria en la misma diligencia, con exhibición de documentos, que la retención obedecía a informes provenientes de autoridades competentes, asertivos de que la avioneta de matrícula original 95072 había sido aprehendida y permanecía en la República de México, de modo que la actividad administrativa de las autoridades aduaneras se hallaba en curso y activa, como se acreditó con el allegamiento en copia del auto de marzo 2 de 1992, encaminado a la obtención de información adicional, por medio de la cual se intentaba definir de manera satisfactoria y definitiva la verdadera identidad de la nave incautada.

Antes, también, del pronunciamiento del fallo de tutela, fue allegado al expediente copia de un oficio librado por un agregado

de la Embajada de los Estados Unidos a la Dirección General de Aduanas en el que hacía saber que una compañía de su país había realizado alteraciones sobre la nave "Commander" 95012 para luego exportarla ilegalmente a Colombia, ya que jamás se solicitó la documentación que permitiría su nacionalización, y copia de una comunicación de la empresa constructora de los "Aerocommander" en que se enteraba a las autoridades aduaneras sobre los diferentes lugares de localización de fábrica, de los números de identificación de cada aparato.

Es más: la Dirección General de Aduanas intervino como entidad accionada, y en esa condición le solicitó al Juzgado que denegara la acción interpuesta, haciéndole manifiesta su improcedencia y ofreciéndole dos copias de providencias expedidas por los Tribunales de Santafé de Bogotá y de Cundinamarca en que se había denegado ya la pretensión de entrega de aeronaves retenidas por causa de ilícito ingreso al país.

Previo conocimiento de todos estos antecedentes, la funcionaria acusada resolvió en su fallo del 10 de marzo de 1992 tutelar al accionante los derechos fundamentales previstos en los artículos 23, 29 y 58 de la Carta Política, ordenando como consecuencia a la Administración de Aduana Interior de Bogotá que en 24 horas procediera a entregar provisionalmente y "hasta tanto la autoridad administrativa decida de fondo la petición del propietario", la aeronave reclamada por la empresa accionante, adicionando copias para investigar disciplinariamente a Miguel Duarte. El fallo merece destacar lo que sigue:

a.- Pese a la minuciosa relación de pruebas recaudadas que se resumen en 22 apartes, la decisión toma cuidado de no referirse a las piezas más relevantes que obstruirían la adopción de la decisión en el sentido en que se produjo, o a apartes comprometedores de algunos medios enlistados, como sucede principalmente con la omisión de la comunicación remitida por el agregado de la Embajada de los Estados Unidos quien informó sobre la compra y modificaciones hechas en ese país a la aeronave Commander de serie 95012, de la cual el adquirente no solicitó los documentos que hubieran permitido su legal nacionalización en Colombia; y con la información del testigo que atendió la diligencia en el Hangar 1 Colombia, quien confirmaba el uso de las anotaciones de la serie en tinta sobre múltiples piezas de armada de las naves.

b.- La funcionaria acusada inaplicó por inexequible el Decreto 306 de 1992, cuyo obedecimiento hubiera impedido proceder contra la actuación administrativa y decretar la entrega de la aeronave, con el solo argumento de que el Presidente carecía de facultad

reglamentaria respecto de un decreto reglamentario o estatutario como era el 2591 de 1991.

c. La providencia dice amparar el derecho de petición, pero en ningún momento conmina a la Aduana para que suministre alguna respuesta o falle el asunto en un tiempo abreviado. Es más: ni siquiera precisa cuál es en concreto la solicitud no resuelta, siendo establecido que la administración había decretado pruebas pedidas por los propietarios de la nave. Solo afirma que las peticiones respetuosas no habían sido despachadas en el tiempo legal, pero tampoco coteja el trámite especial previsto para el caso con el tiempo transcurrido.

d. Al referirse al debido proceso sostiene que el interesado tuvo que aportar dos veces la documentación sobre dominio, pues la primera se extravió inexplicablemente; que solo un mes después de retenido el avión, la Aduana avocó el conocimiento del asunto; que se violó el artículo 8o. del Decreto 1750 de 1991 porque todavía no se había decretado el decomiso; que no había pronunciamiento sobre prescripción dado que el avión había ingresado al país en marzo de 1989, y que la aprehensión se cumplió violando los principios de publicidad y controversia.

Sin embargo, frente a esta crítica se observa que al momento del pronunciamiento cualquier inquietud surgida por el extravío de documentos se había superado con la segunda entrega. La demora había cesado con la actuación en curso. El ente administrativo no había podido adoptar una decisión definitiva por estar pendiente de respuesta una solicitud de pruebas a la República de México encaminada a dirimir definitivamente la identificación de la nave allí decomisada, y en cuanto al término de prescripción, debía tenerse en cuenta que la nave decomisada no era la matriculada. Por último, la afirmación relativa al desconocimiento de los principios de publicidad y controversia no se acompañó de las explicaciones pertinentes, mientras que en contrario se acredita que a la entidad afectada sí se le estaba escuchando y recibiendo la documentación que aportaba.

e. La acusada despachó la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando el actor no la había propuesto de esa manera.

f. Los reclamantes tenían acciones judiciales ante lo contencioso administrativo para impugnar los actos proferidos por la Administración de Aduanas, y

g. La acusada asumió la competencia de los funcionarios aduaneros al impartir una orden de entrega que solo a ellos concernía,

pero además, lo hizo sin haberse demostrado una verdadera violación de derecho fundamental alguno, pues la actuación administrativa obedecía a una competencia expresa de aquella entidad, y a la existencia de unos informes de autoridades nacionales y extranjeras que ponían sobre aviso de la posible suplantación de la verdadera nave matriculada como HK-3492 serie 95072, por la de serie 95012, no ingresada legalmente al país.

Dadas las anteriores circunstancias, la decisión de tutela adoptada por la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* merece, en realidad, conforme lo entendieron en su momento la Fiscalía y el Tribunal de instancia, el calificativo de torcida, ilegal o prevaricadora, en la medida en que amparó unos derechos que no aparecían conculcados, desconoció demostraciones que clara y seriamente advertían sobre la suplantación de una nave legítimamente ingresada al país por otra que se introdujo ilícitamente, y aún condujo a la adopción de una medida que ni siquiera correspondía a la órbita de la competencia funcional de la acusada, pues a lo sumo podía impartirle la orden de actuar o de abstenerse de hacerlo, a la autoridad transgresora de los derechos fundamentales del accionante, mas no suplirla en la toma de las decisiones que le correspondían, y mucho menos alterando el procedimiento correspondiente.

Desde este punto de vista, y para contestar las inquietudes de la defensa en el ámbito de la adecuación típica, puede admitirse que si la conducta de la funcionaria se hubiese limitado a desconocer el Decreto 306 de 1992, reglamentario de la acción de tutela, al menos en principio podría aceptarse la inocuidad de la conducta de la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes*, si es lo cierto que tal decreto suscitó al principio múltiples inquietudes, partiendo de su enunciado como reglamentario de otro (el 2591 de 1991) que así mismo se presenta como reglamentario de la acción de tutela, confusión que con mayor razón podría acogerse tomando en cuenta los entonces recientes y esenciales cambios normativos derivados de la nueva Carta Constitucional.

Solo que la conducta de la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* fué mucho más allá de la simple orden de entrega de un bien que por ministerio de la ley no le correspondía restituir provisional ni definitivamente, pues para disponerla actuó notoriamente en contra de las probanzas que había llevado al expediente y que mostraban cómo la retención cumplida por las autoridades aduaneras no era producto de un acto arbitrario o injusto, sino de informaciones serias, graves, plurales y motivadas que fácilmente advertían la posibilidad de que la aeronave retenida

hubiese ingresado ilegalmente al país con sus signos de identificación adulterados y suplantando la matriculada HK-3492.

2. Que la acusada no actuó de manera dolosa es otra proposición de la defensa que como la anterior tampoco coincide con las pruebas, pues no se trata aquí como enfáticamente se sugiere, de interpretar un novedoso y complejo instituto que como la tutela estaba apenas iniciando su operancia dentro de la legislación interna.

Muy por encima de una posible interpretación errada, está de bulto, por vía de ejemplo, la manipulación de pruebas, la que afectó no solo el menosprecio por los informes conjuntos de policía y aduanas sobre los rasgos de identificación indicativos del cambio de la aeronave, sino también esa manera sesgada como se asumió la versión del investigador-declarante señor Duarte, pero ante todo el velado interés por excluir sin referencia siquiera, medios como la inspección cumplida en el Hangar 1 Colombia donde se confirmaba que la impresión en tinta en distintas piezas de las aeronaves, de su número de serie, si era costumbre de las fábricas constructoras para facilitar las tareas de mantenimiento, pero ante todo la absoluta forma de eludir la información precisa, concreta y contundente suministrada por el agente de la embajada de los Estados Unidos, quien refirió pormenores sobre la adquisición y salida de aquel país de la aeronave de serie 95012, lo que le daba plena validez al procedimiento de las autoridades aduaneras al retener para identificar debidamente el HK-3492.

Este acomodaticio manejo de la prueba solo autoriza interpretar, frente a la preparación y experiencia de la funcionaria, su malicioso interés por resolver de una manera contraria a la ley, concediéndole el derecho y la razón a quien no lo tenía, mientras privaba a las autoridades aduaneras de la posibilidad de una actuación legal y de indiscutible interés nacional.

Es más: si el interés de la acusada hubiese sido el de acertar, frente a un tema difícil o un asunto novedoso, tampoco es entendible el menosprecio que muestra hacia la información que le suministraba la representante de la Aduana, quien le entregó a tiempo copia de dos decisiones adoptadas sobre el mismo tema y en sentido opuesto a aquel que resolvió la Doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes*, quien para nada se refirió a aquel criterio.

Cierto que la acusada adujo en la providencia, primero, y luego en su injurada, que se había atenido al dictamen rendido por el perito de la Aeronáutica, para el cual la aeronave quedaba identificada como la documentación de Aerocafé lo indicaba. Pero la verdad es que más allá del contenido formal de esa experticia,

mediaban contundentes pruebas que la demeritaban, una de ellas, precisamente, la información del funcionario norteamericano, porque si a su decir, se había acomodado la avioneta por personal experto en su país, podía esperarse que ese trabajo diera los resultados en apariencia dictaminados por el experto, lo que obligaba poner todo el cuidado en el examen conjunto de la prueba, aún quisiera admitirse la validéz de una decisión que, se insiste, no le corespondía al ámbito de las del funcionario de tutela.

Tan malicioso manejo de pruebas y argumentos, solo confirma, se insiste, una conciencia de actuar contrariamente a derecho, y una voluntad encaminada a transgredir la ley dolosamente.

Siendo ello así, ninguna trascendencia puede otorgarse a las amenazas que algún desconocido le pudo hacer a la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Perdes*, y a las que la defensa da connotación de prueba de entereza y buena fe de su representada. Aún admitiendo por ciertas esas llamadas amenazantes, la verdad es que no podían repercutir sobre la responsabilidad penal de la enjuiciada, porque su orientación era inclinarla a la no entrega de la nave que era la decisión correcta, mientras que el fallo se produjo en contrario, y ello jamás podía constituir un mecanismo coactivo que hubiese doblegado su voluntad para hacerla actuar de manera contraria a derecho.

Lo que aquí se prueba es la impermeabilidad de la funcionaria a esas presiones, con lo que denota un proceder libre y voluntario.

Cosa distinta es que de la actitud del testigo señor Miguel Angel Duarte hubiese surgido en la acusada una reacción desmedida que autoriza a pensar fuera la verdadera causa de su decisión opuesta, pues de lo que consigna el acta respectiva, y lo que añaden el declarante señor Duarte y el empleado que acompañaba a la juez en la diligencia, viene a mostrarse es una desmedida susceptibilidad de la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Perdes*, quien no ocultó su gran molestia ante la réplica del testigo a las conclusiones del perito, al hecho de concurrir armado a la diligencia y dedicarse a la toma de fotografías que se resiste a entregar, hechos que no parecen suficientes para hacer temer a la funcionaria por su vida, como lo dijo, llevándola a solicitar el respaldo de la policía judicial, y luego a ordenar copias para investigar disciplinariamente al investigador aduanero.

3. Como la alegación de la defensa añade que el juzgador no analizó la dañosidad de la conducta, y que hasta tal extremo ella era inexistente, que ni siquiera se hizo posible constituir parte civil al no acreditarse el daño irrogado, es necesario responder que tal proposición resulta inconsistente e inexacta, por confundir el bien

jurídicamente protegido, con la derivación de daños patrimonialmente resarcibles.

En efecto, siendo la administración pública el bién jurídicamente protegido en el delito de prevaricato, no es difícil entender que ella se afecta por el desorden que causa la adopción de resoluciones o sentencias manifiestamente contrarias a la ley, tanto al incumplir el Estado los fines que con estos agentes le conciernen, como por otorgarle el derecho o la razón a quien no es su titular, en detrimento de quien resulta injustamente desfavorecido, y aún por generar en todos desconcierto y desconfianza, sin que por ello derive daño o perjuicio patrimonialmente resarcible.

La oposición entre el derecho que se debía declarar, y aquel que reconoce el fallo de la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* es evidente, y ello por sí abunda para tener por lesionado el interés de la administración, y por lo mismo probada la antijuridicidad de la conducta de la ex-juez, sin que ello guarde relación alguna con el hecho de que se hubiese intentado o no resarcimiento, ni mucho menos con que quien intentó la constitución en parte civil hubiera formulado o no una demanda en forma, lo que priva de toda trascendencia la réplica del recurrente.

No erró, entonces, el Tribunal, al predicar la certeza del hecho punible y la responsabilidad de la acusada, en términos que conducirán indefectiblemente a la confirmación del fallo de condena.

4. Alternativamente pide el apelante, que disminuya la Corte la tasación de pena, porque en su sentir no procedía ninguna de las causales de agravación impuestas.

Discrepando de nuevo de esa postura defensiva, halla la Sala que la doble invocación del Tribunal a las causales 1 y 11 del artículo 66 del Código Penal resulta acertada, la primera, considerando que la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* mostró especial desprecio frente a las funciones de las autoriades aduaneras y al interés que colocó esa entidad en proteger la función legal que le correspondía, como que poco y nada se refirió a sus alegaciones y a sus deberes legalmente asignados, mientras que el numeral 11 resulta pertinente, pues no es igual la falta que puede cometer cualquier funcinario con la que puede ejecutar el juez, dada la relevancia de la función estatal que a éste le concierne, con mayor razón si no se trata de una infracción leve o culposa, sino de la desnaturalización intencional de un acto jurisdiccional, del que se espera todo el cuidado y responsabilidad posibles.

Debe tomarse en cuenta, por lo demás, que el incremento estuvo dentro de muy pausada moderación, si se compara la pena impuesta

de los dos (2) años de prisión, frente del máximo que se posibilitaba imponer (cinco años), en relación con las normas para la fecha de los hechos aplicables. Ello indica que se acudió a una tasación ponderada y equitativa, que no merece sufrir alteración alguna.

5. El fallo del Tribunal deniega la condena de ejecución condicional a la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes*, sobre una consideración particular hacia la gravedad del hecho cometido, lo que efectivamente guarda relación con el artículo 68 del Código Penal.

Para oponerse, el apelante dice que no se tuvo en cuenta el comportamiento anterior de la acusada, tampoco su condición de madre y cabeza de familia, ni la inoperancia de un tratamiento penitenciario con relación a quien ostenta una preparación y una experiencia que la colocan muy por encima de lo que pudiera brindarle para su resocialización una reclusión penitenciaria.

Pero tampoco en este aspecto puede coincidir la Sala, pues de una parte obliga recordar que los fines de la pena no se restringen a la función resocializadora, así que es válido considerar aquellas otras contempladas en el artículo 12 del Código Penal, lo que hace relevante la estimación de la especial malicia de la acusada en la comisión del hecho, al tiempo con el abuso de las funciones dadas por el Estado y desviadas para alcanzar fines protervos, lo que por indicar la procedencia del tratamiento penitenciario, orienta a ratificar la decisión recurrida.

6. Razón le asiste si al recurrente cuando critica la decisión del Tribunal de condenar en abstracto al pago de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, pues la razón que se lee en la sentencia para obrar en tal sentido se muestra completamente contradictoria e inconsistente.

Decir como allí se anota que "Se condenará en abstracto a la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes*al pago de daños y perjuicios ya que, si bien no se determinó dentro de este proceso la causación de alguno, no puede descartarse por completo que se hayan producido", es admitir que este aspecto no se acreditó en el plenario, y siendo ello así, lo pertinente no es presumir que pudo haber perjuicios resarcibles, sino abstenerse de condenar a su resarcimiento.

No se olvide que por mandato expreso de la ley obliga al juez hacer esa condena en concreto, pero a condición de que se haya demostrado el daño, se ubique un beneficiario y exista relación de causa a efecto que ligue la conducta del acusado con ese daño resarcible. Si, como se aduce, tales perjuicios no fueron demostrados, lo que no opera es la condenación a resarcirlos.

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:

Primero. REVOCAR el ordinal segundo de la parte resolutiva del fallo materia de alzada, para en su lugar abstenerse de condenar a la doctora *María Victoria del Pilar Carvajal Peredes* al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la infracción por la cual se le acusa, y

Segundo. CONFIRMAR el fallo recurrido en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego (No firmó), *Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar* (No firmó). *Dídimo Páez Velandia , Juan M. Torres Fresneda. .*

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

CASACION - No recurrente

El traslado a las partes no recurrentes es una oportunidad que la ley le otorga a quienes no impugnaron el fallo en casación para que se pronuncien sobre la demanda, bien para oponerse a sus pretensiones o para coadyuvarlas, mas no para controvertir la legalidad de la sentencia por iniciativa propia.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.-Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Aprobado acta No.143 Proceso No. 10526

Magistrado Ponente:Dr.*Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Resuelve la corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de diciembre de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a los procesados *Luis Guillermo Florido Vargas y José Ismael Florido Vargas*, a la pena principal de 10 meses de prisión, al hallarlos responsables del delito de hurto entre condueños, y los absolvió por el delito de falsedad por ocultamiento de documento privado.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL.

En el mes de agosto de 1988, *Jorge Eliécer Baquero Cifuentes* y los hermanos *Luis Guillermo y José Ismael Florido Vargas*, constituyeron una sociedad de hecho con el fin de comprar al Banco de Occidente una extensión de terreno ubicada en el sector de "Patio Bonito" de esta ciudad, por valor de sesenta y seis millones de pesos, y proceder a su comercialización en pequeños lotes.

La escritura de compra, por decisión de los socios, se hizo a nombre de *Ernesto Cardona Vásquez*, suegro de *Luis Guillermo*, quien, en tal condición, suscribía las escrituras de los lotes objeto de venta. Para el adecuado ejercicio de la razón social acordaron, así mismo, abrir una oficina en la calle 38 Sur No.99A-32, atendida por *Rosa Cecilia Briceño Lizarazo, secretaria de Baquero Cifuentes.*

y Fay Zully Cardona y Nohora Clemencia Bustos, esposas, respectivamente, de *Luis Guillermo y José Ismael Florido Vargas*.

El manejo de los dineros de la sociedad se hacia a través de la cuenta de ahorros No.010-706796-8, de la Corporación de Ahorro y Vivienda CORPAVI, sucursal Kennedy, condicionada, en su administración, a la firma de los tres socios. Dicha cuenta fue abierta el 24 de agosto de 1988 (Fls.122-1).

El ejercicio de la actividad social marchó sin problemas hasta el 17 de agosto de 1989, cuando los socios se reunieron, como periódicamente acostumbraban hacerlo, con el fin de repartir utilidades, enterándose *Baquero Cifuentes*, por boca de los hermanos Florido Vargas, de la existencia de una segunda cuenta de ahorros, abierta por ellos el 25 de julio de ese año, en la misma Corporación, pero en sucursal diferente (Normandia), donde se venían manejando dineros de la sociedad.

Esto disgustó a *Baquero Cifuentes*, quien exigió a sus socios cancelar la referida cuenta y trasladar sus saldos a la de Kennedy, una vez se efectuaran los retiros acordados en esa fecha por concepto de utilidades, que sumaron $15'124.000.oo, de los cuales $8'200.000.oo se tomaron de la cuenta de Normandia.

Los hermanos *Florido Vargas* no solo no cancelaron esta cuenta, ni hicieron traslado de fondos, sino que, motu proprio, procedieron a liquidar la sociedad, de acuerdo con las cuentas que ellos mismos realizaron, auto-asignándose individualmente la suma de $3'000.000.oo, y dejando a su socio la suma de $2'700.000.oo, representados en efectos varios, según relación que le entregaron a través de su secretaria en los primeros días del mes de octubre de 1989 (fls.265). En los días siguientes, José Ismael se presentó a la oficina de la sociedad a retirar los escritorios de su propiedad con sus respectivas sillas, lo cual hizo en presencia de *Baquero Cifuentes* y la secretaria *Rosa Cecilia Briceño Lizarazo*.

En el mes de noviembre, *Baquero Cifuentes*, por intermedio de apoderado, formuló denuncia penal contra sus ex socios, acusándolos de haberse apropiado indebidamente de dineros de la empresa en cuantía de $10'934.833.33, y sustraído los libros y soportes contables de ésta.

Por estos hechos, el Juzgado 45 de Instrucción Criminal de Santa Fe de Bogotá abrió investigación, vinculó al proceso mediante declaración indagatoria a *Luis Guillermo Florido Vargas* (fls.65.149.233-1 y 368-2), *José Ismael Florido Vargas* (fls. 57.167-1 y 387-2), *Fay Zully Cardona de Florido* (fls.327-1), *Nohora Clemencia Bustos de Florido* (fl.364-1) y *Ernesto Cardona Vásquez* (fl.358-1), decretando

medida de aseguramiento de caución prendaria contra los dos primeros, por los delitos de hurto entre condueños y falsedad por ocultamiento de documento privado (fls. 273, 302,325,326,442-1).

Cerrada la investigación, se la calificó el 19 de octubre de 1992 con resolución acusatoria respecto de los hermanos *Florido Vargas*, por los mencionados delitos contra el patrimonio económico y la fe pública, y preclusión de la investigación en relación con los otros indagados, decisión que, apelada, fue objeto de confirmación por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, mediante providencia de 28 de diciembre de 1992 (fls.459-2 y 15-4).

Ritnada la causa, el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 22 de junio de 1994, mediante la cual condenó a *Luis Guillermo Florido Vargas y José Ismael Florido Vargas* a la pena principal de 24 meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como coautores responsables de los delitos imputados en la resolución de acusación. De igual manera, al pago de perjuicios materiales (referidos exclusivamente al delito de hurto) por valor de $14'513.263.58, discriminados así: Daño emergente (cuantía de lo apropiado): $5'350.362.21. Lucro Cesante: $9'162.901.37 (fls.773).

Apelado este fallo por la defensa y el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior de Bogotá absolvió a los acusados del ilícito de falsedad, por considerar inocua la conducta, además de no encontrarse establecida plenamente la autoría del hecho, manteniendo la condena por el delito de hurto entre condueños, pero en cuantía de $2'617.028.60. Al redosificar la pena y liquidar de nuevo los perjuicios, impuso a los procesados diez (10) meses de prisión y la obligación de pagar, por daños materiales, la suma de $7'528.092.03 (fls.42-5).

Contra esta decisión, interpuso oportunamente recurso extraordinario el representante judicial de la parte civil.

LA DEMANDA.

Dos cargos, uno principal y otro subsidiario, presenta el casacionista contra la sentencia impugnada, ambos al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, así:

CARGO PRINCIPAL

Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 224 y 372 del Código Penal, por errores de hecho, provenientes de falsos juicios de identidad.

En el desarrollo de la censura, sostiene que el delito de falsedad por ocultamiento de documento privado, descrito en el artículo

224 del Código Penal, se encuentra suficientemente probado en el proceso, puesto que los dos cuadernos de contabilidad que desaparecieron, se hallaban en las gavetas de los escritorios que fueron retirados por el procesado *José Ismael Florido Vargas* el 4 de octubre de 1989, en presencia de *Jorge Eliécer Baquero Cifuentes y su Secretaria Rosa Cecilia Briceño Lizarazo*. Y, la existencia real y verídica de estos documentos, tiene también amplio y completo respaldo probatorio.

En seguida, transcribe los apartes pertinentes de la sentencia de primera instancia, en donde se consignan las razones por las cuales se afirma le existencia del referido ilícito, para sostener, con apoyo en ella, que los elementos del ilícito se estructuran a cabalidad, si se tiene en cuenta que los dos cuadernos contenían toda la historia de las ventas fraccionadas del terreno, y fueron sustraídos con el claro propósito de borrar la prueba que con ellos se hubiera podido derivar para la liquidación de la sociedad.

De acuerdo con las pruebas arrimadas al proceso, las únicas personas que tenían poder dispositivo sobre los dos cuadernos eran los hermanos *Florido Vargas*, quienes los guardaban en las gavetas de sus escritorios, con llave, y el día que éstos fueron retirados, dichos documentos se encontraban en su interior, puesto que solamente ellos los manejaban.

La modalidad delictiva del artículo 224 del Código Penal encuentra, por tanto, amplio respaldo procesal, en razón a que el elemento tipificador denominado "ocultamiento", tiene plena comprobación en autos, como lo consideró el a quo al dictar sentencia y la Fiscalía al calificar el mérito probatorio del sumario.

Luego de transcribir las consideraciones del fallo de segunda instancia que llevaron a la absolución de los procesados por el delito de falsedad, sostiene que el único motivo que el ad quem tuvo para ello fue el análisis que hizo del testimonio de Rosa Cecilia Briceño Lizarazo, en cuya apreciación incurrió en falso juicio de identidad, al desconocer su contenido integral, tergiversándolo.

Afirma que el Tribunal, en el análisis de este testimonio, tomó como soporte la posible contradicción en que habría incurrido la deponente, al sostener, primero, que los procesados se habían llevado los libros, y luego, ampliación, que no los vio sustrayéndolos, pero que no por esto se puede invalidar su dicho, puesto que su primera versión sigue vigente, con mayor razón si se tiene en cuenta que la testigo, en la diligencia de ampliación, se encontraba atemorizada y confundida por el despliegue realizado por el funcionario que la interrogaba y la presencia de los demás sujetos procesales.

Al dar por establecido el Tribunal que estaba en presencia de un hecho verdadero, sin estarlo, incurrió en un error de facto, en razón a que la nueva versión de la Secretaria, justipreciada por el a quo en su exacto valor probatorio, "carecía por completo de prueba suficiente para suprimir de un tajo el delito de falsedad por ocultamiento o destrucción en documento privado" (fls.110 y 111-5). Se trata de un falso juicio de identidad, toda vez que el ad quem desconoció la primera versión de la testigo, habiendo tenido este error proyecciones en la parte conclusiva del fallo.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia impugnada y, en su lugar, se condene a los procesados por los delitos de falsedad y hurto entre condueños, ordenando la entrega de los dineros depositados en la cuenta No.010-706796-8 de CORPAVI sucursal Kennedy, a su representado.

CARGO SUBSIDIARIO

Afirma el casacionista que en el presente caso no se está en presencia de un delito de hurto entre condueños sino de estafa, y que, por tanto, se violó en forma directa la ley sustancial, por selección indebida del artículo 353 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 356 ejusdem.

Expresa que el delito de estafa tiene amplio respaldo probatorio, siendo la apertura de la nueva cuenta de ahorros el inicio de los actos preparatorios del actuar delictivo de los hermanos Florido Vargas, pues, al suprimir la firma de su socio, allanaban el camino para inducir en error a Baquero Cifuentes y en esta forma apropiarse de más de $15'000.000.oo.

Siendo el hurto un ilícito de los llamados instantáneos, no podía ser aplicado en la sentencia, por cuanto el delito que se acomoda a la evidencia procesal es el de estafa, por las modalidades de su ejecución, "produciéndose por este motivo la violación directa de la ley sustancial, por haber incurrido el Tribunal en evidente error de apreciación probatoria". Y Agrega:

"El error en que incurrió el Tribunal consistió en que erróneamente valoró los elementos probatorios aportados al proceso y los calificó como integrantes del delito de hurto entre condueños, cuando esos mismos elementos de juicio confluían a que se calificara como delito de estafa. Por este motivo incurrió el sentenciador en falso juicio de convicción".

Apoyado en estas consideraciones pide a la Corte casar el fallo impugnado para que, en su lugar, se condene a los hermanos *Florido Vargas* como coautores responsables de los delitos de falsedad por

ocultamiento y estafa, y se ordene la entrega a su representado de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorros de CORPAVI sucursal Kennedy.

ALEGATO APRECIATORIO.

En extenso memorial, el defensor de los hermanos *Florido Vargas* solicita inicialmente a la Corte hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, decretando de oficio la nulidad de lo actuado por incompetencia, en razón a que la cuantía del hurto no sería la señalada en el fallo, sino mucho menor, y que, en tales condiciones, la conducta a lo sumo vendría a ser constitutiva de una contravención especial, conforme a lo dispuesto en la ley 23 de 1991.

Vicia, así mismo, de nulidad el proceso, el no haberse acreditado el origen lícito de los dineros objeto de apoderamiento, pues la ley civil exige, para que exista sociedad comercial, objeto y causa lícitas, y lo que se deduce en el presente caso es que los dineros eran producto de la realización y consumación del delito contemplado en la ley 66 de 1968; luego si no existía cosa en común de la cual los hermanos Florido Vargas pudieran ser legalmente socios, mal puede imputárseles apoderamiento de cuota en exceso.

Finalmente, se refiere a cada uno de los cargos formulados en la demanda para solicitar su desestimación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, al referirse a la primera censura, destaca su distanciamiento de la técnica del recurso, precisando, en primer lugar, que el demandante mezcla inapropiadamente las dos variantes de la causal primera de casación, al acusar la sentencia por infracción directa, no por errores de naturaleza jurídica, sino por un supuesto error de hecho por falso juicio de identidad respecto de un testimonio.su decisión en la segunda versión de la testigo, desconociendo el contenido de su primera declaración.

Más aún. Si se revisa la sentencia impugnada, se advertirá que el Tribunal confronta las dos versiones de la deponente para destacar sus contradicciones, resultando, por tanto, totalmente infundada la crítica que se formula sobre la base de su inapreciación.

En suma, la controversia se reduce a una simple inconformidad en relación con la valoración de este medio de prueba por parte del juzgador, dentro de un análisis muy personal del demandante, que enfrenta al estudio objetivo de aquél, discrepancia inadmisible en

sede de casación, donde la sentencia llega revestida de la doble presunción de acierto y legalidad.

Considera, en consecuencia, que el cargo debe desestimarse, al igual que la solicitud de entrega al denunciante de los dineros depositados en la cuenta de Ahorros de CORPAVI, sucursal Kennedy, no solo porque no justifica su petición, sino porque no puede perderse de vista que los dineros allí consignados pertenecen a la sociedad y no en particular a alguno de sus integrantes.

En relación con el segundo cargo, la Delegada sostiene que ni técnica ni conceptualmente al demandante le asiste razón, de una parte, porque incurre en el desacierto de cuestionar la valoración de las pruebas no obstante haber anunciado violación directa de la ley sustancial, y de otra, porque limita su fundamentación a la afirmación vaga y genérica de la configuración del delito de estafa, sin entrar a demóstrar la concurrencia de cada uno de sus elementos estructurales.

Si, sumado a esto, se tiene en cuenta que el censor seleccionó equivocadamente la causal, puesto que debió invocar la tercera y no la primera, necesariamente se concluye que el ataque, así planteado, no tiene posibilidad ninguna de salir adelante.

En punto al alegato de la defensa, pide a la Corte abstenerse de emitir pronunciamiento al respecto, recordando que el traslado a los no recurrentes es una oportunidad para que los sujetos procesales que no impugnaron el fallo puedan controvertir o coadyuvar los planteamientos de la demanda, no para formular ataques directos a la sentencia, como equivocadamente lo entiende el defensor de los procesados.

SE CONSIDERA:

Cargo principal.

Insistentemente la Corte ha sostenido que cuando se plantea violación directa de una norma de derecho sustancial, el debate debe desarrollarse en el plano puramente jurídico, sin incursionar en el campo probatorio, puesto que dicha forma de infracción presupone conformidad absoluta del demandante con la declaración de los hechos y la apreciación de las pruebas realizadas por los juzgadores de instancia en la sentencia.

Por esta razón, no deja de ser un contrasentido plantear, como lo hace el libelista en el caso sub judice, violación directa de la ley sustancial a partir de errores en la apreciación de las pruebas, pues cuando la ilegalidad del fallo se origina en un análisis de esta naturaleza, la forma de violación no puede ser directa sino

indirecta. Estos son principios elementales de técnica casacional, que todo demandante debe conocer y aplicar, si pretende tener éxito en la formulación de cargos al amparo de la causal primera.

Además de este desacierto, el actor, en lugar de entrar a demostrar la existencia del error de hecho por falso juicio de identidad anunciado, consistente, como ya se dejó dicho, en la tergiversación del contenido del testimonio de *Rosa Cecilia Briceño Lizarazo*, se dedica a cuestionar su apreciación por razones que no corresponden a la naturaleza del cargo planteado, dando a entender, en un principio, que una de sus versiones fue ignorada, para luego insinuar que el juzgador marró en la valoración de su mérito, transitando de esta manera por las distintas modalidades de error de hecho, e introduciendo total confusión a la censura.

Oportuno es recordar que el error por falso juicio de identidad se presenta cuando el juzgador altera el contenido material de la prueba, poniéndola a decir lo que objetivamente no reza, y que su demostración presupone confrontar su contenido fáctico con la aprehensión material que de ella hizo el fallador, para, de este modo, poner de presente la alteración de que fue objeto, con indicación de las implicaciones de esta equivocación en la parte conclusiva del fallo, tarea que en manera alguna cumple el censor. Sus alegaciones, aluden básicamente a la presencia de un error de existencia por desconocimiento del primer testimonio de Rosa Cecilia Briceño Lizarazo, quien declaró varias veces en el proceso (fls. 51, 415-1 y 88-2), y a uno de valoración por no haber sido apreciado correctamente su mérito, en postura claramente contradictoria.

De todos modos, ninguno de estos yerros tiene asiento real en el proceso, pues no es cierto que el ad quem haya ignorado la declaración inicial de la testigo, o desconocido su valor probatorio. La apreciación de esta prueba es una verdad procesal incontrastable, y si el Tribunal terminó desconociéndola, no fue precisamente por haberla inadvertido, sino porque no le mereció credibilidad frente a las reglas de la sana crítica.

Es más, si hipotéticamente se aceptara que el Tribunal se equivocó en la apreciación de este testimonio y, consecuencialmente, que la prueba que echa de menos el ad quem, relativa a la autoría del acontecer típico, está dada por la versión de esta deponente, la censura sería intrascendente, puesto que este no fue el motivo que llevó a la absolución de los hermanos Florido Vargas por el delito de falsedad, sino, básicamente, la inocuidad de la conducta, siendo el otro aspecto solo un argumento secundario, como se puede apreciar en los siguientes apartes de la sentencia:

"Debe la Sala iniciar el análisis del presente asunto partiendo de la tipificación que hace el legislador del delito de falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, contenido en el artículo 224 del Código Penal. Aquí precisa decir que se hace alusión a la ocurrencia de una falsedad impropia por ocultamiento de documento privado (cuadernos que contenían las apuntaciones de contabilidad). Se ha establecido que el documento que se afecta con el ocultamiento no pierde su valor, por el contrario, simplemente se sustrae de su uso. El ocultamiento debe ser de tal embergadura (sic) que no se encuentre otro medio para demostrar lo que el documento ocultado contenía. En esencia, se da esta delincuencia (la falsedad por ocultamiento), cuando se priva a determinada persona de disponer del documento para acreditar o probar algo, que sólo puede ser probado o demostrado con el concreto documento sustraído del tráfico jurídico. En el evento que examina la Sala, se tiene que con el ocultamiento de los libros de control donde se registraban las operaciones contables de la sociedad de hecho constituida por los señores *Baquero Cifuentes y Florido Vargas*, ésta no quedó a la deriva contablemente, ya que de nada serviría tener los libros contables si los documentos con los cuales se podía probar y establecer cuál había sido el desenvolvimiento de la sociedad estaban en manos de la persona a quien se quería perjudicar con el ocultamiento. No se pierda de vista, además, que el proceso revela que el denunciante llevaba sus propias anotaciones contables en un cuaderno, que a la postre empleó para confeccionar el balance que le permite llegar a la conclusión que los hermanos Florido Vargas, se apoderaron de dineros de la sociedad que le pertenecían, en cuantía superior a los diez millones de pesos.

"Así las cosas, advierte esta instancia procesal, que en el caso que nos ocupa, este ocultamiento no logra poner en peligro un situación fáctica como lo es la relación de cuentas y gastos de la sociedad de hecho de la cual eran parte los señores *Baquero Cifuentes* y los hermanos *Florido Vargas*. Obsérvese que el ocultamiento de los dos cuadernos donde se llevaban anotaciones contables relacionadas con la venta de lotes (los que habían sido abiertos por las esposas de los procesados) deviene inocuo, pues el socio *Baquero*, con su cuaderno de anotaciones y los soportes contables que tenía en su poder (los que aporta a la investigación), pudo reconstruir todo el estado contable de la sociedad y determinar que estaba siendo víctima de los hermanos *Florido Vargas*, quienes se estaban apropiando en su provecho de los dineros de la sociedad, excediendo lo que les correspondía por sus cuotas. La inocuidad del comportamiento de los procesados (dado por plenamente establecido que ellos fueron los que se llevaron los dos cuadernos que

contenían apuntamientos contables con el fin de privar a *Baquero* de establecer el estado financiero de la sociedad de hecho) salta a la vista y sería razón más que suficiente para que la Sala proceda a revocar la decisión tomada por el funcionario de instancia, cuando resolvió condenarlos por el delito de falsedad por ocultamiento de documento privado" (fls.47 y 48-5).

Estas apreciaciones del Tribunal, ningún análisis merecieron para el libelista, al-menos no dentro de los lineamientos propios de la técnica del recurso, siendo, por tanto, su planteamiento irrelevante, en la medida que solo toca uno de los aspectos que sirvieron de fundamento a la decisión absolutoria, pero no el principal.

El reparo no prospera.

Cargo subsidiario.

El demandante no explica de qué manera la errada calificación jurídica de la conducta incidió en la tasación de los daños y perjuicios causados con el delito contra el patrimonio económico, desconociéndose, por tanto, el interés que podría asistirle para denunciar este desacierto, sobre todo si se tiene en cuenta que su pretensión solo puede fundarse en razones de orden patrimonial, atendida la condición jurídico procesal de la parte que representa.

Aún cuando este motivo sería suficiente para desechar el cargo, no es el único que lo hace inestudiable. Paralelamente, se advierten toda una serie de errores de carácter técnico, como equivocada selección de la causal, formulación de planteamientos incompatibles, y ausencia absoluta de sustentación, para citar algunos de ellos.

La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada en sostener que cuando se propone por el demandante error en la calificación jurídica del delito, con compromiso del nomen iuris, la censura debe encauzarse por la vía de la causal tercera, por comportar nulidad del proceso, pero su fundamentación sujetarse a los parámetros y reglas técnicas de la causal primera, por tratarse, de todas maneras, de un error de juicio o in iudicando.

Además de este desacierto, el demandante incurre en el error de plantear, por la vía directa, violaciones de la ley sustancial provenientes de equivocaciones en la apreciación de las pruebas, cuyo origen tampoco concreta, haciendo que el reproche, en suma, advenga incontestable.

Alegato apreciatorio.

El traslado a las partes no recurrentes es una oportunidad que la ley le otorga a quienes no impugnaron el fallo en casación para

que se pronuncien sobre la demanda, bien para oponerse a sus pretensiones o para coadyuvarlas, mas no para controvertir la legalidad de la sentencia por iniciativa propia, como lo hace el defensor de los procesados en su escrito, puesto que esta facultad solo la tienen quienes han interpuesto el recurso.

Ninguna consideración, por tanto, ameritan sus alegaciones, máxime si se tiene en cuenta que las nulidades planteadas las hace depender de un eventual reconocimiento por parte de la Corte de situaciones fácticas distintas de las declaradas en el fallo, con las cuales manifiesta no estar de acuerdo.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. CUMPLASE.

Carlos Augusto Galvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego (No firmo), *Mario Montilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Para encarar la procedencia de las medidas de aseguramiento no se tiene en cuenta la pena "a imponer", sino el mínimo consagrado en la respectiva disposición legal.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997)

Magistrado PonenteDr. *Didimo Paez Velandia.*

Aprobado Acta No. 143 Proceso No. 13196

Por vía de apelación, revisa la Corte el fallo de marzo 14 último, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó a *Hugo Gabriel Abello Padilla y Roberto Delfín del Castillo Reina* a 38 y 14 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por los delitos de prevaricato y concusión, el primer procesado y, el segundo, como cómplice de la concusión.

ANTECEDENTES

1. *Los hechos:*

El 5 de agosto de 1.992 la Fiscalía 35 de Tumaco (Departamento de Nariño) abrió investigación por el delito de secuestro contra *Hernando Guerrero Cabezas y Lancy Arias Preciado*, quienes en sus indagatorias nombraron como abogado al doctor *Roberto Delfín Del Castillo Reina*. A dichos sindicados les fue resuelta su situación jurídica el 30 de octubre de 1.992, con medida de aseguramiento de caución por el delito de secuestro simple previsto en el artículo 269 del Código Penal (fl. 78 cdno. 1).

El proceso pasó a la Fiscalía 46, a cargo del doctor *Hugo Gabriel Abello Padilla* y, aproximadamente en el mes de noviembre de dicho año, *Guerrero Cabezas* se enteró, por intermedio de su amigo *Aquiles Caicedo Sánchez*, también amigo del referido fiscal Abello Padilla, que éste quería hablar con el mencionado sindicado porque el

referido asunto en su contra "estaba muy feo" (fl. 159-1), por lo cual se programó una reunión en casa del amigo común Jorge Saba, y el fiscal *Abello Padilla*, a la hora de partir, llamó al mencionado amigo Aquiles y le dijo que iba a ayudar a *Guerrero Cabezas*, pero que nombrara como abogado al doctor *Jairo Vélez*, compañero de oficina del nombrado litigante Del *Castillo Reina*, que le diera "alguna platica" y que él se encargaba de precluir la investigación" (fl. 160 supra-1).

Como *Guerrero Cabezas* había tenido problemas con el citado abogado *Vélez* (quien "me robó", dijo él a fl. 160), se negó a contratarlo, ante lo cual el citado fiscal los citó por la tarde en el negocio ("Muelle", como se le conoce) de *Aquiles*, donde volvió a mencionar el nombre del abogado *Vélez*, mas, ante la nueva negativa de Guerrero Cabezas, dio en su reemplazo el nombre del abogado *Roberto Delfín Del Castillo Reina* a quien efectivamente le comentó el caso y éste le dijo "que iba a hablar con el doctor *Vélez* a ver qué habían decidido" (fl. 160). Dice *Guerrero Cabezas* que al regresar el doctor Del *Castillo Reina* le dijo que volviera más tarde, que iba a hablar con el fiscal Abello Padilla "para ver cuánto se iba a cobrar por eso" (fl. cit), manifestándole más tarde que eso valía un millón de pesos ($1.000.000.oo), suma que le pareció muy elevada, yendo entonces a donde el fiscal Abello Padilla para decirle "que me iba a presentar solo" (id), ante lo cual el funcionario le respondió que "arreglara bonito" (id).

Al día siguiente se encontró con *Abello Padilla*, quien le reprochó que "como era eso que andaba el cuento de que él me estaba cobrando plata a mí" (id. infra), y agrega que como repetidas veces el fiscal le había dicho que "el delito no daba" para detención (fl. 161), él se quedó tranquilo, la fiscalía le designó como apoderado de oficio al doctor Leoncio Valverde Rosero, pero aproximadamente dos meses después le informaron que su cosindicado Lany Arias Preciado había sido capturado "y que había una orden de captura contra mí" (fl. 161), situación ésta producto de la resolución de 30 de diciembre de 1.993, por medio de la cual el fiscal Abello Padilla, al calificar el mérito del sumario, acusó a Guerrero Cabezas y a Lancy Arias por el mencionado delito de secuestro simple tipificado en el artículo 269 del Código Penal, agravado conforme al artículo 270 ibídem; además, revocó la referida medida de aseguramiento de caución, la cambió por detención preventiva y ordenó la captura de los mencionados acusados (fl. 117-1).

Lancy Arias, pues, fue capturado el mismo día 30 (fl. 138); *Guerrero Cabezas* acudió a su amigo ya mencionado, Jorge Saba, a quien el fiscal le dijo que "había hecho eso" porque *Guerrero Cabezas*

decía que él estaba pidiendo dinero, pero que de todas maneras lo buscaran al día siguiente "para arreglar el problema" (fl. 161), día en que le dice al referido *Aquiles Caicedo*" que se busque a *Delfín* para que arregle ese problema, que cualquier otro abogado no servía" (fl. 161).

Es de anotar que ya para ese momento el mencionado abogado *Roberto Delfín Del Castillo Reina* estaba suspendido en el ejercicio de su profesión por el Consejo Superior de la Judicatura, suspensión que se vencía precisamente el día 30. Luego de regateos, dicho abogado cobró "por sus servicios" $800.000.oo diciendo que le dieran "en efectivo", $500.000.oo "como anticipo" (fl. 161).

La esposa del referido *Hernando Guerrero Cabezas (Martha Espinosa)* entregó dicho dinero al abogado *Del Castillo Reina* hacia las 6 de la tarde de dicho día 31 "en una de las oficinas del segundo piso de la Fiscalía (fl. 162), luego de lo cual el fiscal *Abello Padilla* procedió a firmar la providencia liberatoria (31 de diciembre, fl. 145-1), acogiendo en el fondo las razones esgrimidas en memorial que el referido abogado de oficio *Lavorde Rosero*, presentó ese mismo día con base en el artículo 415-1 del Código de Procedimiento Penal. Consecuencialmente, en esa misma resolución se cancela la orden de captura existente contra Guerrero Cabezas, quien añadió que, luego de todo lo ocurrido, "*Roberto Delfín* me mandó a decir que él me devolvía el dinero y que no denunciara, que dejara ese problema así y que el asunto me lo arreglaba a lo cual yo siempre respondí que yo no quería ninguna clase de arreglo sino que pensaba denunciar el hecho" (fl. 163-1).

La mencionada Martha Espinosa declaró al respecto que ante "el desespero" porque Lancy Arias iba a pasar el 31 en la cárcel, nuevamente acudieron a su amigo Aquiles Caicedo, quien:

"Se vino para la Fiscalía para hablar con el Dr. *Abello* y el Dr. *del Castillo* que estaban tomando cerveza en la Fiscalía y salió con la noticia de que le entregamos a *Roberto del Castillo, quinientos mil pesos* y los *trescientos* restantes después. Yo traté de entregarles un cheque para poderlos comprometer, pero el Dr. *del Castillo*, volvió a mandar la razón de que nos portáramos serios, que dejáramos de mamar gallo y que consiguiéramos efectivo" (fl. 167-1),y agrega que, ya con el dinero:

"Me vine para la Fiscalía con *Ricardo*, me entré a la oficina del Fiscal, él no estaba allí, únicamente estaba un fiscal de los que vienen a reemplazar a otro por vacaciones y el Dr. *del Castillo* y encima del escritorio, estaban todos los papeles, uno era la excarcelación de *Lancy Arias*, el otro era la anulación de la boleta de

captura pero él no los había firmado hasta que no entregáramos al Dr. *Del Castillo*, los quinientos mil pesos. Entonces yo llamé al Dr. *Del Castillo*, exactamente en la oficina que queda contigua a la del Fiscal *Abello*. Antes de entregarle la plata le dije al Dr. *Del Castillo* que debería entregarme un recibo por la plata que yo le estaba dando, él me dijo que sí, pero que en otra parte. Después de que el Dr. *Del Castillo* recibió la plata, yo esperé hasta que éste fuera a llamar al Dr. *Abello* que se encontraba en el primer piso, porque ya iban a ser las seis de la tarde y se pensaba que después de esa hora no podía salir de la cárcel *Lancy Arias*. Fué así como el Fiscal subió, firmó los documentos que le enuncié anteriormente, se los entregó al secretario para que dispusiera de ellos como era debido" (fls. 167 y 168).

— Por esos hechos formuló denuncia el abogado *Orlando Hidalgo Hidalgo*, actuando con poder de los referidos *Hernando Guerrero Cabezas y Lancy Arias Preciado* (fl. 23 cdno. 1).

2. *La sentencia apelada.*

En dicho fallo de marzo 14 de 1.997, proferido en armonía con la acusación (fls. 1.055 y ss. cdno 4), se condena a los procesados: *Abello Padilla* a 38 meses de prisión por los delitos de prevaricato activo y concusión "implícita" (C.P. arts. 149 y 140); Del *Castillo Reina*, como cómplice de dicho último delito, a 14 meses de tal clase de pena.

El fallo en cuestión dice sustancialmente:

Con respecto a Hugo Gabriel Abello Padilla:

Es evidente el delito de prevaricato cometido en la resolución calificatoria de diciembre 30 de 1.993, pues la medida de aseguramiento que procedía (art.393 C.P.P.) "era la de caución prendaria dada (sic) la naturaleza y quantum de las sanciones mínimas imponibles, de conformidad con los artículos 269 y 270 del C.P.P., que tipifican el delito imputado" (fl. 1070). - El dolo en esa conducta por parte del procesado doctor Hugo Gabriel Abello Padilla se encuentra así mismo claro, ya que mediaba la resolución de la Fiscalía 35 que, al definir la situación jurídica, impuso la referida medida de aseguramiento de caución (fl. 1.071).

Agrega el fallo:

"Es inverosímil que una equivocada operación aritmética lo hubiese determinado a cometer un error, si se tiene en cuenta que la pena básica señalada en el Art. 269 del C.P. es de seis (6) meses de prisión y que la agravante enunciada en el Art. 270-2 idem, autoriza un incremento hasta la mitad y por tanto, la suma de las sanciones

mínimas imponibles no excede de tres (3) años de prisión; además, le era obligatorio deducir la sanción hasta en la mitad en virtud de lo previsto en el Art. 271 ibídem por la voluntaria liberación de la víctima" (fl. 1072).

El proceso dice que:

"La resolución contraria a la ley que se examina, estuvo encaminada a crear en la conciencia de los sindicados *Guerrero Cabezas y Arias Preciado*, y de sus familiares y allegados, el firme convencimiento de que la situación jurídica de aquellos era complicada y de gravedad extrema hasta el punto de que se había ordenado la privación de su libertad, finalidad perseguida por el enjuiciado Abello Padilla como culminación de los actos de presión que desplegó abusando de su investidura funcional" (fl. 1073).

En seguida se hacen algunas consideraciones sobre el creíble testimonio de Aquiles Caicedo González, del cual se infiere que "el acusado, sutilmente y con anticipación, inició la ejecución de una serie de actuaciones tendientes a crear una falsa imagen de la situación procesal de *Guerrero Cabezas y Arias Preciado*" (fl. 1073 infra).

Considera que esa declaración en lo pertinente se encuentra confirmada por los testimonios de *Martha Espinosa, Hernando Guerrero Cabezas, Jorge Saba, Ricardo León Angulo y Ofelia Arias Preciado*, como también por la declaración del secretario de la Fiscalía *Alberto Castillo Montaño*, quien mecanografió la providencia liberatoria por orden del procesado *Abello Padilla*, agregando este testigo que en esos momentos el coacusado *Roberto Delfín Del Castillo* "pasó al segundo piso" de donde queda ubicada la Fiscalía.

Repara el fallo en que el referido abogado oficioso *Leoncio Valverde Rosero*, declaró (fl. 613) que ante el memorial que él pasó pidiendo la libertad de *Lancy Arias Preciado* y -jurídicamente, pues no estaba físicamente preso- Hernando Guerrero Cabezas, el fiscal aquí acusado le dijo que "estaba dentro del término" y que bien podría resolver el mismo el próximo martes o miércoles, "actitud del funcionario que se modificó radicalmente cuando el abogado del *Castillo Reina* se presentó en la Fiscalía una vez contrataron sus servicios" (fl. 1.078).

Indiciariamente, pues, se infiere "la real ocurrencia de los actos de la velada pero eficaz coacción ejecutados por el procesado Abello Padilla para determinar a los sujetos pasivos a actuar compelidos, contra su voluntad, en la contratación de los servicios del litigante Del *Castillo Reina*, finalidad para la cual, previamente dictó la providencia contraria a la ley a efectos de fortalecer en los sindicados

Arias Preciado y *Guerrero Cabezas* la conciencia de que enfrentaban una difícil situación procesal" (fl. 1079 infra).

Con respecto a Roberto Delfín del Castillo Reina:

Fue apoderado de los sindicados *Guerrero y Arias* desde la indagatoria, lo cual le daba conocimiento de la situación jurídica de éstos, pero fue relevado de dicho cargo por motivo de la sanción disciplinaria que lo suspendió en el ejercicio profesional, siendo reemplazado por el referido *Leoncio Valverde Rosero.*

El 31 de diciembre de 1993 había cesado la anotada suspensión, siendo entonces cuando visitó al préso *Lancy Arias Preciado* y "lo atemorizó " acerca de su situación legal en el proceso, cosa que revela el "propósito el desfigurar la real situación jurídica de *Arias Preciado* y por ende, la exageración sobre la gravedad de la misma, constituye un hecho indicador del afán en fortalecer la necesidad de su contratación como defensor y por ello averiguó si el retenido contaba con recursos económicos, finalidad perseguida por Del *Castillo Reina* que coincide a su vez con el interés demostrado por Abello Padilla en torno a la participación del mismo litigante" (fl. 1.081).

Dice el fallo que este procesado conocía todos los pormenores de la investigación e incluso sabía de la petición liberatoria del abogado de oficio doctor Valverde Rosero, actividad ésta suya que "complementa" el quehacer del coacusado *Abello Padilla*, "como quiera que éste fue quien preparó el ambiente para impresionar a los destinatarios de su sugerencia e impulsarlos a obedecer su implícita orden. Y es entonces obvio que para lograr tales efectos, necesariamente existió el mutuo acuerdo, la connivencia entre los dos protagonistas para lograr que se concrete la finalidad por ambos buscada, surgiendo así el aporte sustancial del litigante para la consumación de los hechos materia de juzgamiento" (fl. 1.082)

La apelación

El procesado *Abello Padilla* y su defensor interpusieron el recurso de apelación contra dicha sentencia, manifestando que lo sustentarían oralmente (fl. 1.100); hizo lo propio el defensor de Del *Castillo Reina*, quien por escrito sustentó en los siguientes términos:

No existe la prueba necesaria para condenar, ya que no se ha demostrado plenamente que su defendido "hubiese estado en connivencia o confabulación con el fiscal *Abello Padilla*" (fl. 1.105) y que las apreciaciones contrarias del fallo recurrido son "demasiado suspicaces" (fl. cit) y olvidan que primero dicho fiscal recomendó al abogado Vélez "y sólo después, sin ser muy concreto —valga la

acotación— dijo que podían buscar los servicios del abogado Del Castillo" (idem), pero "sin previo acuerdo" para delinquir, cosa que refrenda "la suma ínfima" ($500.000.oo) en la cual se hace materializar la concusión (fl. 1.106), "cosa que no se puede creer jamás", mucho menos cuando a su defendido se le hace aparecer recibiendo él únicamente $30.000.oo.

La ilogicidad de la acusación se acentúa con la inicial designación de otro abogado (Valverde Rosero) como defensor de oficio de los sindicados por secuestro y también con el hecho de que ese 31 de diciembre el doctor Del *Castillo Reina* se encontraba en el estadio "*Turnaco González*", "sitio insólito", si era que entre los dos acusados estaban preparando la delincuencia.

Anota que, de todos modos, la libertad se decretó con base en la petición del abogado Valverde Rosero, por tanto sin la colaboración de su representado.

Por todo ello pide a la Corte revocar el fallo y absolver al procesado.

3. Ya el proceso en esta Sala, se aceptó el impedimento del Magistrado Carlos Mejía Escobar (fl. 24 cdno. Corte) y con fecha 15 de julio último (fl. 70) se dictó auto en el cual, interpretando el artículo 196B del Código de Procedimiento Penal (adicionado por el artículo 26 de la ley 81/93), se dijo (para lo que al aquó interesa) que "si quien ha sustentado por escrito quiere, además, concurrir a la audiencia y hacerlo oralmente, únicamente tendrá validez esta última clase de sustentación, **y el referido escrito no tendrá valor alguno**" (resaltado del original).

4. *Sustentación oral*

En la respectiva audiencia de 23 de julio último (fls. 107 y ss.) se alegó:

a. *Defensor de Abello Padilla:*

Que el fallador de primera instancia olvidó analizar "la historia" del procesado, la cual se revela en el proceso sin antecedente ninguno, "y es que precisamente la circunstancia de que el doctor *Hugo Abella*, para la fecha de los acontecimientos, 1.993 30 y 31 de diciembre, llevara tan solo dos años de egresado de la facultad de derecho, pues egresó en 1.991, es la piedra fundamental de la tesis que se presentará a ustedes" (fl. 112 cdno. Corte).

— Al abogado que formuló la denuncia "no le fue nada bien" en la Fiscalía a cargo del procesado Abello Padilla, hasta el punto que en ampliación de declaración dice que tiene cierta rivalidad con aquél, a quien considera "un pícaro" (fl. 113).

Reitera que el hecho de que el acusado sea un profesional en Derecho, ello "no acredita sus conocimientos" (fl. 113 infra), a más de que en la providencia que se tilda de prevaricadora, el acusado compartió las apreciaciones del Personero Delegado en lo Penal, quien conceptuó, entre otras cosas, que "lo que no entiende la agencia del Ministerio Público es por qué la Fiscalía 35 dejó en libertad a estos sujetos" (fl. 114), si la pena a imponer excedería los 3 años de prisión.

Insiste el defensor en que como el acusado carecía de los conocimientos pertinentes, procedió así, pero sin dolo, cosa que pretende apoyar con lo que dijo en la indagatoria el doctor *Abello Padilla* y con el hecho de que el día 31, atendiendo al memorial del abogado *Laverde Rosero*, decidió legalmente la libertad y la revocatoria de la orden de captura.

Solicita, pues, la revocatoria del fallo apelado y discute subsidiariamente la graduación de la pena impuesta y la no concesión del respectivo sustituto penal.

b. *Defensor de Del Castillo Reina* (distinto al que sustentó por escrito):

Comienza con una referencia de la personalidad de su defendido. Luego dice que el acusado Abello Padilla se limitó a sugerir posteriormente (es decir, luego de haber recomendado al abogado *Vélez*) el nombre del doctor *Del Castillo Reina*, "sugerencia por la cual está condenado" éste (fl. 122 infra), haciendo el Tribunal caso omiso de que el abogado *Del Castillo Reina* no tuvo nada que ver con las referidas decisiones del fiscal procesado.

Dice que el 31 de diciembre el procesado fue buscado en el estadio, allí se le encuentra "en estado de alicoramiento avanzado o no" (fl. 123), negándose al comienzo a hacerse cargo del caso, a lo cual accedió finalmente, pero "ignorante de lo que estaba pasando en la Fiscalía" (fl. cit), hasta el punto que cuando llegó a dicha oficina "la providencia ya estaba dictada".

Insiste en que "es absolutamente normal" que *Abello Padilla* haya recomendado a *Del Castillo Reina* (fl. 124 infra), dado el pequeño entorno de Tumaco y que entraña una mera hipótesis la de que los $500.000.oo era para repartirse entre los dos procesados (fl. 125). Anota que si *Abello Padilla* quiso concusionar no necesitaba para nada la colaboración del otro acusado, y agrega que probablemente esta denuncia se formuló para que, como ocurre frecuentemente, el abogado devolviera los honorarios, ya que se dieron cuenta de que finalmente la petición del abogado Laverde Rosero los llevaba a la libertad provisional.

c. *El Procurador Quinto Delegado en lo Penal*

Dice que no puede compartir las tesis que acaban de exponer los defensores porque:

Los familiares de los sindicados por secuestro (*Guerrero y Arias*) tuvieron "acercamientos" (fl. 128) con el fiscal *Abello Padilla*, quien finalmente manifestó "lo difícil" del caso y la necesidad de nombrar un abogado, dando el nombre del doctor *Del Castillo Reina*.

Una vez privado de la libertad *Lancy Arias Preciado*, *Del Castillo Reina* va a la Cárcel el día 31 de diciembre y le pregunta si tiene dinero; los interesados averiguan con abogados de Cali y con el de oficio, doctor *Laverde Rosero*, y éstos les dicen que en este evento no procede la detención (fl. 129), y este último entrega al fiscal acusado un escrito en dicho sentido liberatorio y *Abello Padilla* le dice que se tomará el término legal para resolver el punto, más ellos, ante el acoso del tiempo (era Año Nuevo) y la nueva recomendación del fiscal para que consiguieran como abogado a *Del Castillo*, quien efectivamente llegó luego al Despacho "a hacer presencia y a buscar la fiscal para que subiera a firmar la providencia que ya estaba elaborada, como lo manifiesta uno de los defensores" (fl. 129 infra).

Opina que todo ello "No hace más que confirmar que efectivamente se trataba de un acto concusionador y prevaricador" (fl. cit.) y resalta que se le pagaron $500.000.oo a *Del Castillo Reina* "para que no hiciera nada" (id). Anota en seguida la Delegada:

"Por qué asistió a la comida donde *Jorge Sahad* y allí le sugirieron que cómo les podía colaborar a estas dos personas? Y casualmente el día 31 de diciembre esperó que fueran las cinco de la tarde para firmar la providencia, claro, cuando ya se hizo presente *del Castillo* y dijo que iba a asumir la defensa de los dos sindicados y tuvo que ir *del Castillo* a buscarlo efectivamente hasta el primer piso del edificio de la Fiscalía para que subiera a firmar y eso, esos quinientos mil pesos que le pagaron a *del Castillo* fue por esa labor que hizo, de decirle al Fiscal que subiera a firmar la providencia. Ahora, salen con el argumento de que se estaba contratando al abogado para la etapa del juicio, pero era que hasta el día anterior se había proferido la resolución de acusación, eso era el día 30 de diciembre y el 31 a mediodía resultó el afán que tenía que ser el abogado *del Castillo*, cuando ya sabían que el otro profesional del derecho, el que sí estaba actuando de acuerdo con sus deberes profesionales, había elaborado el memorial correspondiente" (fl. 130 infra).

Con respecto a la "incapacidad jurídica" del procesado *Abello Padilla*, dicha por su defensor, "pero no es tan incapaz cuando en primer lugar es abogado, en segundo lugar ya tenía experiencia en

la Fiscalía y en tercer lugar sabía lo que estaba haciendo porque ya el caso lo había ventilado públicamente que era difícil, entonces, estaba obrando con dolo porque ya sabía exactamente qué era lo que iba a hacer dentro de esa investigación" (fls. 130 infra y 131).

Precisa que dicho comportamiento es:

"Concusionario porque ya se había dado la pauta de que el proceso era difícil, que el caso era difícil; de que el día 30 de diciembre se profiere la resolución de acusación y se cambia la medida de aseguramiento, y que es el 31 de diciembre, a última hora, cuando se decide dejar en libertad a *Arias* y revocar la orden de captura que existía contra Guerrero es *del Castillo* el que va también a los calabozos donde estaba *Arias*, a manifestarle si tenía plata para poder asumir la defensa. De manera que, el problema en ese momento no era de defensa, existía una defensa técnica, existía la defensa del doctor *Laverde* y éste estaba cumpliendo con su deber, había solicitado la libertad en derecho y estaba esperando precisamente que su providencia se revocara en derecho" (fls. 131 y 132).

Es su concepto, entonces, que se debe confirmar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los delitos de prevaricato y concusión

1. Que la resolución de diciembre 30 de 1.993 (fl. 117 cdno. 1) es producto de un prevaricato cometido por el fiscal *Hugo Gabriel Abello Padilla*, el funcionario que la produjo, lo confirman los siguientes elementos de juicio:

Como esa misma resolución calificó el delito, éste corresponde a un delito de secuestro simple agravado por las "torturas físicas", de conformidad con los artículos 269 y 270-2 del Código Penal, delito que ***no tiene medida de aseguramiento de detención preventiva*** sino de caución, como lo disponen ***expresa y claramente*** los artículos 393 y 397 del Código de Procedimiento Penal y tal como lo decidió la Fiscalía 35 cuando en resolución de 30 de octubre de 1.992 resolvió la situación jurídica de los posteriormente acusados (por el procesado Abello Padilla, fiscal 46 de Tumaco) Hernando Guerrero Cabezas y Lancy Arias Preciado (fl. 78-1). De suerte que resultaba manifiestamente ilegal revocar esta decisión y reemplazarla por detención preventiva y las consecuenciales órdenes de captura.

En efecto, el referido secuestro simple agravado tenía a la sazón una pena ostensiblemente menor, en su mínimo, de dos años y no se encuentra dicho punible en la lista que trae el numeral 3° del nombrado artículo 397.

Ahora bien: el concepto previo del Personero Municipal desde ningún punto de vista tiene la capacidad para mover a error, no solamente ***por lo nítido del caso***, sino porque el mencionado Personero se extrañó de que la Fiscalía 35 haya dejado en libertad a los sindicados, porque "la pena a imponer superaría ampliamente los tres años de prisión, aumentada con la aprobación de la ***Ley Antisecuestro***" (fl. 115-1).

Para encarar la procedencia de las medidas de aseguramiento no se tiene en cuenta la pena "***a imponer***", sino el mínimo consagrado en la respectiva disposición legal, y por otro lado, ***resultaba clarísimo*** que la nombrada ley antisecuestro (40 de 1.993) no se podía aplicar a un delito cometido antes de su vigencia, como era el imputado a *Guerrero Cabezas y Arias Preciado*, retroactividad en perjuicio ésta que, ***por su protuberante inaplicabilidad***, ni siquiera mencionó el citado fiscal Abello Padilla en su ya referida providencia calificatoria de 30 de diciembre.

— Pero he aquí de seguro ***lo más importante para avalar el anunciado prevaricato: desde más de un mes antes de dictar dicha resolución***, el fiscal ***Abello Padilla*** "presionó" directa e indirectamente a los sindicados (concretamente a uno de ellos, *Guerrero Cabezas*) para que "arreglaran el problema", sugiriéndoles para el efecto el nombre de dos abogados litigantes: primero el de Jairo Vélez y luego - ante la negativa razonada de *Guerrero Cabezas* de optar por él - al compañero de oficina de éste, el coprocesado *Roberto Delfín Del Castillo Reina*, de quien finalmente dijo que era "el único" abogado que podría "arreglar" el problema "tan feo" que soportaban los mencionados *Guerrero Cabezas y Arias Preciado*.

Sobre esa "presión" ***antecedente a la resolución manifiestamente contraria a derecho*** (art. 149 C.P.) declararon contundentemente y de manera vinculante (como se vio en los antecedentes de esta providencia) *Hernando Guerrero Cabezas*, su esposa *Martha Espinosa* y los amigos de éstos (y también del fiscal *Abello Padilla*) *Aquiles Caicedo Sánchez y Jorge Saba*, testigos estos últimos dos que entendieron que el dinero que afanosamente trataba de conseguir *Martha Espinosa* (***luego de que la "presión" se había aumentado y materializado con la captura de Lancy Arias Preciado***) por petición de *Del Castillo Reina*, "era para el fiscal".

Las mencionadas "presiones indirectas" se traducen en "las razones" que el doctor *Abello Padilla* empezó a hacerles llegar a los sindicados *Guerrero Cabezas y Arias Preciado*, con los amigos comunes ya nombrados, *Jorge Saba y Aquiles Caicedo*, pero como a *Guerrero Cabezas* le parecieron "muy caros" los honorarios del litigante *Del Castillo Reina*, no le dio poder (***aparte de que éste***

no podía recibir por estar a la sazón disciplinariamente suspendido), a más de que ya se le había designado como abogado oficioso al doctor Leoncio Valverde Rosero, litigante que, como se sabe, fue quien a la postre presentó el memorial solicitando la libertad de los sindicados de secuestro simple, haciendo énfasis en que dicho delito "tiene una pena mínima de *seis* (6) meses de prisión y si tomamos en cuenta el agravante, serían *nueve* (9) meses. Arts. 269 y 270 del C.P." (fl. 144-1).

Esa petición la hizo el doctor Valverde Rosero, cuando el fiscal Abello Padilla acababa de proferir el calificatorio ilegal y también ya se había hecho efectiva la captura de Arias Preciado, "última presión" ésta que *sí tuvo el efecto planeado*, pues, ante la inminencia de que Lancy Arias pasara Año Nuevo en la cárcel, se entregaron los $500.000.oo que, "como anticipo", pidió el litigante Del Castillo Reina. Así, se consiguió que el fiscal "levantara la orden de captura", como declaró el odontólogo Ricardo León Angulo Quiñones (fl. 182-1 infra).

Reitérase que *tal era la conciencia* de *Guerrero Cabezas* y de su esposa *Martha* (por consultas hechas a otros abogados) de que *en este caso no cabía la detención preventiva*, que se mostraron siempre altivos y se negaron a dar los "elevados" honorarios pedidos por Del Castillo Reina, firmeza que *cedió finalmente* ante la referida "presión" de la privación de libertad de Lancy Arias Preciado.

Debe la Sala insistir en que esas "presiones" anteriores a la resolución calificatoria de diciembre 30 y las posteriores a ésta (con la efectiva captura de Arias Preciado) son coherentes y coincidentemente declaradas por los ya referidos testigos: Hernando Guerrero Cabezas y Lancy Arias Preciado recibieron la solidaridad de la esposa de aquél y del mencionado grupo de amigos (Aquiles, Jorge Saba y Angulo Quiñones), quienes todos se preocuparon y obviamente se enteraron paso a paso del desarrollo de la afanosa situación.

— Siendo así las cosas, salta a la vista que la resolución que se reprocha (30 de diciembre de 1.993) fue proferida para "acabar de presionar" a los sindicados y al entorno familiar y amistoso de éstos, a fin de que dieran el dinero al doctor Del Castillo, quien, consecuentemente, luego de ocurridas las cosas, "le mandó a decir" al sindicado Hernando Guerrero Cabezas, "que no lo fuera a denunciar, que él me devolvía el dinero y que dejara ese problema así" (fl. 163-1).

Además, en armonía con la delincuencia por la cual se condena en la sentencia apelada, es dable considerar el hecho de que sólo hasta el 31 de diciembre terminaba la suspensión que como litigante

había impuesto el Consejo Superior de la Judicatura al abogado Del Castillo Reina, razón de más para afirmar que éste cobró el dinero sin contraprestación profesional alguna y que "nada hizo" en dicho sentido para "arreglar el problema" a los sindicados Guerrero Cabezas y Lancy Arias, aparte, eso sí, de ser amigo del fiscal que adelantaba el proceso y ser impuesto por éste, no como litigante y sujeto procesal, sino como quien iba a ser —y lo fue— el receptor del dinero.

Así las cosas, deviene evidente la conexidad ideológica entre los delitos de prevaricato y concusión (C.P. arts. 149 y 140): el primero cometido para forzar la voluntad de la parte acusada a dar el dinero a su amigo litigante, quien ***se prestó para que la conducta concusionaria se diera***: aquí no es posible jurídicamente admitir lo que en la audiencia de sustentación oral de la apelación dijo su defensor: " ...porque no está probado de que ese dinero que recibió efectivamente *del Castillo* hubiera sido repartido con *Abello*, porque si eso fuera así, entonces *del Castillo* no sería cómplice de la concusión sino que podría ser más bien autor material de un cohecho por dar u ofrecer" (fl. 126 cdno. Corte). No: ya se dijo que ***desde tiempo antes*** de que el fiscal Abello Padilla profiriera su resolución prevaricadora, **acordó con Roberto Delfín Del Castillo Reina** "preparar" el "delito fin" (la concusión), y la prueba de ésto es que dicho abogado litigante conversó con el referido entorno conyugal y amistoso de los sindicados de secuestro simple y, hasta último momento (31 de diciembre) tomó parte activa en el decurso conductal, recibiendo finalmente los $500.000.oo, anticipo de los $800.000.oo cobrados por su **ostensible no-hacer profesional** (ese día terminaba su suspensión profesional, repítase) que la defensa pretender legitimar con el hecho de que dicho último día recibió poder de quienes les dieron el numerario.

Es que, lo dicho: **la realidad procesal**, Abello Padilla impuso como receptor del dinero a su amigo litigante, **para dar visos de legalidad a su delincuencia**, la cual consumó cuando tozudamente persistió en que el escogido fuera *Del Castillo Reina*, lográndolo con el proferimiento de la resolución acusatoria la víspera de Año Nuevo, **cuando cumplido el objetivo** (la entrega de los "honorarios"), dictó con fecha 31 providencia liberatoria. De suerte que la complicidad en dicho delito de concusión (art. 24 C.P.) no ofrece reparos tampoco.

Visto así de objetivamente el panorama procesal, no hay duda de que los acusados son responsables de los comportamientos por los cuales fueron acusados, evidencia que imponía la sentencia condenatoria protestada, la cual entonces se confirmará compartiendo así, además, las atinadas y objetivas consideraciones hechas

en la audiencia de sustentación oral por el señor Procurador Quinto Delegado en lo Penal.

2. En cuanto a la no concesión de la condena de ejecución condicional (art. 68 C.P.), también objeto de disenso por parte del defensor del procesado doctor *Abello Padilla*, el quantum de pena que se le impuso en primera instancia (38 meses) impedía otorgarlo. Ahora bien: con respecto a tal dosificación punitiva, esta Sala la encuentra así mismo correcta, "en razón -dijo el a quo- de la evidente gravedad de los hechos, como que constituyen verdaderos actos de corrupción que involucran la función judicial ocasionando su desprestigio, además del grado de intensidad del dolo si se tiene en cuenta la formación jurídica de sus protagonistas" (fl. 1.085 cdno. Nro. 4).

En concordancia con esa premisa, a renglón seguido el Tribunal motivó debidamente dicha pena y citó las normas correspondientes, concluyendo, en consecuencia, que "es inconducente el subrogado de la condena de ejecución condicional". No sobra recordar que para arribar a la mencionada cantidad de pena, el juzgador de primer grado partió de 30 meses (por la concusión, delito "más grave, art. 26 C.P.), los cuales incrementó en 8 meses (fl. 1.085), para cuyo efecto también reconoció "la circunstancia genérica de atenuación punitiva enunciada en el art. 64-1 del C.P., consistente en la buena conducta anterior" (fl. cit.).

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR en su integridad la sentencia apelada. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

La distinción que tradicionalmente se ha hecho entre violación directa e indirecta de una norma de derecho sustancial, se fundamenta en la ausencia o presencia de errores de apreciación probatoria en la producción de la infracción. Si el Juez falla en la aplicación o interpretación del precepto legal, sin consideración a la prueba, la violación será directa; pero si marra en el análisis probatorio y, a causa de ello, aplica indebidamente o inaplica la disposición legal, la violación es indirecta.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Aprobado acta No.143 Proceso No. 9571

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de septiembre 13 de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá absolvió a los procesados *Luis Antonio Muñoz Maya, Jose Guillermo Pachón Londoño y Carlos Arturo Urrego Rojas* de los cargos formulados en la resolución de acusación por el delito de hurto calificado y agravado, y condenó, por el citado ilícito, a la pena privativa de la libertad de 49 meses de prisión, a *Roberto Sanabria García y Abelardo Orjuela.*

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL.

Los primeros fueron denunciados por la señora *Luz Stella Bustamante Matiz*, en calidad de Gerente titular de la oficina del Banco de Bogotá ubicada en la avenida 19 No.6-51 de esta ciudad, quien informó que el día 26 de diciembre de 1990, después de haber permanecido cerrada la entidad durante los días sábado 22, domingo 23, lunes 24 y martes 25, encontraron que varias cajillas

de seguridad habían sido destruidas con soplete de acetileno, y sus valores, estimados en más de cien millones de pesos, sustraídos. La bóveda donde se hallaban las cajillas, al igual que sus puertas de acceso, no presentaban ninguna clase de violencia. En el lugar fueron dejados abandonados un equipo completo de oxiacetileno (tanques, mangueras y soplete cortador), una palanca patecabra, un destornillador de pala, una llave fija y varias bolsas de guantes para cirugía (anexo No.6).

Iniciada la investigación, el Juzgado 42 de Instrucción Criminal de esta ciudad vinculó al proceso mediante indagatoria a las siguientes personas:

Roberto Sunabria García, Auxiliar de Fiduciaria e Información Comercial del Banco, encargado del manejo de la bóveda, bajo cuya responsabilidad se encontraban las llaves de la puerta de acceso al lugar donde está ubicada, las llaves de los diales superior e inferior de la puerta principal, de la contrapuerta, del reloj bicronométrico, de la alarma, y la clave del dial inferior, que operaba personalmente. La clave del dial superior estaba a cargo del Subgerente José Luis Domínguez Posso (fls.17, 28, 100 y 127-1, 524, 606 y 698-2 y 956-3).

Carlos Arturo Urrego Rojas, Cajero principal de la entidad bancaria, encargado de hacerle mantenimiento al cajero automático, quien con este fin visitó las oficinas los días 22 (sábado) y 24 (lunes) de diciembre (112-1, 402, 428 y 554-2 y 1016-3).

Myriam Hernández Arias, Jefe de Operaciones del Banco, a cuyo cargo se encontraba el cofre de seguridad donde eran depositados, bajo clave, entre otros elementos, las llaves de las puertas de la bóveda de fiduciaria, y quien autorizaba la entrada de personal a las oficinas de la entidad en horas y días no laborables (fls.33, 119 y 381-1, 547-2 y 1032-3).

Abelardo Orjuela, empleado de la empresa de Seguridad Burns de Colombia S. A., quien prestó servicios de vigilancia individual en el Banco los días 22, 23, 24 y 25 de diciembre, así: El sábado 22, de 6 de la mañana a 1:30 de la tarde; los días domingo 23, lunes 24 y martes 25, de 7 de la noche a las 6 de la mañana (fls.25-1, 574, 619 y 630-2, 993-3 y anexo No.1).

Jose Guillermo Pachón Londoño, empleado de la empresa de Seguridad Burns de Colombia S. A., quien, en los días a los cuales se viene haciendo referencia, prestó los siguientes turnos de vigilancia individual en el banco: El sábado 22 de 1:30 de la tarde a las 7 de la noche; los días domingo 23, lunes 24 y martes 25, de

6:30 de la mañana a 1:30 de la tarde (fls.27-1, 592 y 642-2, 986-3 y anexo No.1).

Luis Antonio Muñoz Maya, también empleado de la empresa de Seguridad Burns de Colombia S. A., quien hizo los siguientes turnos: El sábado 22, de 7 de la noche a 6:30 de la mañana; los días domingo 23, lunes 24 y martes 25, de 1:30 de la tarde a 7 de la noche (fls. 26-1, 663, 674 y 684-2, 984-3 y anexo No.1).

Pedro Antonio Castellanos Gamboa, Supervisor de Patrulla de la empresa Seguridad Burns de Colombia S. A., encargado de pasar revista nocturna a los puestos de vigilancia de la zona centro, donde se encuentra el banco, y quien, según las planillas, habría visitado la entidad el 26 de diciembre, a las 3.55 horas de la mañana (fls.16 vto. anexo No.1, 719-2 y 1048-3).

Alfonso Caldón Calapso, Supervisor de despachos de la empresa de Seguridad Burns de Colombia S. A., a cuyo cargo se encontraba el control del personal de Supervisores de Patrulla, conductores y vigilantes, en las horas de la noche (fls. 1057-3).

Cerrada la investigación, se la calificó con resolución de acusación respecto de todos los procesados, en calidad de coautores del delito de hurto calificado y agravado, conforme a lo previsto en los artículos 350 numerales 1º y 4º; 351 numerales 2º, 9º y 10º; y, 372 numeral 1° del Código Penal, decisión que fue confirmada por el ad quem mediante providencia de agosto 6 de 1992, con la aclaración de que la circunstancia agravante del artículo 351.9 no podía ser deducida, por no existir certeza de la hora exacta en que habría sido cometido el delito -en la parte resolutiva de la providencia, la Fiscalía Delegada equivocadamente se refiere a la agravante del numeral 4º ejusdem- (fls.1254-3 y 68-5).

Rituada la causa, el Juzgado de conocimiento dictó sentencia de condena en contra de *Luis Antonio Muñoz Maya, Abelardo Orjuela, José Guillermo Pachón Londoño, Roberto Sanabria García y Carlos Arturo Urrego Rojas*, de acuerdo con los cargos imputados en la resolución acusatoria, y absolutoria en favor de los procesados *Myriam Hernández Arias, Pedro Antonio Castellanos Gamboa y Alfonso Caldón Calapso*. Como penas principal y accesoria impuso a cada uno de los primeros 52 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término (fls.1788-4).

Apelado este fallo por los defensores de los procesados condenados, y por algunos de éstos, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el suyo de 13 de septiembre de 1993, mantuvo la decisión respecto de los acusados *Roberto Sanabria García y Abelardo Orjuela*, con modificaciones en cuanto a la pena privativa de la libertad, que fue

tasada en 49 meses de prisión, y la revocó en relación con los implicados *Luis Antonio Muñoz Maya, José Guillermo Pachón Londoño y Carlos Arturo Urrego Rojas*, para en su lugar absolverlos (fls.107 cd. Tribunal).

Contra este pronunciamiento, interpusieron recurso extraordinario de casación Abelardo Orjuela, el defensor de Roberto Santabria García y el apoderado de la parte civil.

LAS DEMANDAS.

1. *A nombre del procesado Abelardo Orjuela:*

Un único cargo, por violación "directa" de la ley sustancial, proveniente de errores en la apreciación de la prueba indiciaria, formula el actor contra la sentencia impugnada.

En desarrollo de la censura, sostiene que la condena de su representado se fundamentó en dos indicios, el de oportunidad para delinquir, deducido de su condición de celador, y el de mentira, extractado de sus afirmaciones en el sentido de que la noche del 25 de diciembre visitó el baño una sola vez y que al hacer entrega del turno todo se encontraba limpio, prueba ésta que no permite llegar a la certeza de su responsabilidad, como lo exige el artículo 247 del estatuto procesal.

La investigación no logró establecer la fecha concreta en la cual se consumó el ilícito, pudiendo haber sido cualquiera de los días comprendidos entre el 21 y el 26 de diciembre. Lo único que soporta el fallo es la prueba indiciaria, la cual no guarda relación con el ilícito.

Dice que los hechos constitutivos de un indicio, deben estar probados, y que los deducidos por el Tribunal en la sentencia no constituyen plena prueba "ya que el hecho de estar como celador o vigilante de una entidad bancaria, no necesariamente significa que exista la oportunidad para delinquir, y menos contra unas cajillas de seguridad y menos aún cuando dichas cajillas se encontraban en una caja fuerte que de nada dependía de mi defendido, sino que por el contrario existían otras personas que debían responder por dichas bóvedas, para lo cual sí sería un indicio grave y sin equívocos que sirvan de prueba para demostrar la responsabilidad de dichos señores" (fls.263 cd. Tribunal).

Esto permite afirmar que el Tribunal Superior no apreció la prueba indiciaria como lo exige el ordenamiento jurídico, en cuanto no dio aplicación a los artículos 300, 301, 302 y 303 del Código de Procedimiento Penal, cuyos textos transcribe. Los indicios deben fundarse en hechos conocidos, y tener relación entre ellos, pero

los deducidos en contra de Abelardo Orjuela no guardan relación, conexión, ni concordancia con el hecho punible por el cual se le condena.

Dichos indicios, pueden servir para demostrar cosas distintas del hecho punible, como por ejemplo que el procesado cumplió cabalmente con el turno de vigilancia, que es la deducción que surge de su presencia en el lugar de los hechos, o que después de las 7 de la noche del día 25 no volvió al baño, lo cual debe tenerse por cierto porque no se le probó lo contrario. Su defendido entregó el turno a las 6 de la mañana del día 26, y entre esa hora y las 8.30, cuando fue advertido el desaseo, pudieron haber ocurrido muchas cosas.

Señala como normas sustanciales violadas los artículos 350, 351 y 372 del Código Penal, pues considera que no existe prueba para condenar. Además, el Tribunal al dosificar la pena omitió darle estricta aplicación a los artículos 61 y 67 del Código Penal, lo cual determinó una pena superior a la que verdaderamente debía aplicarse.

2. Demanda a nombre de Roberto Sanabria García:

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el demandante acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente la ley sustancial, por errores de hecho en la apreciación probatoria, concretamente en la valoración de los indicios que le fueron deducidos a su defendido por tener las llaves de la bóveda de fiduciaria.

Afirma que la condena no se apoyó en confesiones, circunstancias, ni declaraciones existentes en el proceso, de las que pueda inferirse la responsabilidad de Sanabria García, sino que se basa en el hecho de que el procesado tenía a su cargo las llaves de la puerta de la sección fiduciaria y que era de su resorte el cierre y apertura de la misma. Sobre esta apreciación, se llegó a la conclusión de su responsabilidad en los hechos, siendo el mismo argumento la constante en todas las decisiones tomadas a lo largo del proceso.

Los juzgadores aplicaron un silogismo, siendo la premisa mayor representada por el hecho de que Sanabria García tenía a su cargo el manejo de la bóveda de fiduciaria y de sus llaves, las cuales debían ser guardadas diariamente, al terminar labores, en una caja fuerte del primer piso manejada por la Jefe de Operaciones Myriam Hernández Arias. La premisa menor, por la ocurrencia del ilícito, encontrándose dicha bóveda bajo la responsabilidad de Sanabria García; y, la conclusión, por la imputación del hecho delictivo.

Si bien la premisa mayor es cierta, no lo mismo puede decirse de la premisa menor. No se discute que el procesado tenía a su cargo la puerta de fiduciaria, y que entre el 21 y el 26 de diciembre se consumó un hurto a varias cajillas de seguridad, pero no existe ni una sola prueba seria que permita afirmar su responsabilidad en los hechos, pues las relativas a los mecanismos que protegían la bóveda y que debían aplicarse al cerrarla, no permiten afirmar que quien tenía las llaves sea el responsable del delito. Y tampoco existe prueba que permita relacionar al procesado con los celadores del banco.

Un ilícito de esta naturaleza debió prepararse de tiempo atrás por personal técnico, situación que desliga a Sanabria García, quien solo fue encargado del manejo de la bóveda a partir del 7 u 8 de diciembre. ¿Puede afirmarse además con absoluta seguridad que su protegido era el único que podía manejar la puerta, cuando se sabe que las llaves eran dejadas en una caja fuerte manejada por la Jefe de Operaciones, quien fue absuelta, y que la segunda clave de la puerta principal solo la conocía *José Luis Domínguez*?

De lo anotado concluye el censor que la premisa menor del silogismo no es aceptable sino discutible, y en consecuencia la conclusión no puede ser afirmativa de la responsabilidad del acusado, como lo entendió el Tribunal, sino todo lo contrario, pues para que la conclusión de un silogismo sea cierta se requiere que las premisas también lo sean, y eso no ocurre en este caso.

Dice que los elementos de prueba que describen los mecanismos de seguridad de la puerta principal para abrirla y cerrarla, en manera alguna sirven para llegar a una sentencia de condena, porque cuando su representado asumió el cargo, no hubo cambio de claves, pudiendo otras personas neutralizar los mecanismos para que el reloj cronométrico no quedara con las seguridades del caso y la puerta pudiera abrirse, no obstante el encargado de su manejo haberla cerrado. Y concluye:

"... debo reiterar que se cometió por el Honorable Tribunal de Bogotá, un error de hecho en la apreciación de las pruebas hasta llevarlo a una inferencia equivocada respecto de la conducta o responsabilidad de *Sanabria García*, pues, le dio al indicio de tener *Sanabria* las llaves de la puerta de fiduciaria un valor que no tenía certeza alguna, pero el funcionario infirió de allí, equivocadamente la existencia de la responsabilidad de *Sanabria García* cuando éste no pasó de ser un simple instrumento de quienes realmente pudieron haber proyectado el delito con la debida anterioridad y de tal manera que obtuvieran el resultado que perseguían" (fls.277 cd. Tribunal).

Pide, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y, en su lugar, absolver al procesado.

3. Demanda a nombre de la parte civil:

Al amparo de la causal primera de casación, apartado segundo, el demandante formula un solo cargo contra la sentencia impugnada, por violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de errores de derecho en la apreciación de las pruebas.

Limita la censura a las absoluciones de que fueran objeto *Luis Antonio Muñoz Maya, José Guillermo Pachón Londoño y Carlos Arturo Urrego Rojas* por parte del Tribunal, las que, asegura, estuvieron determinadas por evidentes errores en la valoración de algunos elementos de prueba, al conferirles el juzgador un valor y una fuerza probatoria que la ley no les atribuye.

Apoyado en la norma rectora que precisa los fines del procedimiento, sostiene que, en el caso de autos, la coautoría resultaba ser condición sine qua non, en el entendido de tratarse de una labor compleja, a cumplirse entre los días 21 y 25 de diciembre de 1990. Por eso no puede entenderse la posición facilista del Tribunal, al dividir el trabajo de los celadores los días del reato, cuando de otra parte reconoce que el punible no fue improvisado, sino cuidadosamente planeado, y que no fue obra de uno, sino de varios sujetos que con acuerdo de voluntades y división de trabajo concurrieron a la empresa criminal.

Con quién, se pregunta el recurrente, sino con todos y cada uno de los celadores que habrían de prestar sus servicios de celaduría los días 21, 22, 23 24 y 25, pudo realizarse el acuerdo de voluntades? De dónde saca el Tribunal que el delito se cometió en horas de la noche para exculpar a los celadores diurnos? No resulta lógico pensar que en un delito que debía agotarse en cuatro días, sin solución de continuidad, debió contarse con los celadores diurnos y nocturnos?.

La lógica enseña que la preparación de un delito como el cometido en la entidad bancaria, necesitaba contar forzosamente con todas las personas que tendrían acceso a sus instalaciones los días del cierre, pues cualquiera entendería que sus ideadores no iban a dejar al azar a dos o tres celadores por el hecho de ser vigilantes diurnos. Luego, dentro de la lógica, lo que resulta razonable pensar es que hubo necesidad de contar con la complicidad de los tres celadores, como en efecto ocurrió, y como lo sostuvo el señor Procurador 15 en lo Judicial.

Al referirse a la absolución de Carlos Arturo Urrego Rojas y su responsabilidad en los hechos, se remite al siguiente aparte de las argumentaciones presentadas ante el Tribunal:

"Son muy extrañas las acciones de *Carlos Arturo Urrego Rojas*, el día 24 de diciembre de 1990, cuando estuvo en la oficina bancaria afectada ya que hizo quebrar la llave del cajero automático y fingió (coartada) que iba a una cerrajería a "hacer un duplicado de la mencionada llave, cuando él mismo como cajero experimentado sabía de sobra que ese duplicado solo se podía hacer en una máquina especial y con la debida autorización del Banco de Bogotá; sabía igualmente que doña *Myriam Hernández*, tenía duplicado de tal llave. Por qué no la hizo venir para que le abriera, y reemplazara la llave partida? Además era necesaria la presencia de doña Myriam, ya que ella tenía la otra llave para alimentar el cajero automático. Por qué pretendía *Urrego Rojas* hacerlo solo? Este conocía también todos los dispositivos de seguridad de la oficina y la forma de neutralizarlos y bloquearlos, de tal manera que sus compinches pudieran trabajar tranquilamente sin que fueran detectados por la policía" (fls.284 y 285 ibidem).

Resume los cargos diciendo que con la sentencia recurrida "se violó el art.61 del Código Penal al juzgar con errado criterio y dentro de los límites señalados por la ley a tres de los coautores del ilícito; se violó el artículo 103 del mismo Código cuando limita notablemente los derechos de la parte civil tendientes a obtener la reparación material del daño causado, de manera justa y equitativa; se violó el artículo 107 del Código Penal, pues existiendo base en el proceso para avaluar pecuniariamente la indemnización por medio de peritos, no tenía sentido la tasación prudencial como lo hizo el Tribunal, reduciendo la indemnización a solo 4.000 gramos oro; se violó el artículo 23 del Código Penal, por desconocer la autoría en el grado de coparticipación de tres de los procesados; y el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal por haberse hecho una indebida apreciación de las pruebas y si a los mismos hechos debe aplicársele el mismo derecho, es obvio que los procesados absueltos deben responder de igual manera y como autores del punible descrito" (fls.285 ibidem).

Apoyado en estas consideraciones pide a la Corte que se modifique parcialmente la sentencia impugnada y, en consonancia con las pretensiones de la demanda, declare el estado en que queda el proceso, disponiendo su reposición.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

1. Demanda presentada por el defensor del procesado Abelardo Orjuela.

Recuerda la Delegada que la causal primera de casación contempla dos modalidades de violación de la ley sustancial, la directa e

indirecta, debiendo el demandante en la primera aceptar los hechos y la valoración de las pruebas consignados en la sentencia, los cuales solo pueden ser objeto de controversia a través de la segunda.

Por esta razón, atenta contra todo principio lógico casacional proponer el ataque por la vía directa, como lo hace el actor en este caso, e invocar a la vez como modalidad de quebranto la errada apreciación probatoria, puesto que ello implica una entremezcla argumentativa que impide conocer el verdadero alcance de la pretensión.

Tampoco precisa el impugnante el sentido de la violación, si por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, limitándose a señalar que el fallo violó los artículos 350, 351 y 372 del Código Penal.

Además de estas inconsistencias de carácter técnico, la propuesta de ataque, que en las condiciones anotadas resulta ininteligible, trasluce un alegato de instancia, en cuanto que el censor se dedica a exponer criterios personales para afirmar que no se cumplen los requisitos sustanciales exigidos por el artículo 247 del estatuto procesal para dictar fallo condenatorio.

En un tal propósito, arremete contra la prueba indiciaria fundamento de la sentencia, respecto de la cual entra a exponer su decidida inconformidad, sin reparar en los condicionamientos de orden técnico que deben cumplirse para que proceda la impugnación por este medio, como que no es lo mismo cuestionar la prueba del hecho indicador que discutir la inferencia lógica.

Las genéricas y reiteradas atestaciones del censor en el sentido de que los indicios de oportunidad y mentira, en que se basa la sentencia, no demuestran la responsabilidad de su cliente, no pasan de ser personales apreciaciones que jamás podrían tener eco en sede de casación.

Este cargo, en criterio del representante del Ministerio Público, no puede por tanto prosperar.

2. *Demanda presentada por el defensor del procesado Roberto Sanabria García.*

De la afirmación del recurrente en el sentido de que el Tribunal incurrió en error de hecho al valorar erróneamente los indicios derivados de la circunstancia de que *Roberto Sanabria García* tenía las llaves de la bóveda de fiduciaria, la Delegada concluye que es en principio a la inferencia lógica, o indicio en sí mismo considerado, a lo que se opone el libelista.

Este ataque, agrega, solo es posible por la vía del error de hecho, por falso juicio de identidad, en tanto logre demostrarse ilogicidad evidente en el raciocinio del juzgador o desconocimiento manifiesto de las reglas de la experiencia, aspectos en los que el libelo no incursiona.

Amparado en el error de hecho anunciado, el actor no hace cosa distinta de acudir a la proposición de todo un conjunto de razonamientos hipotéticos, como por ejemplo que la sentencia no se fundamentó en indicios seguros, ni en la confesión del procesado, ni en declaraciones que existieran en el expediente; que de la simple circunstancia de estar encargado de las llaves no puede inferirse su participación en los hechos; que entre *Sanabria García* y los celadores no se estableció ninguna relación sospechosa; que las claves de la puerta no fueron cambiadas al asumir Sanabria García el cargo; y, que las llaves eran también responsabilidad de *Myriam Hernández*, para oponerlos a las apreciaciones del Tribunal, desarrollando un "falso juicio de identidad", que no puede admitirse como procedimiento válido para probar la ilogicidad manifiesta en las deducciones del sentenciador.

El Tribunal, prosigue la Delegada, partió de la consideración de que Sanabria García tenía el manejo de las puertas de acceso a la bóveda, y que, de acuerdo con el testimonio de *Juan Andrés Ramos Garnica*, Gerente de Equipos de Seguridad "Segurit Ltda", y el experticio del técnico en seguridad *Francisco Villalba Botero*, si hubiera programado la cerradura el tiempo que dice (108 horas) y aplicado los mecanismos de seguridad como lo afirma, la puerta de la bóveda no habría podido abrirse hasta que no se cumpliera el ciclo de programación. Este hecho indicial, condujo al Tribunal a la inferencia lógica de que *Sanabria García* cerró la puerta pero no con todos los sistemas de bloqueo y seguridad requeridos, juicio conclusivo que resulta acertado y válido, si se toma en cuenta que sobre la misma no se ejerció ningún tipo de violencia.Por estas razones, pide desestimar la censura.

3. *Demanda presentada por el apoderado de la parte civil.*

En relación con este libelo la Delegada sostiene que el error de derecho por falso juicio de convicción, en el cual se apoya el cargo, no procede en relación con aquellos elementos de persuasión que, como la prueba testimonial, pericial o indiciaria, no están sujetos a tarifa legal, sino que se han dejado a la apreciación racional del Juez.

Explica que en este último sistema el Juez goza de una amplia discrecionalidad valorativa en el análisis probatorio, razón por la cual en sede de casación no son admisibles posiciones polémicas o

simples disparidades de criterio apreciativo, frente a las conclusiones de la sentencia, como termina haciéndolo el demandante.

Por esto, un ataque como el intentado, no puede menos que desestimarse.

SE CONSIDERA

Primera demanda.

Muy poco habría que agregar a los reparos de carácter técnico y de fundamentación del cargo expuestos por el Procurador Segundo Delegado en su concepto, en relación con la vía de ataque escogida por el recurrente para denunciar la existencia de errores de apreciación probatoria, y a la forma como encara la demostración de la censura.

Sobre el primer aspecto, sería de sostener que la distinción que tradicionalmente se ha hecho entre violación directa e indirecta de una norma de derecho sustancial, se fundamenta en la ausencia o presencia de errores de apreciación probatoria en la producción de la infracción. Si el Juez falla en la aplicación o interpretación del precepto legal, sin consideración a la prueba, la violación será directa; pero si marra en el análisis probatorio y, a causa de ello, aplica indebidamente o inaplica la disposición legal, la violación es indirecta.

Esto explica la razón por la cual cuando se alega quebrantamiento directo de la ley, resulta inconsecuente y por tanto, técnicamente inaceptable, invocar en apoyo del cargo errores de apreciación probatoria, como lo hace en el presente caso el impugnante, quien debió orientar el ataque por la vía de la violación indirecta, si lo pretendido era denunciar violación de la ley sustancial por errores en la apreciación de la prueba indiciaria.

De todos modos, y como de igual manera lo destaca la Delegada, la crítica que el actor finalmente efectúa al proceso de concreción de los indicios de oportunidad para delinquir y mentira, deducidos en la sentencia, se finca en una serie de consideraciones generales, de índole personal, que apuntan en distintas direcciones, como que involucran ataques simultáneos a las diferentes fases de la construcción indicial, al igual que a su fuerza persuasiva, sin el menor rigor técnico.

Ya la Corte, en repetidas oportunidades, ha dicho que las glosas a la prueba indiciaria en casación deben hacerse según se trate de cuestionar la prueba del hecho indicador, la inferencia lógica o el poder de convicción del indicio, puesto que los errores, en cada caso, son de naturaleza distinta (Cfr. Cas. mayo 30/96, Mag. Ptc.

Dr. Fernando Arboleda Ripoll y abril 17/97, Mag. Ple. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, entre otras).

Un claro reflejo del marcado acento personal que el libelista imprime a sus críticas de carácter probatorio, está dado por la forma como asume el análisis del indicio de oportunidad para delinquir, en relación con el cual se limita a expresar que fue deducido por la simple condición de celador de su poderdante, cuando la verdad es que este aspecto, según se desprende del contenido de la sentencia, representa apenas uno de los elementos constitutivos del hecho indicador.

El referido indicio, lo construye el Tribunal a partir de la demostración e interrelación de dos elementos básicos circunstanciales: momento de comisión del ilícito y presencia de Abelardo Orjuela en el lugar de los hechos. El primero, lo dedujo del estado de desaseo manifiesto en que fueron hallados el 26 de diciembre el baño de hombres y otros lugares del banco, al parecer por alicoramiento y/o intoxicación de algunos de los autores del ilícito, debido al efecto de los gases, situación que unida a la circunstancia también demostrada de que dicho estado de cosas no existía cuando se presentó cambio de turno el día 25 a las siete de la noche, según lo afirman los celadores entrante y saliente, permitieron al juzgador ubicar la ocurrencia de los hechos entre esa hora y las 6:00 de la mañana del día siguiente, período dentro del cual prestó vigilancia en el banco el procesado Abelardo Orjuela (fls. 121 ss. cd. Tribunal).

También fueron tenidos en cuenta como elementos indicadores de que los hechos sucedieron esa noche, el testimonio de María Mercedes Ayala Lesmes, Auxiliar de Cafetería y Aseo del banco, quien percibió como recientes los residuos orgánicos dejados por los autores del hecho, y el tiempo de duración del turno prestado por el acusado (once horas), lo cual posibilitaba la ejecución del delito, el que, según la versión de *Pedro Orlando Gil Gallo*, Contralor Regional del Banco de Bogotá, no pudo haber sido realizado en menos de seis o siete horas (fls. 122 y 123 cd. Tribunal, 100, 108, 194, 199 y 234-1).

Como puede verse, no solo fue su condición de celador, sino el conjunto de circunstancias anotadas, las que permitieron relacionar al procesado Abelardo Orjuela con los hechos investigados y, finalmente, afirmar su responsabilidad en los mismos, para lo cual se tuvieron en cuenta otros aspectos, como la circunstancia de contar el banco con una sola puerta de acceso y la forma como se ejecutó el delito, de donde los juzgadores dedujeron que sin la "aquiescencia participativa del celador de turno", el hecho no habría podido realizarse.

Aparte del análisis fragmentario que el actor efectúa de la prueba, particularmente de la que sirvió de sustrato para estructurar los indicios de oportunidad para delinquir y mentira, en los cuales se apoya la sentencia, y de la ausencia absoluta de técnica en la presentación y desarrollo del cargo, se advierte una total incoherencia entre la tesis propuesta y la conclusión a que arriba, ya que de manera contradictoria no solo pide la absolución del procesado por ausencia de prueba para condenar, sino que demanda una redosificación de la pena para ajustarla, en su criterio, a las previsiones de los artículos 61 y 67 del Código Penal.

Razón, por tanto, le asiste a la Delegada, cuando afirma que la demanda no trasciende la informalidad propia de un alegato de instancia.

El cargo no prospera.

Segunda demanda.

El cuestionamiento que en esta demanda se hace a la sentencia impugnada se circunscribe a la valoración del indicio obtenido por los juzgadores de instancia a partir de las funciones asignadas al procesado Roberto Sanabria García en relación con el manejo de la bóveda de la sección fiduciaria del banco donde se realizó el hurto, y de la circunstancia de haber ocurrido el delito encontrándose en el desempeño del cargo, pues se afirma que de la interrelación de estas dos proposiciones no puede llegarse a la conclusión que es responsable, como lo sostiene el fallo.

Entre los varios reparos que ab initio cabría hacer a esta censura, debe destacarse la ausencia de identidad entre las conclusiones realmente obtenidas por los falladores de las fuentes fácticas anotadas, y las aducidas en la censura como derivadas de ellas, imprecisión que hace que toda la construcción argumentativa se arruine por artificiosidad de sus fundamentos.

La declaración de responsabilidad del procesado devino del análisis concordado de la totalidad de la prueba indiciaria, no de la interrelación de las circunstancias señaladas por el casacionista, las que solo sirvieron para deducir un indicio grave en su contra, no controvertido en la demanda, como fue que Sanabria García no cerró con las debidas seguridades la puerta principal de la bóveda, según se desprende del siguiente aparte de la sentencia de segunda instancia:

"De acuerdo con lo dicho por los anotados expertos, se tiene que si Sanabria García hubiera programado la cerradura de tiempo por las 108 horas que dice, y la hubiese activado; si cerró la puerta

llevando los pasadores hasta su posición de cierre; si borró ambas combinaciones o claves y, si bloqueó los diales con sus respectivas llaves, como lo sostiene, dicha puerta no se habría podido abrir hasta tanto no se cumpliera el ciclo de programación. *Hecho indicial que conduce a la inferencia lógica de que el nombrado sindicado cerró la puerta, pero no con todos los sistemas de bloqueo y seguridad como era su deber*, puesto que de acuerdo con el reparto de trabajo delictual, tenía que cerrar la puerta de la bóveda de tal modo que permitiera el ingreso de los facinerosos a las cajillas de seguridad. *Indicio grave que compromete seriamente a Sanabria García*, dada su conexión causal con el delito" (fls.105 cd. Tribunal).

Una segunda inconsistencia, surge de la presentación incompleta que el impugnante hace de los elementos de prueba tenidos en cuenta por los juzgadores de instancia para arribar a la inferencia indiciaria referida, ya que no fue solo de las circunstancias señaladas en la demanda, sino también del dictamen rendido por el técnico en seguridad Francisco Villalba Botero, y lo informado por el Ingeniero Juan Andrés Ramos Garnica, representante legal de "Segurit Ltda", que se llegó a la conclusión de que la bóveda no fue cerrada con todos los sistemas de protección (fls.117 cd. Tribunal).

De acuerdo con estas pruebas, si el procesado hubiera aplicado los distintos dispositivos de seguridad, como dice que lo hizo, la bóveda no habría podido abrirse mientras no se cumpliera el ciclo de programación de la cerradura de tiempo bicronométrica (108 horas), que cubría el tiempo comprendido entre las 6:15 de la tarde del día viernes 22 y las 6:15 de la mañana del martes 26 de diciembre (fls. 17 y 320-1, 413-2 y 883-3).

A estos medios de convicción, sin embargo, ninguna alusión se hizo en la demanda a efecto de descalificar las deducciones obtenidas a partir de ellos, como era de esperarse que se hiciera si el planteamiento del libelista estuviera signado por un análisis serio y objetivo de la prueba que sirvió de fundamento a la decisión de condena.

Detrás del error de hecho por desviación de la inferencia indiciaria, que el impugnante propone, lo que realmente subyace es un ataque al valor demostrativo del indicio, no desarrollado en la demanda, pues se parte del supuesto de que este medio de prueba no es suficiente para afirmar la responsabilidad del procesado en los hechos, pero nada se dice sobre su alcance probatorio frente a las reglas de la sana crítica, ni sobre el poder persuasivo de los otros indicios deducidos en la sentencia, respecto de los cuales el censor guarda absoluto silencio.

Oportuno es precisar que en relación con este procesado, además del indicio al cual se ha venido haciendo mención, y que el demandante ha pretendido presentar como prueba única en su contra, se dedujeron otros, como el de actitudes anteriores, establecido de la circunstancia de haber renunciado el día viernes 22 de diciembre, cuando cerraban labores, a una incapacidad para trabajar sugerida por su odontólogo; de mala justificación; y, uno más, derivado de la circunstancia de que *José Luis Dominguez y Myriam Hernández Arias* nunca verificaban el cierre de la bóveda, lo cual era ampliamente conocido por el acusado.

Habrá de sostenerse, finalmente, que los contraargumentos que el libelista presenta en procura de restarle validez a las conclusiones del fallo, respecto de la imposibilidad de abrir la bóveda sin el concurso de *José Luis Dominguez Posso y Myriam Hernández Arias*, no solo adolecen de falta de rigor técnico en su presentación, sino que se construyen sobre el supuesto de que la puerta principal habría sido correctamente cerrada por el procesado, posibilidad que fue razonadamente descartada en la sentencia. Precisamente uno de los argumentos tenidos en cuenta por el Tribunal para excluir tal eventualidad, es que, de haberlo sido, ninguna persona en posesión de llaves o conocedora de las claves hubiera podido abrirla antes del vencimiento de las 108 horas de programación de la cerradura bicronométrica, como ocurrió. Textualmente, precisó:

"Pero podría aceptarse en gracia de discusión, que otra persona diferente a Sanabria García, también tenía llaves de los diales de la puerta principal, como parece darlo a entender, en forma sinuosa, su defensor. Quien las tuviera no podía hacer uso de ellas para abrir esa puerta; hasta tanto no precluyera el ciclo de las 108 horas en que dice Sanabria que programó y activó la cerradura de tiempo. Para poderse abrir antes, como en efecto ocurrió, se necesitó de un acuerdo previo entre varios sujetos que tomaron participación en el hurto estudiado y calculado, con reparto de trabajo, en el que le correspondió a Roberto Sanabria García, cerrar la puerta sin borrar las claves o sin colocar cualquier otro sistema de bloqueo y seguridad" (fls.121 cd. Tribunal).

El cargo no prospera.

Tercera demanda.

Los errores de derecho por falsos juicios de convicción se presentan cuando el juzgador desconoce las normas que preestablecen el valor o eficacia probatorias de un determinado elemento de prueba, es decir, cuando es la propia ley, no el Juez, quien fija su valor demostrativo. Dicho de otra manera, cuando la apreciación de su fuerza persuasiva está presidida por el sistema de tarifa legal.

En materia penal, en el sistema colombiano, con criterio general, la valoración de los medios de prueba se rige por el sistema de apreciación razonada o de sana crítica, caracterizado porque es el Juez quien dentro de una discrecionalidad racional, limitada solo por las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia, determina el valor del medio, situación que de suyo descarta, por inexistencia de norma que tarife su valor probatorio, el error de derecho por falso juicio de convicción propuesto por el demandante, en referencia a los elementos por él aludidos de manera indiscriminada.

Paralelamente, el actor, al entrar a demostrar el cargo, no va más allá de una simple crítica, de carácter general, a la determinación del Tribunal de absolver a los procesados *Luis Antonio Muñoz Maya, José Guillermo Pachón Londoño y Carlos Arturo Urrego Rojas*, planteamientos que por su contenido bien hubiera podido servir como alegato de instancia, o preámbulo del cargo en sede de casación, pero no como desarrollo y demostración del mismo.

Ha de reiterarse, una vez más, que cuando se plantea violación de la ley sustancial por errores de apreciación probatoria, la demanda, para que pueda ser estudiada, debe contener, al menos, la identificación de las pruebas cuya apreciación se cuestiona, el señalamiento del error denunciado, su naturaleza, y la demostración de su incidencia en la parte dispositiva del fallo, nada de lo cual intenta siquiera cumplir en este caso el casacionista.

Puesto que en las condiciones anotadas, la censura propuesta por el representante de la parte civil deviene inexaminable, se la desestimará.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cumplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego (no firmó), *Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar* (no firmó), *Didimo Páez Velandia , Juan M. Torres Fresneda. .*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION / ERROR IN PROCEDENDO / ERROR IN JUDICANDO

Múltiples veces ha explicitado la Sala que el recurso de casación no está instituido para reemplazar caprichosamente los fallos de la segunda instancia adversos a los intereses del impugnante. Ese reemplazo, total o parcial, únicamente puede devenir de la demostración objetiva de los errores aducibles a través de la impugnación, que pueden ser jurídicos propiamente tales —vicios in iudicando— o, de actividad —vicios in procedendo— en que haya incurrido el sentenciador, siempre y cuando sean trascendentes, vale decir, eficaces para modificar el sentido o los alcances de la decisión acusada. En tanto la demanda no se allana a estas insoslayables premisas y se limite a comparar la visión de la prueba del censor, extraída de su obviamente interesado criterio sin alusión y demostración de tales errores, con la del juzgador y, a proponer que la Corte, en esas condiciones, prefiera aquélla, fuerza es reconocer que el escrito se sustrae a toda causa de casación y que en definitiva lo que persigue es un debate instancial con replanteamiento probatorio e implícita deslealtad con los sujetos no recurrentes, no admisible, en cuanto la Corte como tribunal de casación también está supeditada a la observancia del debido proceso propio del recurso extraordinario.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Paez Velandia.*

Aprobado Acta No.143 Proceso No. 9666

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 22 de enero de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante la cual se condena a *Segundo Edgar Valencia Guerrero* a la pena principal de diez años de prisión

y a la accesoria correspondiente como autor responsable del delito de homicidio cometido en la persona de *Rafael Valencia Camacho*.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 19 de septiembre de 1992, en el municipio de Tumaco se suscitó una breve refriega entre *Segundo Edgar Valencia Guerrero* y *Rafael Valencia Camacho*, que terminó cuando aquél disparó dos veces su arma de fuego contra éste ocasionándole lesiones que provocaron su deceso.

Abierta la investigación por la Unidad investigativa de Fiscalía de Tumaco y oído en indagatoria el sindicado, fue acusado por homicidio simple voluntario mediante resolución de segunda instancia del 9 de marzo de 1993 (fls. 268-292 cd.ppl. 1).

Concluido el rito de la causa, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tumaco dictó sentencia condenatoria a las penas antes descritas (fl. 558 cd.ppl.2), pues el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto al conocerla por apelación la confirmó a integridad (fl. 592 cd. ppl. 2) en el fallo que ha sido impugnado extraordinariamente.

LA DEMANDA

Invocando la causal 1ª, cuerpo segundo, del artículo 220 del C. de P. P. el señor defensor formula un cargo contra la sentencia del Tribunal acusándola de ser violatoria de "la ley sustancial por inadecuada calificación probatoria".

Afirma que en el proceso existe un "enfrentamiento probatorio y la posibilidad de hechos distintos" debido a la presencia de "dos bloques de testigos, que denotan apreciaciones plenamente distintas". Luego de advertir las premisas para la recepción de la prueba de testimonio asevera que "en el presente caso ... no aparece muy diáfana la objetividad de los testigos" y enfatiza el deber de apreciar el testimonio conforme a la sana crítica.

Que en la sentencia solo "se tiene como punto de discordia el elemento proporcionalidad de la legítima defensa" y que "los testigos de cargo no señalan" la tenencia de arma por parte del occiso". Luego asevera que el Tribunal no examinó "la existencia de la confesión cualificada" del sindicado, que no fue contradicho por los testigos de cargo, pese a que éstos lo señalaron como el agresor; seguidamente, dice que "si aparecen condiciones elementales ... que harían posible alegar la legítima defensa" porque su cliente recibió lesiones de parte del occiso, como lo comprobó el investigador y no lo discutieron la parte civil ni la Fiscalía en la audiencia pública.

Considera que el dicho del procesado, en casos como el que se estudia, "tiene un alcance diferente al del mero testigo" y que no se le puede pedir "la ecuanimidad necesaria como para no reaccionar y mucho menos como para no hacerlo con lo primero que se le presentara como arma".

Agrega que la confesión referida "tiene aceptación judicial en la medida que la prueba infirmatoria no niegue el aspecto objetivo de la infracción y no desmienta que hubo una agresión ..." y por tanto, dice, "debemos aceptar la confesión como tal.".

Cuestiona extensamente la apreciación de la prueba testimonial por el Tribunal, por no haber aceptado la justificante basado en los testimonios de cargo, cuando lo correcto era, en su criterio, restar a éstos todo crédito por provenir de personas interesadas por lazos de amistad y de gremio con el ofendido. Entendido ello así, esa prueba de compromiso queda "destruída ... y revivida la razón fáctica de la justificante ...". Después de transcribir extensa cita doctrinaria que considera adaptable al caso, sobre los factores incidentes en la eficacia del testimonio, añade que conforme a la confesión y a "la posibilidad fáctica" se dan los elementos de la aducida justificante.

Razonando sobre los factores de la legítima defensa dice que, aunque el procesado fue el primero en agredir y el occiso le replicó, "la respuesta final no es sino el cruce de intereses ahora vistos en peligro.", para concluir reiterando que el rechazo de la justificante devino de "no examinar la calidad del testimonio de cargo y decretar descarte al de descargo sin tener en cuenta que la sola contradicción ya impone una duda y que no se salvó ni siquiera para dar una adecuada ubicación jurídica al hecho, que en últimas permitía reconocer una circunstancia o un agravante.".

Finalizando su alegación cita como normas infringidas los artículos 247, 294 y 9° del C. de P.P. y solicita que la Corte case la sentencia "en el grado que lo considere pertinente" y decrete la libertad del procesado.

El Ministerio Público

Hallando que el escrito de demanda cae en "ineptitud técnica y argumentativa", descalificación que explica en detalle, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a la pretensión del casacionista.

Advirtiendo con cita jurisprudencial relativa a la naturaleza y el fin de la demanda de sustentación del recurso extraordinario, que el objeto de éste no es enfrentar caprichosamente el criterio del actor al del fallador para procurar la prevalencia de aquél, que es

lo que permite inferir el contenido del escrito, destaca la falta de concreción de los errores de apreciación y las pruebas sobre los cuales pudieron recaer, como supuesto de la causal de casación que aduce, así como la omisión de la cita de las normas sustantivas que pudieron resultar violadas, para terminar conceptuando que ante las severas inconsistencias destacadas, no puede asumirse el estudio de fondo del escrito.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El contexto de la censura permite vislumbrar, sin que eso implique soslayar las varias inconsistencias técnicas y teóricas que afectan la exposición de la demanda y pone de manifiesto, con sobrada razón, el distinguido representante del Ministerio Público, que la inconformidad del casacionista se arraiga en la condenación de su poderdante a causa del no reconocimiento por el Tribunal, de la justificante de legítima defensa, que atribuye a supuestos errores de evaluación de la prueba testifical allegada a la investigación.

Sin embargo, en lo atinente al factor técnico de la demanda en estudio, debe decirse que ningún esfuerzo hace el censor por individualizar los errores que pudieron cometerse en el estudio de cada una de las pruebas y que pudieron determinar el fallo que considera equivocado, lo que era su deber hacer partiendo de la base de que la causal seleccionada para impugnar fue la 1ª del artículo 220 del C. de P. P. en el aspecto probatorio, a la sombra de la cual se limita a insinuar, pues no menciona las normas transgredidas, la violación indirecta de los preceptos sustanciales pertinentes al planteamiento, limitándose a los de naturaleza instrumental a través de los cuales podría haberse ocasionado esa violación. De esta suerte, el discurso es incompleto y pierde la coherencia que debiera caracterizarlo dado que se trata de una acusación que debe ser formulada en derecho y en lógica porque su objetivo es cuestionar de la misma manera y con objetividad una sentencia que viene de las instancias amparada por la doble presunción de acierto y de legalidad.

Por lo que hace al aspecto conceptual la situación es de similar falencia: Acusa el actor a la sentencia de incurrir en equivocada apreciación de los testimonios de cargo y de descargo, pero no por errores relativos a su objetividad tangible o a su legalidad para ser considerados, ni siquiera al otorgamiento de un valor no reconocido en la ley o francamente adverso a las normas reguladoras de la prueba —silencio aplicable a falencia de orden técnico, como se advirtió en precedencia, pero incidente en el planteamiento esencial—, sino porque el Tribunal optó, atendiendo los principios de la sana crítica que informan la prueba e imperan para el juzgador, por conceder credibilidad a los testimonios de cargo y correlativamente

denegársela a los de descargo, incluido el mismo dicho del procesado, respecto del cual afirma equivocadamente que no se tuvo en cuenta su confesión cualificada.

Bajo este criterio, en últimas conjetura que pesan tanto unos como otros, y se contenta con insinuar también, en el método escogido para alegar, la existencia de la duda respecto de la presencia de la excluyente de antijuridicidad de que habla, pero sin completar el planteamiento.

Además, sin la concreción necesaria, cuestiona el análisis de los testimonios de compromiso, aduciendo que no se tuvieron en cuenta los atributos de calidad del artículo 294 del C. de P. P respecto de cada uno de los deponentes, pero no exige que esos mismos atributos sean considerados en referencia a la prueba de descargo de igual naturaleza, que busca sobreponer en su poder de convicción en pro de la absolución —que dicho sea de paso, tampoco reclama abiertamente, sino que sugiere—.

Múltiples veces ha explicitado la Sala que el recurso de casación no está instituido para reemplazar caprichosamente los fallos de la segunda instancia adversos a los intereses del impugnante. Ese reemplazo, total o parcial, únicamente puede devenir de la demostración objetiva de los errores aducibles a través de la impugnación, que pueden ser jurídicos propiamente tales —vicios in judicando— o, de actividad —vicios in procedendo— en que haya incurrido el sentenciador, siempre y cuando sean trascendentes, vale decir, eficaces para modificar el sentido o los alcances de la decisión acusada. En tanto la demanda no se allana a estas insoslayables premisas y se limite a comparar la visión de la prueba del censor, extraída de su obviamente interesado criterio sin alusión y demostración de tales errores, con la del juzgador y, a proponer que la Corte, en esas condiciones, prefiera aquélla, fuerza es reconocer que el escrito se sustrae a toda causa de casación y que en definitiva lo que persigue es un debate instancial con replanteamiento probatorio e implícita deslealtad con los sujetos no recurrentes, no admisible, en cuanto la Corte como tribunal de casación también está supeditada a la observancia del debido proceso propio del recurso extraordinario.

Por lo demás y sumada a las falencias que ya se precisó afectan la demanda, surge la falta de razón de la impugnación. El estudio probatorio del Tribunal, según se advirtió, se revela serio y objetivo, esto es, realizado bajo los supuestos de la crítica racional. Es así como, para descartar la legítima defensa aducida por el procesado, analiza con total imparcialidad los testimonios recaudados para arribar a sus conclusiones sobre la no ocurrencia de la justificante:

"[...]".

Se tiene de otra parte que los testigos presenciales sostienen que los contrincantes siempre estuvieron de frente y no oyeron la expresión 'oye te matan' desvirtuándose así el ataque por la espalda que pretende plantear el procesado.

Ahora bien, si el empujón causante del enfrentamiento lo hizo *Segundo Edgar Valencia Guerrero*, pierde valor la afirmación contraria que éste hace, lo mismo que el reconocimiento de los disparos que salieron de su arma cuando estaban en el forcejeo, realizando el primer disparo a la tierra, cuando la verdad, de acuerdo a lo que sostienen los testigos presenciales el primer disparo se hizo a la pierna del occiso...

En estas condiciones, la afirmación que el procesado hace de haber disparado su arma cuando se encontraba herido y su contrincante lo estaba venciendo, vale decir, en legítima defensa, se desvirtúa con lo que declaran Alirio Vergara y Toribio Arturo Obando, acompañantes del occiso cuya presencia la aceptan no sólo el procesado sino los testigos que han declarado a su favor, pudiendo tan sólo objetarles lo dicho por ellos respecto a que el occiso no tenía arma, afirmación que no es cierta no obstante lo cual, realmente son testigos de excepción.". (fls. 589-590 cd. ppl. 2, negrillas fuera de texto).

En definitiva, el cargo no prospera.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, oído el concepto del Ministerio Público,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego (no firmó), *Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar* (no firmó), *Didimo Páez Velandia, Juan M. Torres Fresneda, Santiago Beracasa Hoyer*, (Conjuez).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR DE HECHO - Apreciación probatoria

Es reiterada la advertencia jurisprudencial que para que en sede extraordinaria asuma entidad desestabilizadora del fallo de segundo grado, el error de apreciación probatoria que vicie este pronunciamiento debe tener la virtualidad de desquiciar el andamiaje probatorio en que se sustenta mutar bien el sentido, o el alcance de la decisión. Si ese error carece de tal eficacia, es manifiesta su inanidad y no amerita el juicio casacional.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente:Dr.Didimo Paez Velandia.

Aprobado Acta No.143 Proceso No. 9258

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 28 de octubre de 1993 por el Tribunal Superior del distrito Judicial de Cali, en la cual se condena a *Didier Betancourth Salazar* a la pena principal de dieciseis años de prisión y la correspondiente accesoria en término de seis años, como autor responsable del delito de homicidio cometido en la persona de *Nimia Esperanza Pérez.*

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Didier Betancourth Salazar y *Nimia Esperanza Pérez Tigreros* hacian vida marital desde hacia varios años durante los cuales procrearon tres hijos y residían juntos en el barrio Villa del Lago de la ciudad de Cali, sosteniendo con cierta frecuencia disgustos domésticos originados en celos recíprocos. El 20 de diciembre de 1991 Betancourt Salazar regresó a su hogar en horas de la madrugada y buscó descansar en un cuarto separado al de su compañera —que reposaba con el bebé que apenas días antes había nacido—, pero ésta en varias ocasiones lo importunó impidiéndole conciliar el

sueño. Horas más tarde se generó uno de los acostumbrados disgustos y aquél le disparó repetidas veces un arma de fuego, ocasionándole la muerte, luego de lo cual se ausentó del lugar llevando consigo a uno de sus pequeños hijos.

Capturado por la Policía el mismo día de los hechos, mediante indagatoria se le vinculó al proceso, iniciado por el entonces Juzgado 36 I.C. de Cali (fls. 62, 8, 57 cd.ppl. 1).

El mérito sumarial fue calificado el 8 de mayo de 1992 con llamamiento a juicio por el delito de homicidio agravado según las circunstancias 1a. y 7a. del artículo 324 del C. P. . (fls. 308 cd. ppl. 1).

Durante la etapa del juicio, que adelantó el juzgado 28 Penal del Circuito de Cali, se practicó pericia psiquiátrica al implicado, cuyo resultado descartó el trastorno mental para el día de los hechos. (fls. 292 cd. ppl. 1). En esta fase el Fiscal Delegado solicitó la práctica de audiencia especial, pero desistió, por lo que dentro del trámite común se celebró la audiencia pública y se emitió la correspondiente sentencia. (fl. 478 cd. ppl. 1).

Esta fue condenatoria por homicidio simple atenuado por la circunstancia de la ira prevista en el artículo 60 del C. P. y con reconocimiento de rebaja por confesión; pero apelada que fue por la Fiscalía, el Tribunal la modificó parcialmente manteniendo la acusación por homicidio agravado por la circunstancia 7a. del artículo 324 del C. P. y desechando las aminorantes mencionadas, señalando como sanciones las ya referidas, en la sentencia que la defensa ha recurrido extraordinariamente. (fls. 576, 614 cd. ppl. 1).

LA DEMANDA

El único cargo que formula el actor contra el fallo de segundo grado se fundamenta en la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P., cuerpo segundo, y lo hace consistir en la vulneración del debido proceso referido en los artículos 29 de la Constitución y 1° del C. de P.P., y falta de aplicación de los artículos 60 del C.P. y 299 del C. de P.P. y la indebida aplicación del artículo 324 del C. P.

Al tratar de desarrollar el planteamiento, se limita a criticar las imprecisiones que en su sentir acusa la sentencia, cuando afirma la existencia de un cúmulo testimonial sobre los hechos a pesar de que el único testigo de vista fue el menor hijo de los protagonistas y al sostener que el procesado salió varias veces de su casa la mañana de los hechos, de lo cual dio cuenta el celador de la edificación en donde acaecieron los hechos. Considera

que las conclusiones de la sentencia luego del estudio del acta de necropsia fueron equivocadas en relación con el orden en que dice fueron hechos los disparos a la víctima y afirma que el razonamiento del Tribunal fue arbitrario y tendiente a diluir la perturbación anímica del acusado y estructurar las agravantes de indefensión y sevicia que le atribuyó.

Buscando dar cuerpo a la atenuante de la ira objeta el fallo por afirmar que todos los disparos dieron en el cuerpo de la ofendida, cuando, explica, uno dio en la pared de la cocina y dejó tatuaje y esto es, en su criterio, demostrativo de que obró movido por ese sentimiento generador de atenuación, lo que se robustece con el hecho probado en la necropsia de que los disparos fueron hechos desde diversos ángulos. En el mismo sentido emerge que el acusado fue perturbado insistentemente por su compañera celosa, al arribar a su hogar la mañana de los hechos; y en el proceso existen pruebas abundantes de las conflictivas relaciones de la pareja.

Se aparta del criterio del Tribunal en cuanto a exigir una prueba objetiva de la ira, cuando esta debe probarse a través de las condiciones personales del individuo y las circunstancias del hecho punible.

Considera que al sostener la sentencia que la occisa era agresiva porque el acusado la había hecho así, acepta la existencia de la provocación de parte de aquélla para que su amante le disparase y cuestiona la apreciación del fallador sobre las circunstancias temporales y modales de los hechos, para arribar a la conclusión consistente en que, no examinado el exacto sentido de las pruebas se dio vía libre al desconocimiento de la atenuante.

Aludiendo a la desestimación de la confesión por el Tribunal afirma, que sólo por haberse dado ésta, se estableció la autoría en cabeza del acusado, que así, esa confesión se convirtió en fundamento de la sentencia.

En forma cíclica retorna a la crítica de algunas expersiones de la sentencia, a la que acusa de ir contra la verdad al afirmar que la agresión del acusado a su ofendida se produjo por la escalera del inmueble. Añade que demostradas como están las tormentosas relaciones entre la pareja protagonista, existía fundamento para aceptar que el acusado obró dentro de la atenuante de la ira.

Finalmente y tras explicar el concepto de la violación de las normas invocadas, solicita la casación parcial del fallo, para que en reemplazo se acepten por la Corte, tanto la atenuante en referencia como la rebaja por confesión.

Los no Recurrentes

Alegato apreciatorio del Procurador 62 judicial. A las pretensiones del casacionista se opone este funcionario, encontrando que el cargo se enruta por el cuestionamiento a la apreciación probatoria adelantada por el Tribunal, pero convirtiéndose en una mera oposición del criterio del censor al del fallador, mediante la interpretación personal y restringida de algunas de las expresiones empleadas en la sentencia, tales como "cúmulo testimonial".

El ministerio Publico

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, adverso a los planteamientos de la demanda, solicita la no casación impetrada.

Como primera medida, destaca los errores de técnica que la afectan y que consisten, según precisa, en que :

"El recurrente apela a la adjetivación, a la exposición de opiniones contrarias a las del juzgador, al adornado discurso, dejando de lado la identificación de los errores de hecho que aduce como fundamento de su demanda, pues no escoge siquiera una a una las pruebas que aduce para poner de presente en qué forma cada una de ellas resultó distorsionada en la sentencia, sino que recurrentemente alude a una y otra sin indicar cuál es su contenido material, cómo dicha esencia fue tomada por el Tribunal en sentido diverso al que se deriva objetivamente de la prueba, cómo el yerro del juzgador condicionó la decisión y de qué manera, al respetarse la prueba en su materialidad, se impone conclusión contraria a la de la sentencia.".

Observa, en segundo término y respecto a lo fundamental de la argumentación, que no advierte error alguno en la evaluación probatoria del Tribunal; y, en cuanto a la crítica del censor al estudio adelantado en la sentencia de la diligencia de necropsia, enfatiza que el mismo no reviste la trascendencia que aquél le atribuye, más aún habiendo tenido como objeto desvirtuar la legítima defensa que se adujo durante las instancias, de donde colige que el casacionista tergiversa la situación al afirmar que con su análisis respecto de los impactos recibidos por la occisa el fallador lo que pretendió fue desechar la presencia del estado perturbado de la conciencia del procesado y estructurar las agravantes de indefensión de la víctima y "el orden de sevicia y crueldad del encartado".

Además omitió el censor estudiar toda la prueba demostrativa de la inexistencia de la atenuante que reclama y, aunque advierte el funcionario que el Tribunal no consideró el testimonio del menor

hijo de la pareja protagonista de los hechos, encuentra que esta prueba carecía de incidencia en el fallo frente a la fuerza demostrativa de los restantes elementos de compromiso.

Tras descartar, con apoyo en la prueba recaudada el pretentido estado de ira, también se opone el funcionario al reconocimiento de la rebaja por confesión, pues aunque considera, equivocado el criterio del Tribunal orientado en el mismo sentido del de la jurisprudencia de la Corte, de que debe la confesión ser fundamento de la sentencia para que opere el beneficio, porque según explica, es una exigencia extralegal, en el caso concreto la exposición de la indagatoria del procesado "carece de las notas propias de una confesión", dado que tergiversa los hechos y los refiere "como el producto de una reacción primitiva que eliminó la intervención de la voluntad del inculpado.", fuera de que exterioriza falta de sinceridad y de veracidad. No hubo, dice, la alegada transgresión del artículo 299 del C. de P. P. .

Consideraciones de la Corte

Resulta defectuosa la demanda, no solamente al aducir dentro de la causal propuesta, la vulneración del debido proceso, pues tal enunciado corresponde a la causal 3a., no a la 1a., cuerpo segundo, sino también por omitir desarrollarlo. No obstante las dos censuras rescatables -aunque se presentaron como una-, que conforman la demanda bajo la causal 1a, carecen de eficacia para remover la sentencia de segundo grado, como bien lo advierte el Ministerio Público. En efecto:

En la primera, referida a la falta de aplicación del artículo 60 del C. P. con la consiguiente aplicación indebida de las agravantes del artículo 324 del mismo estatuto, debido, según el actor a errores de apreciación probatoria, lo primero que se echa de ver es la falta de concreción de los errores de asunción de la prueba por el Tribunal en relación con la diminuente que hubieran podido generar esa inaplicación con sus consecuencias punitivas, inconsistencia ésta antecedida de la falta de un rastreo de parte del casacionista, de toda la prueba consolidante del compromiso en los términos en que afecta al inculpado, de donde surge en definitiva una acusación incompleta, además de falta de precisión. Efectivamente:

Reduciendo al máximo la posibilidad probatoria asumida por la sentencia acusada, critica el actor la aserción de ésta de la existencia de un "cúmulo testimonial" en torno a los hechos, pues dice, solo existió un testigo, que lo fue el menor hijo de los protagonistas, Didier Betancourt Pérez. De otra parte, afirma que distorsiona el dicho de unos testigos, pero solo precisa a Rodrigo Pérez Tigreros,

para contrastarlo con el dicho de "el vigilante" —cuyo nombre tampoco menciona— sobre las veces que el acusado salió de su hogar y volvió y el sitio donde dejó a "los niños".

Olvida el censor que en un análisis probatorio completo y objetivo cuentan **no solo** los testimonios directos y la prueba indiciaria y, además que es deber del casacionista precisar las pruebas que han sido distorsionadas y realizar la comparación entre lo que su contenido dice y lo que el Juez les atribuyó.

Las afirmaciones genéricas sobre supuestas distorsiones, máxime cuando ni siquiera se indican las probanzas sobre las cuales pudo haber recaído el vicio, hacen incompleta la censura y eliminan sus fundamentos materiales y dialécticos, impidiéndole a la Corte, sujeta por el principio de limitación —artículo 228 C. de P.P.—, a verificar la veracidad y la trascendencia de la objeción.

Pero la falla más protuberante de la demanda emerge de la extensa y acerba crítica a que somete las consideraciones del Tribunal en torno al acta de necropsia mediante las cuales se desechó la justificante de la legítima defensa aducida por el acusado en su indagatoria, afirmando el actor, **sin indicar y demostrar en qué consistió el error de apreciación de esa prueba**, que la evaluación de ese medio probatorio en la forma en que se hizo estaba encaminada a "concluir la ausencia de cualquier estado afectivo perturbador en la conciencia de ... al momento de agredir a su esposa, para desconocerle en cualquier forma la circunstancia atenuativa y además establecerle las condiciones de indefensión de la víctima y el orden de sevicia y crueldad del encartado".

Los comentarios del censor saltan de esta apreciación huérfana de demostración, a criticar la afirmación del Tribunal de que los disparos fueron hechos por el acusado de manera consciente porque todos impactaron a la víctima y a larga distancia, pues, según opina el profesional, estando acreditada la existencia de un impacto en la pared del recinto donde sucedieron los hechos, lo que se evidencia es que el proyectil dio de rebote en la occisa, y ello "prueba que los disparos se hicieron en el desorden propio de quien obra bajo el impulso incontrolado"; y, hechos a la corta distancia que permitía lo reducido de los espacios del inmueble de los hechos. Puntualiza, luego de su prolongado y desorganizado discurso : "No se puede pretender el forzamiento inadecuado de la prueba .... por el prurito de que hay que cobrar el hecho al encatado, no importa que así no se haga justicia sino que practicamente se cobre venganza" (fl. 665).

Se trata simplemente, como lo evidencia la argumentación, de una manera de reflexionar en torno a lo sucedido que no individualiza error de apreciación probatoria susceptible de casación y en la que el actor no logra precisar elemento alguno constitutivo de la atenuante por la que aboga, prefiriendo sumergirse en comentarios descalificantes de la sentencia y sobre la tormentosa vida de la pareja protagonista relatada por su cliente, a cuyo dicho confiere plena credibilidad pero magnificándolo hasta configurar lo que él como defensor considera el punto generador de la ira cuya aceptación propone, aduciendo su gestación a partir de las disputas celotípicas de los involucrados, en las que según dice, la occisa ofendía sistemáticamente a su marido, mientras que éste no pasaba de ser la sufrida víctima y de lo cual afirma la presencia de abundante prueba, pero sin lograr acreditar que justamente en la rencilla del día de los hechos se hubiera producido el estado obnubilante de la ira en éste a causa del comportamiento de la occisa.

De esta suerte, convierte el discurso en la pretensión de sobreponer su propio criterio al del fallador, con olvido de los indispensables requisitos del razonamiento lógico y completo que exige toda alegación en derecho y más exactamente la de la casación, con la que pretende derruir un fallo amparado por la doble presunción de acierto y de legalidad.

A lo anterior añádese la **indemostrada** trascedencia **para los resultados del proceso**, que el demandante otorga a la afirmación del Tribunal, de que no hubo testigo ático de los hechos (fl. 587), de lo cual se aferra el profesional para afirmar que sí existió ese testigo, que fue nadie menos que el propio menor hijo de los protagonistas, y que su dicho "Es la pieza esencial del proceso, para saber de lo que pasó en la residencia de los Betancourt ...".

A este respecto cabe anotar que el Tribunal se contradice en sus propios términos, pues renglones adelante admite que sí existió un testigo único de lo acontecido, que fue el propio menor aludido por el demandante (fl. 588), aunque la verdad es que así admitiéndolo, no le confiere espacio a su dicho en sus consideraciones.

Pues bien: el niño sí declaró lo que vio y sin calificantes de ninguna índole, como lo dice el actor, es decir, que su papá le disparó a su mamá y que ellos pelearon. Pero es lo cierto que el Tribunal no desconoce esta realidad, precisamente la decisión condenatoria parte de ella; de no haber sucedido así, no habría motivo de investigación.

El casacionista hace uso de la referencia del niño a la pelea de sus progenitores para tratar de hilvanar la pelea que en su criterio

constituyó la piedra angular de la atenuante de la ira, porque durante ella la occisa habría ofendido de manera tan grave a su victimario, que éste no tuvo más salida que privarla de la vida. Sin embargo, la trascendencia de este testimonio omitido por el Tribunal para los fines perseguidos por el censor desaparece ante el hecho incontrovertible de la aceptación que el propio profesional hace de la indagatoria de su cliente en este punto, pues este admitió la autoría aunque calificó su responsabilidad escenificando una legítima defensa; vale decir, reiteró aquello que el niño en su inocente visión de los hechos vió y contó, de donde se infiere que la omisión en la evaluación del dicho del menor, no tiene connotación con miras al rompimiento del fallo, lo que hace imperativo declarar por este aspecto la improsperidad de la censura.

Es reiterada la advertencia jurisprudencial que para que en sede extraordinaria asuma entidad desestabilizadora del fallo de segundo grado, el error de apreciación probatoria que vicie este pronunciamiento debe tener la virtualidad de desquiciar el andamiaje probatorio en que se sustenta mutar bien el sentido, o el alcance de la decisión. Si ese error carece de tal eficacia, es manifiesta su inanidad y no amerita el juicio casacional.

La deficitaria argumentación de la demanda, aunada al estudio serio y sujeto a la evidencia probatoria realizado por el Tribunal —que en lo pertinente la Corte hace suyo y que por lo mismo da aquí por reproducido—, para desautorizar las generosas consideraciones del fallador de la primera instancia que no solo pretendió convertir el homicidio en simple sino que aceptó la atenuante y, fiel a los parámetros gobernantes de la prueba en nuestro sistema procesal, imponen declarar la total ineficacia de este reparo.

En cuanto concierne a la rebaja por confesión, que el distinguido defensor reclama aduciendo falta de aplicación del artículo 299 del C. de P. P., no considera la Corte objetable el fallo acusado, pues es evidente que esa confesión —calificada, además como lo fue con una excluyente de antijuridicidad, la legítima defensa, es decir, orientada a desconocer el compromiso penal—, no fue el fundamento de la sentencia; ésta hubo de sujetarse al recaudo probatorio allegado al proceso.

Este cargo pues, tampoco está llamado a prosperar.

CASACIÓN OFICIOSA

Observa la Corte que el Tribunal, al señalar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas correspondiente al procesado, se limitó a fijarla en seis (6) años frente a la principal deducida de dieciséis (16) años de prisión, con evidente desconoci-

miento de las previsiones de los artículos 52 y 44 del C.P. que disponen, en su orden, el deber de imponer dicha pena accesoria 'por un período igual al de la pena principal' entratándose de prisión, como en este caso, sin que pueda de ninguna manera rebasar los diez (10) años señalados como máximo. Con tal proceder afectó el principio de legalidad de las penas y, de contera el debido proceso que obliga al Juez a sujetarse únicamente a la ley. Impera, por consiguiente, casar oficiosa y parcialmente la sentencia, únicamente en cuanto a esta pena se refiere para, en desarrollo de los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P., imponer al procesado de la referencia como sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas la de diez (10) años. En todo lo demás, queda el fallo sin modificación.

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

RESUELVE:

1. DESESTIMAR la demanda presentada.

2. CASAR OFICIOSA Y PARCIALMENTE la sentencia impugnada únicamente respecto de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, para fijarla en diez (10) años en contra del procesado Didier Belancourth Salazar. En lo demás, queda el fallo sin modificación alguna. En firme, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego (no firmó), *Mario Manrique Nouges, Carlos E. Mejía Escobar* (no firmó), *Didimo Páez Velandia, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / SENTENCIA ANTICIPADA

Por tratarse de una sentencia anticipada, la que supone el consentimiento del procesado sobre los cargos que definen su situación provisional, o los de la resolución acusatoria, como aquí ocurriera, anticipándose a fraudes o deslealtades de las partes, previó el legislador la restricción de la apelación a la intervención del fiscal o del ministerio público, morigerando la intervención del defensor y el procesado, al marginar con su arrepentimiento la discusión sobre la existencia del hecho, la tipicidad o la responsabilidad, limitando su interés a la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, los perjuicios o la extinción del dominio sobre bienes.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 144. Proceso No. 12747

Vistos

Debe la Sala pronunciarse sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Luis Eduardo Zuluaga Ortega*, quien impugna la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que a su vez ratificó en segunda instancia la condena anticipada impuesta por el Juzgado Once Penal de ese Circuito, tras declararle responsable de un delito de homicidio.

Antecedentes

1. En la noche del 10 de septiembre de 1995, en el Barrio Fray Damián de Cali, *Luis Eduardo Zuluaga Ortega* hirió y ocasionó la muerte con una navaja a Dolia Esther Peña, con quien sostenía una discusión.

2. Adelantado el proceso, el sindicado solicitó el proferimiento de sentencia anticipada, por lo que una vez concretados los cargos, el Juzgado 11 Penal del Circuito de Cali profirió el respectivo fallo, condenando a *Luis Eduardo Zuluaga Ortega*. La decisión fue, sin embargo, impugnada, al no tomar en cuenta la confesión contenida en la injurada, y de la cual se esperaba una rebaja de pena.

Confirmada, sin embargo, la decisión, ante el respectivo Tribunal, la defensa la recurrió en casación, dando lugar a la formulación del libelo que en esta sede se examina.

2. En la demanda presenta el casacionista un solo cargo con invocación de la causal tercera de casación, pues a su juicio el proceso se adelantó con violación del derecho de defensa (art. 304 num. 3° C. F. Penal), al no haber sido recibidos los testimonios de *Jesús Amin Benito Garzón, Fernando Camacho y Claudia Lorena Muñoz*, testigos presenciales de los hechos, dado que "...con seguridad hubieran aclarado el ataque de que fue objeto el condenado, quien alegó desde un principio su legítima defensa".

Añade que a pesar del decreto de estas diligencias, no fueron ellas verificadas por el Fiscal, lo que a su juicio conduce a la nulidad de la actuación sin necesidad de "hacer análisis sofisticados y exposición de teorías complicadas" ya que si bien "es cierto que el condenado pidió sentencia anticipada y se la concedieron", ello fue el resultado de un proceso viciado de nulidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Anticipadamente debe la Sala resaltar como motivo que lleva a la deserción del recurso interpuesto, la falta de interés del impugnante para la interposición del recurso extraordinario, pues de los términos de la demanda surge el desconocimiento de la limitante del numeral 4 del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, y por tratarse de una sentencia anticipada, la que supone el consentimiento del procesado sobre los cargos que definen su situación provisional, o los de la resolución acusatoria, como aquí ocurriera, anticipándose a fraudes o deslealtades de las partes, previó el legislador la restricción de la apelación a la intervención del fiscal o del ministerio público, morigerando la intervención del defensor y el procesado, al marginar con su arrepentimiento la discusión sobre la existencia del hecho, la tipicidad o la responsabilidad, limitando su interés a la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, los perjuicios o la extinción del dominio sobre bienes.

Del mismo modo, y no porque el precepto tienda a alinderar el tema en la apelación, podría pensarse que la casación se excluya

de dichas restricciones, porque el Código de Procedimiento Penal no instituye la casación per saltum, sino que la concibe como un recurso adverso al fallo de segunda instancia, advirtiéndose, además, por la doctrina de la Sala, que este precepto consagra el principio de la irretractabilidad, lo que extiende la restricción del interés para apelar, incluso a la impugnación extraordinaria. Así de modo expreso lo ha sostenido al expresar que un interpretación contraria "... implicaría utilizar el recurso extraordinario para burlar la limitación anotada e introducir una retractación, como ya esta Sala, en referencia al original artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, lo había advertido (Auto de 16 de septiembre de 1993, Magistrado Ponente Dr. *Guillermo Duque Ruíz*- Casación 9714 de marzo 4 de 1996)".

Añadiendo dentro del mismo pensamiento, como se expresa en decisión de marzo 8 de 1996, con ponencia del Honorable Magistrado *Jorge E. Córdoba Poveda*, que: "La sentencia anticipada del artículo 37 del

Código de Procedimiento Penal y la sentencia anticipada previa audiencia especial del 37A, ibidem, son parte de los mecanismos políticos-criminales tendientes a que principios como los de celeridad, economía procesal y eficacia tengan cabal operancia, a cambio de hacer menos gravosa la pena."

"Pero esta facultad del Estado en favor del acusado no es gratuita, sino que exige de parte de esta una contraprestación consistente en que debe conocer su responsabilidad penal con relación a los cargos que se le imputan en el acta de presentación de los mismos y renunciar a parte del trámite procesal, optando por uno abreviado, previsto en la Ley, y una sentencia inmediata, que solo podrá impugnar en los casos taxativamente señalados en ella. Por lo mismo, se extingue para él cualquier posibilidad de retractación o negación de su responsabilidad, libremente aceptada."

"De ahí que el legislador plasme, consecuentemente con la teleología de la terminación anticipada del proceso, como regla general, la imposibilidad de recurrir la sentencia, salvo en algunos eventos".

Volviendo al caso que es materia de examen, pese a que en él, el demandante invoca la causal tercera de casación bajo el pretexto de que no fueron recaudados unos medios probatorios, lo que hace inocultable es su interés por alcanzar la infirmación de la condena bajo el reconocimiento de la defensa justa, sin precaver que el procesado era quien había pedido, a ciencia y conciencia de su defensor, un fallo anticipado de condena, procedimiento

mediante el cual había impedido voluntariamente el allegamiento de otros medios probatorios, lo que hace absolutamente intolerable y reprochable por contradictorio, ineficaz y falto de lealtad, de coherencia y seriedad, su arrepentimiento tardío, frente a un fallo adverso y rogado, cuyas repercusiones punitivas preaceptadas se hacían meridianamente previsibles.

Fácil es concluir, entonces, por lo expuesto, que el impugnante carece de interés alguno para impugnar en los términos en que propone la demanda, por lo que habrá la Sala de entrar a rechazarla, al tiempo que a declarar desierto el recurso extraordinario, mediante un pronunciamiento que por querer expreso de la ley (art. 197 del C. de P.P.), no será susceptible de recurso.

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

RESUELVE:

RECHAZAR in límine la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Luis Eduardo Zuluaga Ortega*, y declarar como consecuencia la deserción del recurso extraordinario.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego (no firmó), *Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar* (no firmó), *Dídimo Páez Velandia , Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Dos clases de transgresión a la ley sustancial para efectos casacionales prevé el numeral 1o. del artículo 220 del C. de P.P., dispositivo éste que distingue la violación sin inferencia de la prueba, y la que ocurre con mediación de este aspecto, aclarando que en este último caso, así debe ser alegado por el impugnante.

La primera se conoce como violación directa porque su ocurrencia se centra de manera exclusiva en la norma sustancial por razones de aplicación o de interpretación; y la segunda como violación indirecta de la ley sustancial porque se origina en la apreciación de la prueba por parte del fallador, de donde resulta la necesidad de que una vez establecido por el demandante el motivo de su disenso con el fallo acusado, exponga clara y precisamente los fundamentos de esa divergencia. Tal es lo que exige el numeral 3o. del artículo 225 del C. de P.P. como requisito de orden formal del escrito de sustentación del recurso.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veinte (20) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Paez Velandia.*

Aprobado Acta No. 144 Proceso No. 12196

Decide la Corte lo procedente en relación con el aspecto formal de la demanda presentada para sustentar el recurso de casación interpuesto por la representación de la parte civil contra la sentencia dictada el 22 de abril de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en la que se **absuelve** al procesado *Carlos Beltran Martínez* por el delito de homicidio cometido en la persona de *Francisco León Saavedra.*

ANTECEDENTES

1°. En la madrugada del 13 de junio de 1984, en el interior del establecimiento de diversión gallera "La Macarena" del municipio

de Guadalupe, y como culminación de un episodio ajeno al espectáculo del lugar, suscitado entre la bacterióloga del hospital de la localidad, Fabiola Aguilar y el espectador *Carlos Beltran Martínez* cuando al salir aquélla del lugar en donde departia con algunos colegas y el celador del citado hospital, *Francisco León Saavedra*, estuvo a punto de caer y fue sostenida por éste que al efecto la tomó por sus nalgas, siendo esta actitud considerada un irrespeto tanto por la dama como por el celador, quien después de haber permanecido un rato fuera del establecimiento regresó en plan de reyerta y sorprendiendo a *Carlos Beltran Martínez* lo golpeó duramente en el rostro, a lo que replicó el agredido disparando su revólver una vez, yendo el proyectil a segar la vida de León Saavedra, y por rebote, a lesionar a su propio hijo, *Carlos Alibey*.

2º. Abierta la investigación de rigor, el sindicado fue comprometido en juicio por el delito de **homicidio en exceso de legítima defensa**, mientras que en relación con las lesiones inferidas a su descendiente se ordenó la expedición de copias para ante la autoridad policiva, **según resolución acusatoria** del **31 de mayo de 1995**, mediante la cual la Fiscalía Delegada ante el Tribunal confirmó la calificación impartida en primera instancia.

3º. Surtida la causa, el Juzgado 4º Penal del Circuito del Socorro profirió **fallo absolviendo** al procesado con fundamento en la causal de inculpabilidad del numeral 3o. del artículo 40 del C.P. (fls.308 y ss. cd.ppl. 1); pronunciamiento que el Tribunal Superior del Distrito confirmó, pero por haber obrado en legítima defensa al desatar la apelación incoada por la parte civil. (cd.Tr.).

Inconforme con el fallo de segunda instancia, el mismo sujeto procesal oportunamente interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual sustenta con el escrito cuyo aspecto formal examina ahora la Corte.

LA DEMANDA

El cargo que la conforma acusa la sentencia de ser violatoria, de la ley sustancial en forma directa, por falta de aplicación de los artículos 323 y 30 del C.P. y correlativa aplicación indebida del artículo 29 del mismo estatuto y así mismo, falta de aplicación del artículo 247 del C. de P.P..

Sostiene el censor que la figura de la legítima defensa exige entre sus requisitos la proporcionalidad entre la agresión y la reacción y que en el caso concreto esta condición no estuvo presente porque la reacción del ofendido fue desproporcionada frente a su agresor, en cuanto a unos puñetazos respondió con un disparo de arma de fuego, no obstante ser aquél un hombre joven y robusto y

no hallarse para el momento del disparo en inminente peligro de muerte. Destaca que el Tribunal aceptó la inferioridad física del agresor al afirmar que "tenía un leve defecto físico en una pierna", aunque lo que en verdad padecía era una "osteomielitis", certificada por el médico Director del hospital local, además de que se trataba de una persona de excelente conducta, lo que, afirma, le resta "valor probatorio a la supuesta belicosidad que le atribuye el fallo".

Basado en un segmento de las consideraciones de la sentencia en el que el Tribunal destaca la ocurrencia de la intempestiva agresión por el occiso al procesado, dice que la Corporación reconoció la inexistencia de la circunstancia de la legítima defensa, y asevera que entre los fallos de las instancias se presentan "inmensas y profundas contradicciones" porque hablan indistintamente de "golpiza, pero también de un puño o de dos"; que el procesado en ningún momento adujo la legítima defensa, y antes bien, sostuvo que el disparo salió en circunstancias de culpabilidad culposa.

Considera que "por eso, resulta inconsecuente el fallo absolutorio, ya que todo destruye la legítima defensa..." y tras unos comentarios descalificantes al fallo del Tribunal y la transcripción del numeral 4º del artículo 29 del C.P., entra a cuestionar la afirmación contenida en la misma pieza procesal de que entre el occiso y la dama por cuyo irrespeto a manos del procesado aquél reviró no existía vínculo justificante de su actitud agresiva, afirma el censor que "la sentencia es contraria a la evidencia" y al precepto antes mencionado porque si había una situación de jerarquía laboral debido a que la dama "ocupaba un cargo de jerarquía superior" frente al occiso, que explicaba su reclamo al irrespetuoso en los términos en que lo realizó, es decir, que denotaba que el tal reclamo no fue injusto ni pendenciero como lo calificó el Tribunal, añadiendo que "así entendida la situación histórica", la respuesta armada del agredido se ubicó dentro de los lindes del exceso de legítima defensa previsto en el artículo 30 del C.P., figura ésta excluyente de la justificante aplicada, según criterio que respalda en comentarios jurisprudenciales y doctrinarios y al cabo de los cuales solicita la casación de la sentencia del Tribunal, para que la Corte en sustitución, condene al implicado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dos clases de transgresión a la ley sustancial para efectos casacionales prevé el numeral 1º del artículo 220 del C. de P.P., dispositivo éste que distingue la violación sin injerencia de la prueba, y la que ocurre con mediación de este aspecto, aclarando que en este último caso, así debe ser alegado por el impugnante.

La primera se conoce como violación directa porque su ocurrencia se centra de manera exclusiva en la norma sustancial por razones de aplicación o de interpretación; y la segunda como violación indirecta de la ley sustancial porque se origina en la apreciación de la prueba por parte del fallador, de donde resulta la necesidad de que una vez establecido por el demandante el motivo de su disenso con el fallo acusado, exponga clara y precisamente los fundamentos de esa divergencia. Tal es lo que exige el numeral 3o. del artículo 225 del C. de P.P. como requisito de orden formal del escrito de sustentación del recurso.

En el caso que ocupa la atención de la Corte, el señor demandante enuncia el cargo que conforma la demanda como **violación directa** por falta de aplicación de los artículos 323 y 30 del C.P. y 247 del C. de P.P. y por aplicación indebida del artículo 29 de aquel estatuto, **pero sustenta** el planteamiento con un discurso todo basado en objeciones de orden probatorio que lo llevan a separarse de la forma como el Tribunal asumió el haz de elementos de juicio para arribar a la conclusión absolutoria del procesado.

En efecto, controvierte el criterio del fallador en relación con el factor de la proporcionalidad entre la agresión y la respuesta en la figura jurídica de la legítima defensa que el Tribunal dio por establecida, tratando de convencer a la judicatura a estas alturas del proceso, de que la reacción armada del acusado excedió a la insignificante agresión a puñetazos del occiso; cuestiona la connotación otorgada en la sentencia a la actitud de éste y su motivo determinante, afirmando que la decisión impugnada "es contraria a la evidencia" porque el motivo desencadenante de la agresión sí tenía justificación: es decir, brindando un panorama probatorio diferente al asumido por el Tribunal y, obviamente arribando a conclusiones también diversas, **que transfieren el reparo del campo de la violación directa, que fue la propuesta, al de la indirecta,** en cuanto lejos de aceptar el factor probatorio de la decisión cuestionada —como lo impone aquella clase de transgresión—, lo rechaza —que es lo propio de la indirecta—, pero ni siquiera para demostrar los posibles errores de hecho o de derecho que en el examen de la prueba hubiera podido cometer el fallador en el remoto evento de que la precisión del enunciado hubiera obedecido a un yerro mecanográfico y no conceptual—, sino para ofrecer su particular visión de lo acaecido en el sitio de los hechos entre los protagonistas, olvidando de paso que la demanda de casación tiene que arraigarse en errores objetivos, detectables por la Corte, que ceñida por el principio de limitación, no puede dar viabilidad a un escrito evidentemente afecto de inconsistencias formales que desconocen la preceptiva legal de la impugnación extraordinaria, como que además, olvida

la imposibilidad de la formulación de acusaciones excluyentes en un mismo reparo, advertida también en el artículo 225 mencionado.

Elaborada en tan precarias condiciones formales la demanda, debe la Corte rechazarla y declarar la deserción del recurso, como en efecto se hará.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación recibida en este proceso; por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso de casación incoado por la representación de la parte civil contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil que absuelve a *Carlos Beltrán Martínez* por el delito de homicidio perpetrado en la persona de *Francisco León Saavedra*. En firme, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Contra este proveído no cabe recurso alguno, en los términos de los artículos 197 y 226 del C. de P.P. .

Copiese y cumplase.

Carlos Augusto Galvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego (no firmó), *Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar* [no firmó], *Didimo Paez Velandia , Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION - Requisitos

La misma naturaleza rogada del recurso extraordinario de casación, impone al actor el cumplimiento estricto de los presupuestos de forma y contenido expresamente establecidos por la ley, cuya inobservancia inexorablemente conduce al rechazo de la demanda y a declarar desierto el medio impugnatorio.

Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte de noviembre de mil novecientos noventa y siete

Magistrado Ponente:Dr. *Fernando Arboleda Ripoll.*

Aprobado acta No. 144 Proceso No. 12529

Decide la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Wilson Echeverría Prada.*

ANTECEDENTES

A eso de las dos de la madrugada del domingo veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y cinco, en la bolera ubicada en la calle 17 número 10-65 del municipio de Villa del Rosario (Norte de Santander), se encontraban departiendo *Ismael Aguilar Barón* y *Wilson Echeverría Prada*; luego de haberse presentado una discusión entre ambos por motivo del resultado de una apuesta que habían convenido, el segundo de los mencionados salió del establecimiento y regresó aproximadamente quince minutos después armado de una escopeta que disparó contra Aguilar Barón impactándole las regiones pectoral y hemicara derechas, motivo por el cual fue transportado al Hospital *Erasmo Meoz* de la ciudad de Cúcuta en donde recibió oportuna atención médica que le salvó la vida.

De estos hechos conoció inicialmente el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de la localidad, autoridad que abrió la investigación (fl. 6) y, luego de evacuar algunas diligencias, dispuso el envío del expediente por competencia a la Fiscalía Seccional de

Cúcuta, correspondiéndole su conocimiento a la Unidad Especializada en Delitos contra la Vida en donde se vinculó mediante indagatoria al procesado *Wilson Echeverría Prada*. (fl. 79), se definió su situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva (fl. 87) y luego de cerrar la investigación (fl. 116), calificó el mérito probatorio con resolución de acusación por el delito de homicidio en el grado de tentativa (fl. 122).

La etapa del juicio correspondió adelantarla al Juzgado Once Penal del Circuito de Cúcuta en donde se llevó a cabo la vista pública (fl. 287) y culminó la instancia condenando al sindicado *Echeverría Prada* a la pena principal de doce años de prisión (fl. 210) mediante decisión que el Tribunal Superior confirmó al revisarla por vía de la apelación interpuesta por el defensor (fls. 4 y ss. cno. Tribunal).

Contra la sentencia de segundo grado el defensor oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el ad quem, y dentro del término legal el impugnante presentó el correspondiente escrito cuya admisibilidad corresponde decidir a la Corte.

La Demanda

Empezando por identificar los sujetos que intervinieron en el proceso y la sentencia impugnada, sintetizar los hechos materia de juzgamiento y resumir la actuación surtida, con apoyo en el la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el actor denuncia violación de la ley sustancial originada en errores de apreciación probatoria.

Los fundamentos de la censura son, en síntesis, los siguientes:

La lesión corporal padecida por *Ismael Aguilar* fue consecuencia de un caso fortuito por el forcejeo sostenido entre quienes disputaban el arma; además, aduce, el ánimo de su defendido se vio caldeado por la ingestión de licor, las ofensas que le hizo *Aguilar* y la provocación de un tercero quien le arrojó una lata de cerveza vacía.

Todos los testigos son coincidentes en afirmar que se hallaban en avanzado estado de embriaguez, siendo *Ascensión Gutiérrez* la única persona sobria del lugar quien afirmó que *Wilson* tenía asido del cuello de la camisa a *Ismael* y que cuando éste le disputaba la tenencia del arma escuchó una detonación luego de la cual *Ismael* cayó herido y *Wilson* emprendió la huida.

Pese a que esta versión no le mereció credibilidad al Tribunal, con el argumento de no ser posible que Wilson tuviera del cuello de la camisa a Ismael y al mismo tiempo portara el arma, la defensa, "en virtud de la libre apreciación de la prueba", estima que la expli-

cación se halla en que Wilson asía con su mano izquierda a Ismael y con la derecha sostenía el arma que también era disputada por éste y en esa lucha se produjo la detonación.

Isidro Garzón Cordero rindió dos versiones contradictorias sobre el mismo hecho, circunstancia que lo convierte en testigo sospechoso, pero esto no fue tenido en cuenta por los juzgadores.

Quien dijo la verdad sobre lo acontecido fue *Wilson Echeverría Prada* al anunciar haber sido provocado por los insultos de Aguilar Barón y que el disparo se salió en el momento del forcejeo.

Si entre *Ismael Aguilar Barón* y *Wilson Echeverría Prada* se suscitó riña a consecuencia del juego de bolos como de las provocaciones de aquél, y si ambos se encontraban en avanzado estado de embriaguez, su cliente no podía ser juzgado por tentativa de homicidio sino por lesiones personales. No obstante haber sostenido esta posición durante el proceso, no fue acogida por los falladores quienes incurrieron por ese hecho en errónea apreciación de la prueba.

Al considerar solamente los apartes de los testimonios que perjudican a su cliente, y dejar de hacerlo en relación con los aspectos "vitales" que atenúan su responsabilidad, se violó el principio de la investigación integral de que trata el artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, así como el artículo 247 ejusdem relativo a la plena prueba para emitir sentencia de condena.

Existe duda en lo relacionado con la realización dolosa del hecho por parte de su defendido.

Concluye de lo anterior que:

La conducta de su patrocinado se realizó bajo la causal de inculpabilidad de que trata el numeral 1 del artículo 40 del Código Penal, por haber ocurrido una situación fortuita.

La riña previa y el estado de alteramiento en que se hallaban los contrincantes, descartan la realización del delito de tentativa de homicidio.

Los juzgadores incurrieron en error al apreciar las pruebas, pues existen contradicciones entre los testimonios de Isidro Garzón e Ismael Aguilar con relación a las exposiciones de Pedro Miguel Rodríguez, Jacobo Aparicio, Ascensión Gutiérrez, *Jorge Enrique Silva y Alberto Martínez* y ello impidió "la vigencia de la verdadera investigación integral y la vigencia de la plena prueba" para proferir sentencia de condena.

Termina solicitándole a la Corte que declare que el delito cometido fue el de lesiones personales no de homicidio imperfecto por el que se irrogó condena.

SE CONSIDERA:

La misma naturaleza rogada del recurso extraordinario de casación, impone al actor el cumplimiento estricto de los presupuestos de forma y contenido expresamente establecidos por la ley, cuya inobservancia inexorablemente conduce al rechazo de la demanda y a declarar desierto el medio impugnatorio.

Si el ejercicio de este instrumento persigue desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara los fallos judiciales, el raciocinio del demandante debe apuntar a ese propósito mediante la adecuada selección de la causal que se aduzca para demandar la infirmación del fallo, un desarrollo y demostración autónomo e independiente de cada uno de los cargos que a su amparo pretendan formularse y finalizar la censura presentando la solicitud acorde con la naturaleza y alcance de los motivos de casación que se hayan aducido.

Este rigorismo técnico obedece a que la casación no corresponde a recurso de plena justicia en donde, con su sola invocación, se faculte al órgano decisorio la revisión integral del proceso, por cuanto parte del supuesto que el juicio ha fenecido con el proferimiento del fallo de segundo grado, y que éste fue justo y legal así no se encuentre ejecutoriado.

De ahí que en él no tengan cabida particulares consideraciones subjetivas para anteponerlas caprichosamente al criterio del juzgador. Su interposición ha de orientarse ya no a provocar un reexamen del mérito de la controversia, sino hacia la demostración objetiva de haberse transgredido la voluntad de la ley con el proferimiento del fallo. Precisamente por no corresponder a un alegato de instancia, el legislador utiliza el término "demanda" para referirse al escrito que debe contener la sustentación del recurso. Se trata pues, no de la continuación del debate librado en la causa, sino de un juicio jurídico a la decisión de segundo grado que lo dio por finalizado.

Por esos motivos, la ley ha establecido como presupuestos de admisibilidad del libelo, la obligación del censor de identificar en él los sujetos procesales y la sentencia impugnada, hacer una síntesis de los hechos que fueron juzgados y de la actuación surtida a esos propósitos; la causal de casación aducida para demandar la infirmación "indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas".

Igualmente, partiendo del hecho que cada causal trae consecuencias diversas para el proceso, impuso la ley al recurrente la carga de invocarlas en capítulos separados. Y, si bien el ordenamiento permite presentar cargos excluyentes, también exige que se planteen

separadamente bajo expresa mención de cuáles son los principales y cuáles subsidiarios de aquellos.

El desconocimiento de las finalidades del instituto y de la forma de ejercitarlo, ha llevado a que se abuse del derecho a recurrir en esta única sede dando al traste con las expectativas que sobre él se generan en los sujetos intervinientes en la actuación, pues se pasa por alto que la sentencia de casación solamente puede ser proferida si la demanda ha superado el juicio de admisibilidad previo que ha de realizar la Corte.

En el caso concreto, los presupuestos de admisibilidad previstos en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal no han sido satisfechos en su integridad por el demandante, quien si bien acierta en cumplir el compromiso legal de identificar los sujetos procesales y la sentencia, y en resumir los hechos y la actuación llevada a cabo, yerra en los restantes, en términos que pasan a precisarse:

Cuando el actor parte de la premisa de denunciar la violación indirecta de la ley sustancial, por errores originados en la apreciación probatoria, era de esperarse que indicara la norma sustancial transgredida y que aclarara si la transgresión se produjo por falta de aplicación o aplicación indebida. Asimismo que desarrollara el cargo hacia la demostración de haber incurrido el fallador en errores de hecho en la apreciación de determinada prueba por haber ignorado o supuesto un medio no incorporado, por haber desfigurado su sentido objetivo; o en errores de derecho derivados de haber apreciado una prueba irregularmente aportada con desconocimiento de los requisitos establecidos para su aducción, o negado el valor predeterminado en la ley o atribuirle uno diverso.

O en el mismo sentido por haber apreciado las pruebas en transgresión de las reglas de la ciencia, la lógica o la experiencia, esto es de la persuasión racional como método legal de valoración fundado en la sana crítica.

Además, era de suponerse que el actor demostrara cómo el desacierto puesto de presente tuvo repercusión definitiva en el proferimiento del fallo.

Nada de ello hace. En deshilvanado discurso omite señalar cuál fue la norma sustancial cuya violación denuncia, también si el error cometido fue de hecho o de derecho, y mucho menos concreta alguna de las diversas hipótesis de error que al interior de cada clase pudieron haberse presentado, aspectos que la Corte no puede suponer por el riesgo que se corre de tergiversar el verdadero sentido que quiso dársele a la impugnación.

Por el contrario, prescindiendo de las normas que gobiernan el instituto, cuyo desarrollo jurisprudencial ha sido abundante y ampliamente difundido, en ejercicio de la "libre apreciación de la prueba" según su particular concepto, llega a "explicar" la conducta imputada a su asistido como el resultado de un caso fortuito originado en el forcejeo de quienes, en estado de embriaguez y por las ofensas provocadas por el lesionado, disputaban el arma con la cual se produjo el impacto de bala al ofendido, para concluir que el procesado no es culpable por haber actuado en los términos del artículo 40 del C.P.

Sin desarrollar un cargo diverso al que pretende plantear, contradictoriamente alude que su cliente no cometió el delito de tentativa de homicidio sino el de lesiones personales, sugiriendo veladamente que el proceso se halla viciado de nulidad por errónea calificación jurídica de los hechos, en planteamiento que termina por generar aún mas confusión.

Sucede además, que las soluciones que deben ser ofrecidas para cada caso tienen diversa cobertura, mientras al plantearse la inculpabilidad del acusado es posible edificar sentencia de mérito, el cargo relacionado con la errónea calificación impide que la Corte, en caso de prosperar, dicte la sentencia de reemplazo, pues de hacerlo, incurriría en el motivo de casación previsto en la causal segunda, de donde se colige que la causal que debió ser aducida es la tercera.

Sin desarrollar otro motivo invalidatorio, en muestra del absoluto desconocimiento del instituto al cual acude, bajo el mismo supuesto inicialmente presentado pero sin especificar las razones de una tal propuesta, el actor denuncia igualmente no haberse realizado una investigación integral, cargo propio de la causal de nulidad.

En estas condiciones, como el actor incumple los presupuestos de admisibilidad que para la demanda de casación han sido establecidos legalmente, y la Corte no puede enmendarlos por virtud del principio de limitación que gobierna el instituto, en obedecimiento a lo previsto por el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, la decisión correspondiente es su rechazo y declarar consecuencialmente desierto el recurso.

Puesto que esta decisión causa ejecutoria con la firma del órgano que la produce, según lo disponen los artículos 197 y 226 del estatuto procesal, se ordenará la devolución inmediata del expediente al tribunal de origen, previa comunicación a los sujetos procesales.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de casación presentada a nombre del procesado *Wilson Echeverría Prada*., por lo anotado en la motivación de este proveído. En consecuencia SE DECLARA DESIERTO el recurso.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Carlos Augusto Galvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia (no firmó). *Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INVESTIGACION PREVIA / DENUNCIA - Inadmisión **/ AUTO INHIBITORIO**

1. Las investigaciones previas que cualquier autoridad judicial inicie, de oficio, por denuncia o a petición de parte, tienen distintas posibilidades de finalización: primero, con el proferimiento de auto o resolución de apertura de instrucción, dependiendo de la autoridad que la dicte, cuando el material probatorio recaudado sea suficiente y necesario para declarar cumplidos los propósitos de esta etapa investigativa (artículo 319 del Código de Procedimiento Penal) y sean de tal consistencia que hagan viable, por tanto, adentrarse en la búsqueda de los objetivos señalados en el artículo 334 de la misma codificación; segundo, con la abstención de iniciar instrucción, cuando el material probatorio recaudado ponga en evidencia alguna de las circunstancias que describe el artículo 327 del Código de Procedimiento.

Existe una tercera posibilidad a la que se arriba cuando el proceso investigativo llega a un punto muerto en el que no hay posibilidad de avanzar con seriedad y firmeza hacia la etapa instructiva o de proferir auto o resolución inhibitoria, extremo este en el cual se suspenderá la investigación previa, y aunque la norma no lo menciona, la lógica que integra la normatividad referida al proceso de investigación criminal dentro del Código de Procedimiento Penal, aconseja dejar las diligencias a disposición de las Unidades de Policía Judicial, para que a través de procesos pesquisitorios intenten aportar pistas que puedan conducir a evitar la impunidad del hecho.

Finalmente existe la figura de la inadmisión de la denuncia, cuando quiera que ella no se encuentre respaldada por una persona identificada o identificable (anónimo) o carezca de medios probatorios sobre la comisión de un delito de los que pueda iniciarse una investigación de oficio, supuestos estos en los que conforme al artículo 38 de la Ley 190 de 1995 en

concordancia con el numeral 1° del artículo 27 de la Ley 24 de 1992 ni siquiera puede ordenarse la apertura de investigación previa.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente Dr: *Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 146 Proceso No. 1211

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo que en derecho corresponda respecto de la petición de revocatoria del auto inhibitorio que ha presentado el ciudadano que denunció al Representante a la Cámara *Roberto Moya Angel*, por actuaciones suyas como miembro de la Comisión de Investigación y Acusación de esa Corporación.

ANTECEDENTES

1. El ciudadano *Hildebrando Ortiz Lozano*, hizo llegar a la Secretaría de la Sala escrito en el que formuló denuncia contra varios miembros del Congreso de la República, como presuntos responsables de diversos hechos punibles.

2. Adelantada la investigación previa y practicadas las pruebas necesarias, la Sala mediante auto del 24 de junio de 1997, que obtuvo ejecutoria formal el 10 de julio siguiente, se abstuvo de iniciar instrucción.

3. Con posterioridad, el denunciante presenta memorial petitorio de revocatoria de tal decisión, por las siguientes razones:

Critica el auto inhibitorio por señalar que el exceso de trabajo es un excusa valida para el incumplimiento de los términos procesales, por oponerse tal afirmación al contenido de la sentencia C-385/96 de la Corte Constitucional, donde se consideró la actividad de los miembros de la Comisión es judicial y por tanto sus decisiones no son discrecionales. Dentro de esta idea señala que su denunciado ha debido señalar a la Comisión su incapacidad para evacuar todos los procesos, a efectos de que le fuera disminuida su carga laboral, ya que esa situación no es problema de él como denunciante.

3.2. Insiste en que hubo violación de los términos procesales y en que ese incumplimiento es reiterado por lo que, en su sentir, ello es demostrativo de la violación de varias normas constitucionales y legales.

3.3. A continuación dedica su crítica al contenido del auto inhibitorio por afirmar que el incumplimiento de los términos procesales no es en principio un hecho delictuoso, pues encuentra tal criterio violatorio de la ley, ya que las normas no permiten tal interpretación.

Finaliza advirtiendo que la inspección judicial es demostrativa de la existencia de los delitos materia de su denuncia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Las investigaciones previas que cualquier autoridad judicial inicie, de oficio, por denuncia o a petición de parte, tienen distintas posibilidades de finalización: primero, con el proferimiento de auto o resolución de apertura de instrucción, dependiendo de la autoridad que la dicte, cuando el material probatorio recaudado sea suficiente y necesario para declarar cumplidos los propósitos de esta etapa investigativa (artículo 319 del Código de Procedimiento Penal) y sean de tal consistencia que hagan viable, por tanto, adentrarse en la búsqueda de los objetivos señalados en el artículo 334 de la misma codificación; segundo, con la abstención de iniciar instrucción, cuando el material probatorio recaudado ponga en evidencia alguna de las circunstancias que describe el artículo 327 del Código de Procedimiento.

Existe una tercera posibilidad a la que se arriba cuando el proceso investigativo llega a un punto muerto en el que no hay posibilidad de avanzar con seriedad y firmeza hacia la etapa instructiva o de proferir auto o resolución inhibitoria, extremo este en el cual se suspenderá la investigación previa, y aunque la norma no lo menciona, la lógica que integra la normatividad referida al proceso de investigación criminal dentro del Código de Procedimiento Penal, aconseja dejar las diligencias a disposición de las Unidades de Policía Judicial, para que a través de procesos pesquisitorios intenten aportar pistas que puedan conducir a evitar la impunidad del hecho.

Finalmente existe la figura de la inadmisión de la denuncia, cuando quiera que ella no se encuentre respaldada por una persona identificada o identificable (anónimo) o carezca de medios probatorios sobre la comisión de un delito de los que pueda iniciarse una investigación de oficio, supuestos estos en los que conforme al artículo 38 de la Ley 190 de 1995 en concordancia con el numeral 1° del artículo 27 de la Ley 24 de 1992 ni siquiera puede ordenarse la apertura de investigación previa.

2. Dentro de esta perspectiva, el auto inhibitorio representa una opción jurídica de finiquito de una investigación previa con afincamiento serio en las pruebas obtenidas dentro de tal etapa probatoria.

al cual se puede oponer el denunciante, el querellante o el Agente del Ministerio Público mediante la interposición de los recursos ordinarios dentro del término legal de ejecutoria de una decisión de naturaleza interlocutoria.

Pero si se han dejado vencer esos términos y la decisión ha adquirido ejecutoria formal, su remoción únicamente puede lograrse por la vía de la revocatoria siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla.

Natural resulta determinar que la ejecutoria formal de la providencia, si bien hace revocable la providencia en cualquier tiempo (salvo que la acción haya prescrito), genera en todo caso cierta seguridad jurídica para las partes involucradas en el asunto, la que la normatividad procesal garantiza exigiendo como presupuesto necesario para su derrumbamiento la aparición de nuevas pruebas que tengan la virtualidad fáctica de infirmar las conclusiones adoptadas con anterioridad y con fundamento en otras pruebas.

No se trata pues de una reevaluación de las pruebas con las que antes se adoptó la decisión. Ese análisis resulta intocable después de alcanzada la ejecutoria formal, aún si llegare a mostrarse equivocado; la ejecutoria formal lo hace gozar también de presunciones de legalidad y acierto y en ello radica la seguridad jurídica que a partir de tales decisiones el Estado ofrece a los asociados. Deben entonces aportarse nuevas pruebas o nueva prueba —no puede aceptarse el formulismo de que la norma se refiere a un número plural—, distintas de las que tuvo oportunidad de recaudar, apreciar y evaluar el Funcionario Judicial para la adopción de la decisión inhibitoria.

3. En este orden de ideas, la petición del denunciante no es apta para la revocatoria de la decisión inhibitoria, pues lo que surge de su memorial es la evidencia de una clara intención de ignorar el vencimiento del término para interponer la reposición mediante el habilidoso procedimiento de enunciar como "petición de revocatoria" lo que en verdad es un tardío recurso de reposición pues la decisión hizo tránsito a su ejecutoria formal desde el 10 de julio de 1997, fecha distante de la que aparece como de recibo de su memorial en la Secretaría de la Sala.

De otra parte el escrito es una simple alegación que opone a la valoración probatoria y a las determinaciones jurídicas de la Sala, las opiniones del denunciante, sin que aporte o mencione siquiera, como es su deber legal si lo que busca es la revocatoria del auto inhibitorio, la prueba nueva que desvirtúe el fundamento de aquella decisión, por lo que la providencia se mantendrá y por ende su ejecutoria formal seguirá intocable.

Son las anteriores razones, por las que La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1°. NO REVOCAR el auto del 24 de junio de 1997, por medio del cual la Sala se inhibió de abrir instrucción penal en contra del doctor *Roberto Moya Angel*, miembro de la Comisión de Acusaciones e Investigaciones de la Cámara de Representantes, por los hechos a que se contrajo la denuncia.

Notifíquese y cúmplase,

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NARCOTRAFICO / COMPLICE / PENA

El delito que se les imputó a los anteriores procesados (art. 33, inciso primero de la ley 30 de 1986) tiene prevista pena de prisión que oscila entre 4 años el mínimo y 12 el máximo, marco punitivo que en razón del agravante a que se refiere el numeral 3º del artículo 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, se mantiene en su límite máximo, pues éste solamente implica duplicar el mínimo, es decir, que en tales eventos la pena es de 8 a 12 años de prisión, para los autores.

Sin embargo, para los cómplices, el artículo 24 del C.P., establece que estos incurren en la misma pena correspondiente a la infracción, pero "disminuida de una sexta parte a la mitad".

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:Dr: *Carlos Augusto Galvez Argote.*

Aprobado Acta No. 146, Proceso No. 13739

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por los defensores de *Luis Eduardo Rojas Rodriguez, Rafael Ignacio Vega Castañeda*, sustentatoria del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 5 de septiembre de 1996, por medio de la cual el Tribunal Nacional condenó a dichos procesados a las penas principales de 9 años y 54 meses de prisión y multa de 40 y 20 salarios mínimos, respectivamente, negándoles el subrogado de la condena de ejecución condicional, al primero en calidad de autor del delito contenido en el artículo 33 de la ley 30 de 1986, agravado conforme al numeral 3º. del artículo 38 ibídem y al segundo y a Arnulfo Bayuelo Fernández como cómplices del mismo delito.

CONSIDERACIONES

1º. Es lo primero, precisar que la demanda presentada a nombre de *Luis Eduardo Rojas Rodriguez*será declarada ajustada a derecho

por reunir los requisitos formales a que se contrae el artículo 225 del C.P.P. y respecto de ella habrá de correrse el traslado al Procurador Delegado en lo Penal a fin de que emita concepto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 ejusdem.

2º. Por sustracción de materia no se pronunciará la Sala sobre la demanda presentada a nombre de *Rafael Ignacio Vega Castañeda*, pues la acción penal respecto de este procesado y de Arnulfo Bayuelo Fernández se encuentra prescrita.

En efecto, el delito que se les imputó a los anteriores procesados (art. 33, inciso primero de la ley 30 de 1986) tiene prevista pena de prisión que oscila entre 4 años el mínimo y 12 el máximo, marco punitivo que en razón del agravante a que se refiere el numeral 3º del artículo 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, se mantiene en su límite máximo, pues éste solamente implica duplicar el mínimo, es decir, que en tales eventos la pena es de 8 a 12 años de prisión, para los autores.

Sin embargo, para los cómplices, el artículo 24 del C.P., establece que estos incurren en la misma pena correspondiente a la infracción, pero "disminuida de una sexta parte a la mitad", precepto que aplicado al caso concreto, impone colegir que el marco punitivo aplicable es de 40 meses el mínimo y 10 años de prisión el máximo, lo que implica que para efectos de prescripción en los términos previstos en el artículo 84 ibidem, luego de ejecutoriada la resolución acusatoria dicho lapso es de 5 años, tiempo que se cumplió en este caso el pasado 27 de octubre del año en curso.

Pues bien, como se advirtió en precedencia estas dos personas fueron acusadas como cómplices del delito a que se contrae el artículo 33 de la ley 30 de 1986, agravado conforme al numeral 3º del artículo 38 de la misma ley, el 19 de mayo de 1992, por uno de los entonces Jueces de orden público de Barranquilla, decisión que fue confirmada con algunas modificaciones, el 27 de octubre del mismo año, ya en vigencia del Decreto 2700 de 1991, por un Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional.

Por lo anterior, es necesario concluir que la acción penal respecto de *Rafael Ignacio Vega Castañeday Bayuelo Fernández*, prescribió días después de recibido el proceso en la Corte para darle trámite al recurso de casación interpuesto por los defensores del primero y de *Rojas Rodríguez*, si se tiene en cuenta que el proceso se recibió en la secretaría de la Sala el 9 de octubre del año en curso y se repartió el siguiente 15, habiendo ingresado al Despacho para decidir sobre la admisibilidad de las demandas presentadas, el pasado 17 de este mes y año.

Surge pues, una causal objetiva de improseguibilidad de la acción penal, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del C.P.P., se decretará en favor de los procesados *Rafael Ignacio Vega Castañeda* y *Arnulfo Bayuelo Fernández*, la cesación de procedimiento.

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

RESUELVE:

1ª. Declarar ajustada a los requisitos del artículo 225 del C.P.P., la demanda de casación presentada a nombre del procesado *Luis Eduardo Rojas Rodríguez* En consecuencia, córrase traslado al Procurador Delegado en lo Penal para que emita concepto.

2ª. Declarar prescrita la acción penal, respecto de los procesados *Rafael Ignacio Vega Castañeday Arnulfo Bayuelo Fernández*. En consecuencia, se decreta en su favor la cesación de procedimiento.

Notifíquese y cúmplase,

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Montilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSO DE HECHO / CASACION -
Interés para recurrir - Apelación

1. El recurso de hecho tiene como única finalidad determinar si la negativa de conceder el recurso de apelación o de casación, según el caso, tuvo fundamento legal o si por el contrario se dan los presupuestos básicos para su admisión.

Por lo tanto, la Corte no puede ocuparse de asuntos diversos a los que son objeto de este tipo de impugnación tales como las supuestas irregularidades que según el encausado se han presentado a lo largo del proceso y que pretenda sean tenidas en cuenta por resultar desconocedoras de sus derechos fundamentales.

2. Esta Corporación ha sido unánime en manifestar que cuando uno de los sujetos procesales interpone el recurso de casación sin antes haber apelado el fallo de primer grado siempre que su situación no se haya visto modificada con el pronunciamiento de segunda instancia, carece de legitimidad para acudir a la impugnación por la vía extraordinaria, por no haber manifestado su inconformidad, dentro del término legal previsto para el efecto.

Obedece lo anterior a que las normas procesales que organizan el desenvolvimiento del proceso, son de obligatoria observancia para las partes y por lo tanto deben hacer uso de los distintos mecanismos consagrados para la defensa de sus derechos dentro de las oportunidades consagradas por el ordenamiento jurídico.

Distinto es, y así también lo ha reiterado la Sala, que en virtud del recurso de alzada la situación de la parte no recurrente haya variado desfavorablemente o que contra el pronunciamiento del a quo proceda la consulta, casos en los cuales sí está legitimada para acudir a la casación.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., noviembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y siete (1997)

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 146 Proceso No. 13749

VISTOS

Resuelve la Corte de plano el recurso de hecho interpuesto por el procesado *Jose Luis Mora Serrato* contra la decisión del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, del 12 de septiembre del año en curso, por medio de la cual denegó el recurso de casación por éste solicitado.

ANTECEDENTES

Según se desprende del presente diligenciamiento, el Juzgado 56 Penal del Circuito de esta ciudad, profirió sentencia condenatoria en contra de *JJose Luis Mora Serrato* a quien le impuso la pena de seis (6) años de prisión como autor responsable de los delitos de acceso carnal violento, acto sexual violento y corrupción, agravados.

Contra esa decisión, el defensor del procesado interpuso recurso de apelación que fue declarado desierto por falta de sustentación, en tanto que al representante de la parte civil le fue concedido y la respectiva sala de decisión del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión del a quo, mediante sentencia del 22 de julio del año que avanza.

A su turno, el procesado interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia el que le fue denegado por falta de legitimidad, mediante providencia del 12 de septiembre de los cursantes con fundamento que la respectiva sala había conocido del proceso en segunda instancia no por la inconformidad de la defensa, sino por la impugnación propiesta por el apoderado de la parte civil al no estar conforme con la condena de daños y perjuicios que había impuesto el juzgador de 1º grado.

Se respalda el Tribunal en un pronunciamiento del 3 de octubre de 1996, con ponencia del Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Dentro del término de ejecutoria *Jose Luis Mora Serrato* sustentó el recurso de hecho, manifestando que luego de proferida la sentencia de primera instancia su defensor al notificarse indicó que apelaba, pero su propósito era realizar la sustentación de manera verbal: cuando preguntó al respecto en la secretaría, le informaron que ya había vencido el término y entonces presentó un escrito dentro del traslado a los no recurrentes.

Comentó que el Juzgado 56 Penal del Circuito aceptó la apelación propuesta por la parte civil que había manifestado su deseo de sustentarla por escrito y declaró desierto el recurso para su defensor. No obstante el citado profesional interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, ninguno de los cuales le fue concedido.

Más adelante el procesado recurrió de hecho y el señor defensor presentó un nuevo memorial en el que solicitó la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordenó correr traslado para sustentar el recurso de apelación por considerar que se estaba imprimiendo un trámite caprichoso. Ninguna de tales solicitudes fue tramitada, porque, de un lado, renunció al recurso de hecho ante la solicitud de nulidad y, de otro, se envió el expediente al Tribunal Superior con el memorial de su defensor pero esa corporación solo se pronunció sobre la sentencia, confirmándola.

Ante esa circunstancia, el procesado solicitó aclaración de la sentencia y al respecto esa Corporación dijo que era improcedente.

Luego solicitó se le concediera el recurso de casación que también se le denegó lo que motivó la interposición del recurso de hecho.

A su modo de ver, se le han desconocido el debido proceso, el derecho a la defensa y a la igualdad, los cuales considera fundamentales, pues se ha procedido injustamente en su contra, sin imparcialidad y sin garantías.

Finalmente, estima que tiene personería y legitimidad para recurrir, y que la norma exige la calidad de abogado titulado para sustentar el recurso de casación pero no para interponerlo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de abordar el asunto materia de debate, es necesario manifestarle al recurrente que el recurso de hecho tiene como única finalidad determinar si la negativa de conceder el recurso de apelación o de casación, según el caso, tuvo fundamento legal o si por el contrario se dan los presupuestos básicos para su admisión.

Por lo tanto, la Corte no puede ocuparse de asuntos diversos a los que son objeto de este tipo de impugnación tales como las supuestas irregularidades que según el encausado se han presentado a lo largo del proceso y que pretende sean tenidas en cuenta por resultar desconocedoras de sus derechos fundamentales.

De otra parte, en cuanto al motivo de este pronunciamiento, el Tribunal Superior de Bogotá no concedió el recurso de casación interpuesto por el procesado *José Luis Mora Serrato* en consideración a que el conocimiento del proceso en segunda instancia "*no lo fue*

por la inconformidad de la defensa, entendida esta como sindicado y defensor, sino por la impugnación que del fallo hiciera el apoderado de la parte civil, al no estar conforme con la condena de daños y perjuicios que impusiera el fallador de instancia y en estas condiciones no es posible conceder el recurso extraordinario interpuesto por el condenado".

Razón le asiste al Tribunal Superior de Bogotá al denegar el recurso impetrado por el procesado *Jose Luis Mora Serrato*, pues tal como lo adujo en su decisión, esta Corporación ha sido unánime en manifestar que cuando uno de los sujetos procesales interpone el recurso de casación sin antes haber apelado el fallo de primer grado siempre que su situación no se haya visto modificada con el pronunciamiento de segunda instancia, carece de legitimidad para acudir a la impugnación por la vía extraordinaria, por no haber manifestado su inconformidad, dentro del término legal previsto para el efecto.

Obedece lo anterior a que las normas procesales que organizan el desenvolvimiento del proceso, son de obligatoria observancia para las partes y por lo tanto deben hacer uso de los distintos mecanismos consagrados para la defensa de sus derechos dentro de las oportunidades consagradas por el ordenamiento jurídico.

Distinto es, y así también lo ha reiterado la Sala, que en virtud del recurso de alzada la situación de la parte no recurrente haya variado desfavorablemente o que contra el pronunciamiento del a quo proceda la consulta, casos en los cuales sí está legitimada para acudir a la casación.

Con base en los anteriores parámetros, el recurso de casación interpuesto por *Jose Luis Mora Serrato* estuvo bien denegado porque no obstante su defensor presentó recurso de apelación contra el fallo de primer grado, no lo sustentó y por ello fue declarado desierto; además, la decisión del Tribunal no desmejoró su situación inicial, en la medida que confirmó la sentencia del a quo.

En tales condiciones, resulta manifiesta la improcedencia del recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por carecer de legitimidad el procesado para interponerlo y por lo tanto deberá mantenerse la decisión de inadmitirlo.

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

RESUELVE:

DECLARAR que estuvo bien denegado el recurso de casación interpuesto por el procesado *José Luis Mora Serrato* contra la

sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de acuerdo con las razones consignadas en precedencia.

Devuélvase la actuación al Juzgado de origen, para que haga parte del expediente.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONCILIACION / REPARACION DEL DAÑO / DELITO QUERELLABLE

*El artículo 38 del estatuto procedimental penal, consagra la eventualidad de conciliación "**durante la etapa de la investigación previa o del proceso**", como causa de inhibición de apertura de sumario, preclusión de la instrucción o cesación del procedimiento (inciso 2° ib.), para los delitos que admitan desistimiento y "**en los casos previstos en el artículo 39 de este código**", es decir, "**En los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva, consagradas en los artículos 330 y 341 del Código Penal...**", de tal suerte que de la norma citada en tratándose de "**indemnización integral**", sus efectos y consecuencias procesales se producen, aún en la investigación preliminar, si en ese momento los sujetos declaran el haber conciliado sus intereses procesales, tal como lo dispone el inciso 4° del artículo 38 en cuestión:*

"No es necesaria audiencia de conciliación cuando el perjudicado manifieste haber sido INDEMNIZADO o haber estado de acuerdo con el monto propuesto por quien debe indemnizar".

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C. noviembre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente:Dr. *Mario Mantilla Nouges.*

Aprobado Acta No.147 Proceso No. 13270

VISTOS

Decide la Sala su competencia para conocer de las presentes diligencias recibidas de la Fiscalía 32 Delegada de Cartagena, en contra del Senador *Vicente Blel Saad*, por el delito de lesiones personales.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. A las 2:30 horas de la tarde del día 23 de febrero del corriente año, *Jaime Cortes Castiblanco y Marta Beleño Herrera* se desplazaban por la "Avenida del Pie de la Popa" rumbo al Barrio Olaya de la ciudad de Cartagena, en motocicleta que conducía Cortes y al aproximarse al Coliseo de Boxeo, por el "callejón que conduce a la Avenida del Lago", fueron atropellados por el campero de placas OIL-065, conducido por *Vicente Blel Saad*, quien de inmediato los auxilió y condujo al hospital Universitario de la ciudad, donde recibieron atención médico quirúrgica.

2. Denunciado el hecho, el Fiscal Local 32 de Cartagena, dispuso mediante auto de fecha 27 de febrero de 1997, la apertura de instrucción sumaria, ordenando, entre otras diligencias, la vinculación mediante indagatoria del imputado *Vicente Blel Saad*, (f. 5 cdno. original), que no alcanzó a recepcionar.

3. En desarrollo de la instrucción sumaria, estableció la Fiscalía, mediante certificación expedida por el Secretario General del Senado de la República, la condición congresional del inculpado Blel Saad (fs. 48 y ss.) y dispuso el envió inmediato del asunto a esta Corporación, por competencia (art. 235 num. 3° Constitución Nacional).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Demostrado el fuero constitucional de competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para conocer de los hechos investigados en este expediente, debe avocarse de inmediato su conocimiento y en aras de las garantías procedimentales, proceder a dejar sin efecto procesal el auto de apertura de sumario proferido por la Fiscalía, en cuanto por absoluta falta de competencia funcional, es imposible su convalidación (artículo 304 numeral 1 C. de P. P.).

2. Al expediente se allegaron las declaraciones presentadas con fechas 11 y 17 de abril y 18 de septiembre de 1997 ante los Notarios 1° y 5° del Círculo de Cartagena, por los lesionados *Marta Cecilia Beleño Herrera y Jaime Cortes Castiblancoy* el Senador de la República imputado, doctor *Vicente Blel Saad.*, en las que manifiestan, la primera haber recibido $5.252.400 y el segundo $1.500.000, por concepto de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por las lesiones que sufrieron los sujetos pasivos (fs. 2 y Ss. cdno. original de la Corte).

3. Trata el asunto sometido al estudio de la Sala, del delito de lesiones personales por "deformidad física que afecta el rostro", que sufrió *Jaime Cortes Jaramillo* (fs. 11 y Ss. Cdno. Fiscalía) y la incapacidad provisional de 56 días, dictaminada por el forense a *Marta Cecilia Beleño Herrera*, delitos culposos (art.331 del C. P.), conforme a lo dispuesto por los artículos 332 inc. 2, 333 y 340 ibídem; sin concurrir

agravante alguno (art. 341 ib.), como quiera que de lo anotado en la denuncia y ampliación por *Cortes Jaramillo* (fs. 9 y 24) y lo declarado por la señora Beleño Herrera (f.14), es un hecho cierto que Vicente Blel Saad, inmediatamente ocurrió la colisión vehicular, auxilió a los heridos trasladándolos al hospital, en donde recibieron atención médico quirúrgica, y los costos fueron asumidos por el sujeto agente. No existe prueba alguna que permita afirmar que en ese momento, el imputado se encontraba "bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica". No fué sometido al experticio del laboratorista forense y procurar ahora esos análisis, resultaría completamente irrelevante e inocuo.

4. El artículo 38 del estatuto procedimental penal, consagra la eventualidad de conciliación "**durante la etapa de la investigación previa o del proceso**", como causa de inhibición de apertura de sumario, preclusión de la instrucción o cesación del procedimiento (inciso 2° ib.), para los delitos que admitan desistimiento y "**en los casos previstos en el artículo 38 de este código**", es decir, "**En los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva, consagradas en los artículos 330 y 341 del Código Penal...**", de tal suerte que de la norma citada en tratándose de "**indemnización integral**", sus efectos y consecuencias procesales se producen, aún en la investigación preliminar, si en ese momento los sujetos declaran el haber conciliado sus intereses procesales, tal como lo dispone el inciso 4° del artículo 38 en cuestión:

"**No es necesaria audiencia de conciliación cuando el perjudicado manifieste haber sido INDEMNIZADO o haber estado de acuerdo con el monto propuesto por quien debe indemnizar**".

En ese orden de ideas, se estructura, de acuerdo a lo anotado, causa objetiva de improcedibilidad de la acción (art. 36 C. de P. P.), en cuanto los perjudicados de manera cierta declaran, haber recibido el monto total acordado como indemnización (art. 39 inc. 4 C. de P.P.) y por tal circunstancia debe la Sala inhibirse de iniciar proceso contra el aforado Blel Saad y ordenar el archivo de las diligencias, obrando de conformidad con lo dispuesto por el artículo 327 del C. de P. P.

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

RESUELVE:

1°. DECRETAR la nulidad del auto de apertura de investigación proferido por el Fiscal 32 Local de Cartagena, con fecha 27 de febrero de 1997.

2°. ABSTENERSE de iniciar instrucción penal contra el Senador de la República doctor *Vicente Blel Saad*,. por el delito de "Lesiones personales" culposas, cometidas en *Marta Cecilia Beleño Herrera y Jaime carles Castiblanco*.

3°. En firme esta decisión, archívese el expediente.

Copiesee, notifiquese y cumplase.

Carlos Augusto Galvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Anibal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejia Escobar, Didimo Paez Velandia (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSO DE HECHO

El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal consagra el recurso de hecho cuando el funcionario judicial deniega la apelación formulada contra providencia interlocutoria de primera instancia (art. 202 ibidem), para lo cual el recurrente deberá interponerlo dentro del término de ejecutoria del auto denegatorio. También establece el precepto que "El mismo recurso procede contra la providencia que deniegue la casación".

A su vez el artículo 208 del estatuto procedimental penal dispone que negado el recurso de apelación o el de casación, el interesado solicitará copia de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes, las cuales se compulsarán en el término improrrogable de un día y se enviarán inmediatamente al superior.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., noviembre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente Dr. *Mario Maníllla Nouges.*

Aprobado Acta N° 147. Proceso No. 13807

Asunto por decidir

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de hecho interpuesto por el apoderado del sindicado *Pedro Aníbal Sanchez Pineda*, dentro del proceso que se le sigue por corrupción, contra el auto del Tribunal Superior de Cundinamarca que no concedió la casación.

Consideraciones

El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal consagra el recurso de hecho cuando el funcionario judicial deniega la apelación formulada contra providencia interlocutoria de primera instancia (art. 202 ibídem), para lo cual el recurrente deberá interponerlo dentro del término de ejecutoria del auto denegatorio. También

establece el precepto que "El mismo recurso procede contra la providencia que deniegue la casación".

A su vez el artículo 208 del estatuto procedimental penal dispone que negado el recurso de apelación o el de casación, el interesado solicitara copia de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes, las cuales se compulsarán en el término improrrogable de un día y se enviarán inmediatamente al superior, lo que efectivamente fue cumplido en este caso.

Constituye obligación ineludible del impugnante sustentar el recurso con la expresión de los fundamentos, dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias, so pena de ser desechada la impugnación (art. 209 id.).

Según informe de la Secretaria, el traslado al recurrente para que presentara la sustentación transcurrió en silencio, lo que inhibe a la Corte para pronunciarse sobre la procedencia o no del recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia de segundo grado, razón por la cual se desecha el de hecho formulado contra el auto del 17 de octubre de 1997.

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

RESUELVE:

DESECHAR el recurso de hecho interpuesto por el apoderado del sentenciado contra el auto del 17 de octubre de 1997, mediante el cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Cundinamarca declaró improcedente el extraordinario de casación, por las razones consignadas en la parte motiva.

Cumplase y devuelvase.

Carlos Augusto Galvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE DEFENSA / PRUEBA / FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA / NULIDAD

1. Resulta por lo tanto erróneo pensar que el derecho a la defensa se desconoce cuando una prueba se practicó en un momento procesal distinto al que había sido solicitado, porque recuérdese que de la forma como está concebido el proceso penal cada etapa que lo compone, llámese previa, de instrucción o de juzgamiento, otorga la posibilidad de evacuar las pruebas que se consideren necesarias, bien a solicitud de parte o de oficio, por parte del funcionario respectivo quien únicamente debe estar guiado por la conducencia y pertinencia de las diligencias a practicar siempre que cuente con los datos suficientes para llevarlas a cabo, así como la legalidad de la oportunidad procesal en que procede a hacerlo.

2. Es cierto que la falta de motivación de la sentencia, desconoce a todas luces el debido proceso y amerita la declaratoria de nulidad, tal como lo señalan la Procuraduría Delegada y los aquí recurrentes.

Lo anterior, por cuanto un fallo condenatorio cuya motivación resulte incompleta e ilógica contraría las garantías de los procesados quienes frente a tal circunstancia se quedan sin saber las razones que tuvo el sentenciador para proferir el fallo condenatorio y genera la imposibilidad de atacarlo mediante los recursos que procedan en su contra.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., noviembre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 147 Proceso No. 10477

VISTOS

Mediante providencia del 28 de enero de 1994, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cúcuta (N. de Santander) condenó a *Jose*

antonioArias Sierra, Alvaro Pabón Benites, Norberto Sanchez Pabón, Mauricio Ordoñez Bastos, Luis Antonio Morales Moscoso y Luis jesus Contreras Rojas, quienes para la época de los hechos ostentaban la calidad de miembros activos de la Policía Nacional del Departamento del Norte de Santander, Grupo Antiextorsión y Secuestro de la Sijin, a la pena principal de dieciocho (18) años de prisión como autores responsables de los delitos de homicidio agravado, secuestro y concierto para delinquir, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la principal y al pago de perjuicios materiales y morales en cuantía de 1000 y 500 gramos oro, respectivamente, "a favor de quienes resultaron perjudicados". En la misma providencia se les absolvió de los cargos que por Homicidio Agravado se les había imputado respecto de *Nestor Perez llanes, Nohora Gras Garcia, William Bermudez, Nohelia Santiago Lozano, Nelcy duran Lozano, Manuel Peña Garzón y Luis alfonso Rincón*, así como del delito de hurto agravado del que fueron víctimas *Nohora Gras García y Manuel Peña Garzón*.

El Tribunal Superior de Cúcuta, al resolver la apelación interpuesta contra esa decisión por el Fiscal Seccional y los defensores de los procesados, resolvió modificarlo en el sentido de hacer extensiva la condena de *Luis AntonioMorales Moscoso, Alvaro Pabon Benites, Jose Antonio Arias Sierra, Mauricio Ordeñez BastosY Luis Jesus Contreras Rojas* por los otros delitos de homicidio y hurto de los que habían sido absueltos en primera instancia en virtud de lo cual les fijó la pena principal en veinticinco (25) años de prisión. En cuanto a *Norberto Sanchez Pabón* confirmó la pena de dieciocho (18) años por los delitos de Homicidio, Secuestro y Concierto para Delinquir que el a quo le había impuesto. A su turno, modificó la pena accesoria que redujo a diez (10) años.

Hechos y Actuación Procesal

Originó la presente investigación, la información suministrada el 4 de diciembre de 1991 por parte de varios ciudadanos mediante llamadas anónimas a la Seccional del Departamento Administrativo de Seguridad de Cúcuta, de estar percibiendo olores nauseabundos, la presencia de aves de rapiña y restos humanos en el sector conocido como "El anillo Vial", ubicado en el corregimiento de Lomitas, Municipio de Villa del Rosario, a 4 kilómetros de la autopista internacional que de Cúcuta conduce a San Antonio del Táchira (Venezuela) a efecto de lo cual el jefe de ese organismo dispuso la realización de diligencias tendientes a establecer lo real de esas manifestaciones. Fue así como una patrulla se trasladó hasta el sitio en mención, donde, luego de la excavación del terreno se encontraron varias fosas comunes que contenían cadáveres en avanzado estado de descomposición.

En vista de lo anterior, los Juzgados de Instrucción Criminal Permanente de esa época y el Cuerpo Técnico de Policía Judicial que con los miembros de la Dijin, Sijin y Das integraron un grupo especial de investigación, realizaron la exhumación de los interfectos que en total resultaron ser diecisiete, hallados en ocho fosas comunes y además se encontraron varios restos óseos.

Se acreditó, por medio de los reconocimientos y prueba técnicas practicadas, que los restos encontrados pertenecían a quienes en vida respondían a los nombres de *Nohelia Santiago Durán, Manuel Peña Garzón, Luis Alfonso Rincón Barón, Nestor Pérez Llanes, Nohora Luz Grass García, William Bermudez Carvajal, Omar Alberto Cuellar Bautista, Jesús María Peña y José de Jesús Rojas Olarte.*

Con base en lo anterior, el entonces Juzgado Primero de Instrucción Criminal Ambulante de Cúcuta ordenó la apertura de indagación preliminar, despacho que en cumplimiento de la Resolución No 1820 de diciembre 13 de 1993 de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, pasó a coordinar la Unidad de Investigación Especial, integrada además por los Juzgados Décimo y Veintidós de esa misma especialidad.

Dentro de esta etapa inicial se pudo establecer que algunos de los autores del ilícito pertenecían a la Policía Nacional y por lo tanto el 21 de febrero de 1992 el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal ordenó la apertura de investigación y escuchó en indagatoria a *Medardo Guerrero Mendoza Luis Jesus Contreras Rojas, Alvaro Pabón Bentes, Luis antonio Morales Moscoso, Norberto Sanchez Pabon, Jose Antonio Arias Sierra, Mauricio Ordoñez Bastos, Alfonso Salgado, Manuel Enrique Riaño y Alcibiades Cerinza Poblador*, contra quienes decretó medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de homicidio, secuestro y hurto, los dos últimos en calidad de determinadores. Igualmente vinculó mediante indagatoria a *Jairo Carrillo, Reinaldo Laguado López, Gregorio Amado Godoy y Hernando Casadiego Bautista*, respecto de quienes se abstuvo de decretar medida de aseguramiento, mediante proveído del treinta (30) de abril del año en mención.

Apelada esa decisión, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta decidió revocar la medida de aseguramiento impuesta a *Manuel Enrique Riaño Camargo y Alcibiades Cerinza Poblador*, para quienes dispuso la libertad inmediata e incondicional. Así mismo, respecto de los sindicados *Hernando Casadiego Bautista y José Gregorio Amado Godoy* decretó medida de aseguramiento de detención preventiva. En lo demás confirmó la decisión recurrida mediante auto del doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Las diligencias pasaron a la Fiscalía Seccional de Cúcuta, Unidad Especializada, despacho que avocó su conocimiento el seis (6) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) y ordenó continuar con la investigación hasta su culminación. Fue así como entre otras, dispuso el emplazamiento del ciudadano venezolano *Larry Salvador Tovar*, quien luego fue declarado persona ausente el 4 de agosto de 1992. Igualmente vinculó mediante indagatoria, a *Jairo Alberto Cook González y Jorge Andrés Restrepo Londoño* respecto de los cuales se abstuvo de decretar medida de aseguramiento en decisión del dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Llegado el momento procesal de calificar el mérito del sumario, el cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), la fiscalía dictó resolución acusatoria en contra de *Luis antonio Morales Moscoso, Luis Jesus Contreras Rojas, Mauricio Ordoñez Bastos,Alvaro Pabón Benites, Norberto Sanchez Pabon, Alfonso Salgado y Hernando Casadiego Bautista*, como autores responsables de los delitos de homicidio agravado en *Nohelia Santiago Lozano, Nelcy Durán Lozano, Manuel Peña Garzón, Alfonso Rincón Barón, Nestor Pérez Llanes, Nohora Luz Grass García, William Bermúdez Carvajal, Omar Alberto Cuellar Bautista, Jesús María Peña, José de Jesús Rojas Olarte y José Orlando Flórez Londoño*, en concurso con los delitos de secuestro simple en *Pedro Antonio Granados y Andrés Alberto Jaimes Cook*, hurto agravado y calificado en bienes de *Nohora Luz Grass García y Manuel Peña Garzón* y concierto para delinquir. Allí mismo ordenó la preclusión de investigación a favor de *José Gregorio Amado Godoy, Jairo Carrillo y Reinaldo Laguado López*, al tiempo que dispuso continuar por separado la investigación contra *Manuel Enrique Riaño Camargo, Jairo Alberto Cook González, Jorge Andrés Restrepo Londoño, Alcibiades Certiza Poblador, Medardo Guerrero Mendoza, Luis Antonio Arias Sierra y Larry Salvador Tovar Acuña*.

El ocho (8) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993), la Unidad Delegada ante el Tribunal de Cúcuta confirmó la acusación formulada contra los arriba mencionados así como la preclusión de investigación con que algunos resultaron favorecidos, pero revocó la orden de continuar la investigación por separado de otros de los vinculados y en su lugar les precluyó la investigación. Respecto de *Luis Antonio Arias Sierra y Medardo Guerrero Mendoza* dictó resolución acusatoria como autores responsables de los delitos de homicidio agravado, secuestro, hurto agravado y calificado y concierto para delinquir.

El conocimiento del asunto pasó al Juzgado Quinto Penal del Circuito, que luego de practicar algunas de las pruebas en la etapa

pertinente, celebró la correspondiente audiencia pública y dictó el fallo de instancia que ya fue reseñado y que al ser apelado, el Tribunal Superior de Cúcuta confirmo con las modificaciones al inicio señaladas, pronunciamiento que ahora es motivo del recurso de casación que se procede a desatar.

Las Demandas de Casación

I. A nombre de *Luis antonio Morales Moscoso, Mauricio Ordoñez Bastos,Alvaro Pabón Benites, Norberto Sanchez Pabon.* Al amparo de la causal tercera de casación formula el libelista tres reparos así:

1. La sentencia de segundo grado fue dictada en un juicio viciado de nulidad, por haberse desconocido el debido proceso y el derecho a la defensa del procesado *Alvaro Pabón Benites*, en razón a que no se practicaron oportunamente los testimonios solicitados en su ampliación de indagatoria, por lo cual se desconocieron los artículos 250 y 362 del Código de Procedimiento Penal.

Efectivamente el procesado en comento, solicitó se escuchara en declaración al señor Comandante de Guardia de la SIJIN y al celador del conjunto residencial denominado Valparaiso Swit para el dia 18 de noviembre de 1991, lo cual no se verificó en la forma como lo ordena el artículo 362 del C de P.P. , ni se rechazó, como lo determina el artículo 250 ibdem.

Los testimonios mencionados, asegura el censor, eran conducentes, pertinentes e indispensables para la demostración de la inocencia de este procesado y la de sus compañeros, pues se hubiera evidenciado la permanencia por espacio de más de cuatro horas en un lugar diferente y distante al de aquél en el que se les imputa el secuestro de Pedro Antonio Diaz Granados, en la fecha arriba señalada.

De haberse tomado tales declaraciones en su justo momento, pues solo se recibieron 15 meses después en la diligencia de audiencia pública, habrían permitido una efectiva defensa.

Recuerda, a renglón seguido, lo manifestado por el referido celador, *José Genaro Alvarez Navarro*, testimonio con el cual se hubiera desvirtuado el indicio deducido del contenido del libro de minuta y enrostrado contra *Pabón* y sus compañeros *Ordoñez y Sanchez*. También indica que la declaración del agente de policía *Miguel Antonio Toloza*, comandante de guardia para la época referida, respalda la indagatoria del procesado *Pabón* en el sentido de haberse equivocado en la anotación del libro de minuta de Guardia, sobre la salida del personal del grupo anti-extorsión el día 18 de noviembre

a cumplir con un servicio. Asegura que éste testigo revela la contradicción existente entre los números y nombres anotados. En consecuencia sí es creible la versión de *Pabón* de que la anotación en el libro de minuta de guardia tenida como indicio en su contra no es segura.

Con fundamento en lo anterior, solicita se declare la nulidad de lo actuado, a partir del auto de cierre de investigación, inclusive.

2. Se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa por cuanto al desatarse la apelación interpuesta contra la resolución acusatoria no demostró la prueba mínima de responsabilidad de acuerdo con el artículo 441 del C de P.P. Dice el demandante que la Fiscalía Delegada, al referirse a las víctimas *Manuel Peña García, Luis Alfonso Rincón Barón, Nohelia Santiago Lozano y Nelcy Durán Lozano* no tiene reparo en afirmar que no existen pruebas y luego, absurda e ilegalmente, confirma la acusación proferida en contra de sus representados por los delitos de homicidio de estas personas. Además se afirma en esa providencia que existe prueba indiciaria y no se mencionan los hechos indicadores, ni las reglas de la experiencia observadas respecto de cada punible endilgado. Existe una enunciación de indicios creados artificiosamente. Según él, no se indicó la forma de construcción ni su valoración y ello atenta contra el derecho de defensa y el debido proceso. En consecuencia solicita se decrete la nulidad a partir de la resolución de acusación de segunda instancia, inclusive.

3. Considera el demandante en este cargo, que existe incompleta motivación de la sentencia porque el Tribunal no valoró jurídicamente las pruebas en que debía fundarse su decisión.

Agrega que, de la simple lectura de la sentencia se puede deducir sin esfuerzo alguno la pobreza de la misma porque no existió análisis de los medios de convicción, exigidos por el artículo 180, inciso 4º del C de P.P. y solo se dedicó a realizar consideraciones teóricas. Se supone que la responsabilidad la dedujo el Tribunal de la prueba indiciaria, pero allí no se hizo valoración de ninguna índole.

Agrega que no solo se dejó de analizar la prueba de responsabilidad, sino que además la pobreza de la sentencia recurrida se extiende a los procesados *Pabón Benítez, Sánchez Pabón y Ordoñez Bastos*, a quienes se les condenó por el homicidio de *Cuellar Bautista, Rojas Olarte, Peña, Pérez Llanez, Gruss García, Bermúdez Carvajal, Lozano, Durán Lozano*, pero sin explicar cuáles medios probatorios le dieron esa certeza.

Solicita en consecuencia, se declare la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de segunda instancia, por haberse incurrido

en la causal tercera del artículo 220 del C de P.P., en concordancia con el inciso segundo del artículo 304 del C de P.P. y el quebranto del artículo 180 inciso cuarto.

II. *A nombre de Luis de Jesus Contreras Rojas.*

Un solo cargo formula la defensora del procesado, al amparo de la causal tercera de casación, porque la sentencia de segunda instancia incurre en la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, por incompleta motivación de la sentencia, quebrantándose específicamente el inciso 4º del artículo 180 del C de P.P.

El fundamento de la nulidad por incompleta motivación de la sentencia, lo hace consistir en que el Tribunal Superior de Cúcuta no analizó, ni valoró ni manifestó cuáles eran los medios de convicción recaudados dentro del proceso que llevaron a condenar a *Luis de Jesus Contreras Rojas* por los delitos de homicidio y secuestro.

Correspondía a la sala de decisión del Tribunal Superior de Cúcuta indicar los fundamentos legales por los cuales se apartaba de la sentencia de primera instancia y acogía los del Fiscal Seccional apelante, porque no es dable que sin motivación alguna se le condene a su representado por siete (7) homicidios más.

De la lectura de la sentencia, agrega la recurrente, es fácil establecer que no hubo análisis alguno y solo se señalan de manera genérica como elementos de juicio los testimonios de familiares, de allegados y conocidos, sin decir cuáles, y sin manifestar con qué hechos punibles de homicidio y de secuestro se relacionan, situación que impide comprender a cabalidad los fundamentos de la sentencia de segunda instancia.

El reparo fundamental consiste en que la sentencia afirme que '*...pero también es cierto que los cadáveres de Nohora Luz Grass García, Nelsy Duran Nohelia Santiago y Luis alfonso rincon Barón fueron hallados en el mismo lugar indicado como el del hallazgo de las demás victimas por las que finalmente fueran sancionados los procesados*', con lo cual no se supo que quiso decir el Tribunal: no hubo motivación, ni se aclaró si existía indicio leve o grave o necesario en contra de los procesados, como tampoco si generaba certeza para condenarlos, tal como lo exige el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Estimó que de manera ligera, la sala penal de decisión condenó a su representado sin hacer análisis alguno de responsabilidad individual por cada hecho punible de homicidio y secuestro; los medios probatorios que tuvo en cuenta la sentencia de segunda

instancia para condenar por los varios homicidios no fueron mencionados, ni mucho menos se hizo el análisis o motivación de ellos.

Por lo anterior, solicita se case la sentencia, decretando la nulidad de lo actuado, a partir de la sentencia de segunda instancia.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Sobre el **Primer Cargo** advierte esa representación del Ministerio Público que el libelista pretende sacar partido de que entre la ampliación indagatoria en la que se hizo la cita de los testigos y la resolución de cierre de la investigación transcurrieron solo once días, durante los cuales resultó difícil a la Fiscalía instructora el recaudo de las pruebas citadas debido a las incidencias procesales que se presentaron.

No obstante, agrega, la solicitud de la prueba y su efectiva práctica elimina cualquier posibilidad de anulación del proceso, porque en el esquema procesal vigente lo importante, para efectos de la defensa, es que las pruebas solicitadas se hayan evacuado y no que su recaudo se haya hecho en tal o cual fase de la actuación.

Recuerda que una de las notas del modelo acusatorio formal de procedimiento, es privilegiar el debate probatorio en la etapa del juicio que debe realizarse ante el juez y por ende, las pruebas que se practiquen durante la diligencia de audiencia pública, son plenamente válidas. No se puede pensar que por no haberse practicado antes de la formulación de la acusación se hubiera contado con mayores medios de defensa y con la forma de desvirtuar un indicio de responsabilidad, pues aceptarlo así, supondría que la resolución de acusación se fundamentó en hechos y pruebas que se desvirtuarían ante la prueba omitida.

A juicio de esa representación, lo definitivo para el rechazo del cargo es que las pruebas pedidas por *Pabon Benitez* se practicaron durante la diligencia de audiencia pública y fueron sometidas a la controversia probatoria e incorporadas a los elementos de juicio del sentenciador, con lo cual se preservó el derecho a la defensa del acusado.

Sobre el **segundo cargo** el Procurador estima que este carece de sustentación, pues no atina a precisar los aspectos que en la resolución de acusación de segunda instancia se dejaron sin fundamentación, pero tampoco hace referencia a su contenido y en cambio sí, lanza de manera irresponsable una acusación contra ella.

Recuerda el Delegado que en las censuras por nulidad es deber del demandante comprobar los vicios que alega como sustento de la ruptura del fallo, por el carácter dispositivo de este medio extraor-

dinario de impugnación, según el cual la Corte no tiene la función de suplir al recurrente ni está en la obligación de revisar oficiosa y plenamente lo actuado. La facultad oficiosa, solo puede exigirse frente a eventos en los cuales la irregularidad sustancial sea evidente. Por lo tanto solicita, sea desestimado.

En cuanto tiene que ver con el **Tercer Cargo**, encuentra la Delegada razón a los casacionistas ya que el fallo impugnado adolece de los análisis probatorios y las consideraciones jurídicas que permitan a la defensa conocer los motivos por los cuales se revocó la decisión apelada, salvo por el hecho de que los cadáveres fueron encontrados en la misma fosa común donde estaban los cuerpos de otros desaparecidos.

Estima la Delegada, conforme al contenido que sobre el punto se observa en la sentencia de segunda instancia, que en ella se incorporaron dos fundamentaciones: una, el hallazgo de los cuerpos en la misma fosa común y otra, las alegaciones que en el trámite del recurso hiciera el Fiscal Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito.

Ese proceder, a su juicio, genera un vicio insaneable en la sentencia, porque pese a la remisión que en el fallo se hace de las alegaciones del citado funcionario, la motivación de la sentencia carece de precisión ante la ausencia de análisis probatorios sobre las observaciones de la defensa que, así fuera de manera objetiva, contrarrestaban las afirmaciones del representante de la acusación oficial.

Si bien la sentencia, agrega, no tiene señaladas unas normas jurídicas que determinen la forma como ella debe entenderse cumplida, los diferentes aspectos que se debaten en un juicio penal sí condicionan los puntos mínimos de que debe ocuparse el sentenciador para cumplir las exigencias de la motivación, abordando el examen crítico de las pruebas, las disposiciones legales y los alegatos de quienes intervienen en el proceso, para tomar la decisión definitiva.

Estima entonces, que con la omisión detectada se restringieron las oportunidades de defensa y por ello se impone la nulidad parcial de la sentencia impugnada que por afectarla exclusivamente es, a su juicio, necesario devolver el proceso al Tribunal de origen para que se cumpla con la obligación de fundamentar la decisión en relación con el aspecto destacado, exclusivamente, porque de otra manera se privaría a los sujetos procesales de las oportunidades de impugnación extraordinaria, frente a temas nuevos que en ella surgirían.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Demanda presentada a nombre de *Luis Antonio Morales Moscoso, Alvaro Pabon Benitez, Mauricio Ordoñez Bastos* y *Norberto Sanchez Pabon.*

Primer Cargo.

El fundamento de la nulidad por desconocimiento del debido proceso y del derecho a la defensa impetrados por el libelista, carece de la trascendencia que se le ha querido imprimir y no consulta la realidad que muestra el proceso, ni los parámetros que para su prosperidad, en sede de casación, ha previsto la jurisprudencia.

Asegura el demandante, que el fallador de instancia incurrió en ese yerro porque no se verificaron las citas del procesado *Alvaro Pabon Benitez* solicitadas en la ampliación de su indagatoria, esto es, que se escucharan los testimonios de *José Genaro Alvarez Navarro y Miguel Antonio Toloza* a quienes solo se les tomó declaración 15 meses después al momento de celebrarse la diligencia de audiencia pública, lo cual impidió que se realizara una efectiva defensa.

Incansablemente ha reiterado la Sala que el fundamento de la nulidad que se invoque, debe estar orientado a demostrar su trascendencia bien porque la irregularidad comprometió la estructura del proceso o porque con ella se desconocieron las garantías de los procesados.

Inútil resulta, como sucede en este caso, enunciar una supuesta irregularidad en el trámite cuando no se hace el menor esfuerzo por acreditar cómo se afectaron las garantías del procesado, en el sentido de que se limitó el derecho a la defensa, ni la forma como la práctica de esas pruebas en un lapso posterior a su solicitud determinó la imposibilidad de atenuar o excluir la responsabilidad del procesado *Alvaro Pabon Benitez.*

Ahora bien, si nos remitimos a la realidad procesal que muestran los autos, los testimonios de *José Genaro Alvarez Navarro y Miguel Antonio Toloza* fueron escuchados en el transcurso de la celebración de la audiencia pública y sobre el contenido de tales deponencias se pronunció el fallador de primer grado; al respecto, el abogado defensor tuvo la oportunidad de rebatir —como en efecto lo hizo— tales planteamientos mediante el recurso de apelación que interpuso contra esa decisión, lo que le impide afirmar que hubo algún obstáculo para ejercer de manera efectiva el derecho de defensa.

De otra parte no encuentra la Sala fundamento alguno para que el casacionista alegue que se desconoció el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, porque tales elementos de juicio no fueron

rechazados; por lo tanto no ameritaban un pronunciamiento como el exigido en este mandato. Tampoco surge explicable que en el libelo se asegure que no se dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 362 ibidem porque mediante este precepto se otorga la posibilidad al imputado de defenderse de los cargos atribuidos y se dispone que se verifique su dicho, sin que para ello se exija la práctica de esas pruebas en un determinado momento de la actuación procesal.

Resulta por lo tanto erróneo pensar que el derecho a la defensa se desconoce cuando una prueba se practicó en un momento procesal distinto al que había sido solicitado, porque recuérdese que de la forma como está concebido el proceso penal cada etapa que lo compone, llámese previa, de instrucción o de juzgamiento, otorga la posibilidad de evacuar las pruebas que se consideren necesarias, bien a solicitud de parte o de oficio, por parte del funcionario respectivo quien únicamente debe estar guiado por la conducencia y pertinencia de las diligencias a practicar siempre que cuente con los datos suficientes para llevarlas a cabo, así como la legalidad de la oportunidad procesal en que procede a hacerlo.

En las precedentes circunstancias es evidente que no se ha cometido desconocimiento alguno al debido proceso, ni menos al derecho a la defensa, por lo tanto el cargo habrá de rechazarse.

Segundo Cargo.

Incurre nuevamente el libelista en las falencias enunciadas en el anterior reparo, al no tener en cuenta que, según se ha reiterado, la nulidad como causal de casación exige al censor que cumpla con unos requisitos mínimos que no se satisfacen con su sola enunciación, sino que es su deber demostrar en qué consistió el acto irregular y la forma como este afectó los derechos sustanciales del procesado o la estructura del proceso.

En esta oportunidad, el libelista se limita a decir que se desconoció el debido proceso y el derecho a la defensa porque la Fiscalía Delegada, al desatar la apelación interpuesta contra la resolución acusatoria, no demostró la prueba mínima de responsabilidad que exige el artículo 441 del C de P.P., ni mencionó los hechos indicadores y las reglas de la experiencia que demuestren la existencia de la prueba indiciaria, sino que realiza una enunciación de indicios creados artificiosamente, al tiempo que omitió la forma de construcción y su valoración.

Este enunciado tan genérico deja a la Sala sin saber en últimas a qué indicios se refiere, pues omitió concretar sus reproches en la resolución de acusación proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, sobre cuyo contenido ni siquiera se pronunció ni hizo

señalamiento alguno que concretara la razón de su disentimiento. Quedó huérfano el cargo de los fundamentos necesarios para entrar en el estudio de la nulidad impetrada, ante la falta de claridad y precisión de los argumentos escogidos por el censor para tal efecto.

De otra parte, encuentra reprochable la Sala la actitud asumida por el demandante, quien en su afán de sacar avante sus pretensiones defensivas se arriesga a asegurar, cuando no es cierto, que en esa pieza procesal se confirme "absurda e ilegalmente" la resolución acusatoria, a pesar de que se dijo que no existían pruebas. Lo que la cuidadosa lectura de la providencia objeto de censura muestra, es la ausencia de prueba acerca de la retención de las víctimas *Manuel Peña Garzón, Luis Alfonso Rincón Barón, Nohelia Santiago Lozano y Nelcy Durán Lozano*, pero no de su muerte por haber sido encontrados sus cadáveres en las fosas comunes del anillo vial.

La falta de razón de libelista y carencia de fundamentación del cargo impiden a todas luces su prosperidad.

Tercer Cargo

Nulidad por falta de motivación de la sentencia de segundo grado, censura invocada por ambos recurrentes.

Es cierto que la falta de motivación de la sentencia, desconoce a todas luces el debido proceso y amerita la declaratoria de nulidad, tal como lo señalan la Procuraduría Delegada y los aquí recurrentes.

Lo anterior, por cuanto un fallo condenatorio cuya motivación resulte incompleta e ilógica contraría las garantías de los procesados quienes frente a tal circunstancia se quedan sin saber las razones que tuvo el sentenciador para proferir el fallo condenatorio y genera la imposibilidad de atacarlo mediante los recursos que procedan en su contra.

En el caso que nos ocupa, ocurrió que el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cúcuta al emitir el fallo de primer grado resolvió condenar a *Luis antonio Morales Moscoso, Mauricio Ordoñez Bastos,Alvaro Pabón Benites, Norberto Sanchez Pabon*, a la pena de 18 años de prisión por los delitos de Homicidio Agravado, secuestro y Concierto para Delinquir de los que resultaron víctimas la personas allí señaladas.

A su turno, decidió absolverlos de los cargos que por Homicidio agravado se les había imputado respecto de *Nestor Pérez Llanes, Nohora Grass García, William Bermúdez, Nohelia Santiago Lozano, Nelcy Durán Lozano, Manuel Peña Garzón y Luis Alfonso Rincón Barón*, así como del delito de hurto del que fueron víctimas *Nohora Luz Gras García y Manuel Peña Garzón*.

Sin embargo encuentra la Sala, contrario a lo expresado por los casacionistas y el Ministerio Público, que concurren motivos suficientes para que el Tribunal Superior de Cúcuta adoptara la determinación de atribuir a los sentenciados los ilícitos de Homicidio y Hurto y por ende, aumentar las penas en la proporción correspondiente. Para verificarlo se hace necesario acudir a la lectura integral de la sentencia de primera instancia donde se reconoció que la base para iniciar la investigación estuvo constituida por los testimonios de familiares, allegados y conocidos de las víctimas, así como por las numerosas denuncias que se presentaron antes de el hallazgo del cementerio clandestino, relacionadas con la desaparición de diferentes personas en la que participaron Agentes de la Policía, algunos adscritos a la Sijin.

En dicho pronunciamiento se limitó el estudio de la responsabilidad de los aquí procesados respecto de los homicidios de *Manuel Peña Garzón, Nelsy Durán Lozano, Nestor Perez Llanes, Alfonso Rincon Barón, Nohora Luz Grass García, William Bermudez Carvajal, Omar Alberto Cuellar Bautista, Jesús María Peña y José de Jesús Rojas Olarte y en los secuestros de Andrés Alberto Jaimes Cook, Pedro Antonio Granados y José Orlando Flórez Londoño.*

Conforme a los argumentos allí plasmados entre los que se cuenta con la información de las circunstancias que rodearon el desaparecimiento de cada una de las víctimas de los homicidios por los cuales se les eximió de responsabilidad a los encartados, se dejó claro que sus cadáveres se encontraron en la fosa común del "anillo vial" y además fueron reconocidos legalmente por personas que los conocían, pero que tal circunstancia se constituía en un indicio que no ofrecía la plena certeza en cuanto a la responsabilidad y por ende fue imposible esclarecer quienes fueron los verdaderos autores de tales ilícitos. Al respecto indicó que:

"Debemos admitir que la prueba recogida no permite establecer las circunstancias en que se produjo la retención de estas personas y así mismo no indican qué personas fueron los autores de tales ilícitos y por ende es difícil fijar responsabilidades, pero lo que sí se probó fue que fueron hallados sus cadáveres en el mismo cementerio clandestino donde se encontraron otros cadáveres, como el de *Omar Alberto Cuellar Bautista*, lo que permite inferir que los autores si no fueron los mismos de la muerte de éste, tenían íntima comunicación o relación, circunstancia esta que se deduce precisamente del hallazgo en el mismo cementerio... En este orden de ideas tenemos que admitir que en realidad de verdad no aparece prueba que dé plena certeza sobre la autoría y responsabilidad de estos homicidios, solamente aparece el indicio consistente en haberse encontrado

sus cadáveres en el cementerio clandestino del anillo vial y en una misma fosa" (fl 5758 c.o).

Más adelante, ya cuando se refería a los homicidios y secuestros de las demás personas por las cuales sí les atribuyó responsabilidad a los encartados acotó:

"Así mismo ponemos de presente que *Jose de Jesus Rojas Olarte y Jesus María Peña*, después de habérseles dado muerte fueron enterrados en el cementerio clandestino del "anillo vial", en una misma fosa, reconocidos e identificados en forma legal, también se encontraron sus documentos de identidad, hecho este que confirma la autoría de tales homicidios por parte de los procesados que así mismo secuestraron a *Granados*, cementerio donde también fueron encontrados los cadáveres de otras víctimas, como el de *Omar Alberto Cuellar*, y en tal orden de ideas tenemos que ellos eran los únicos que conocían de la existencia del mencionado cementerio clandestino. Siendo ello así los mismos procesados comprometidos en el secuestro de *Pedro Antonio Granados* deben en igual forma sufrir las penas impuestas por el delito de homicidio en las personas de *Jesus María Peña y Jose de Jesus Rojas Olarte*, y por el secuestro de Jose orlando Flores Londoño, personas éstas que el único pecado fue el de haber sido testigos presenciales en (sic) tantas veces mencionado secuestro de Granados.

"Dada la naturaleza y modalidad de los hechos que dieron origen a la investigación, no fue posible obtener una prueba directa de responsabilidad, habida consideración que el número de procesados que se cobijaron con el manto de la autoridad y se confabularon en la perpetración de hechos arbitrarios e ilícitos, y así mismo trataron por todos los medios de lograr impunidad, ya por amenazas de muerte como por desaparecimiento de testigos. Pero ello no fue óbice para lograr edificar pruebas indiciarias que edificaron certeza en cuanto a la autoría y responsabilidad de los punibles investigados, por fortuna desplegaron la misma conducta en la consumación de los ilícitos que se les imputan y, por ello no fue difícil la valoración y percepción que nos permitió llegar con certeza a una conclusión de responsabilidad" (fl 5762 c.o).

La inconformidad del Fiscal Seccional Delegado ante los Jueces Penales del Circuito al interponer el recurso de apelación, se cifró en que el análisis que efectuó el a quo, no guardaba relación con las conclusiones, pues no se explica cómo se condena a los incriminados por el homicidio de algunas personas cuyos cadáveres fueron hallados en la fosa común del conocido "anillo vial" y por qué se les absuelve respecto de las demás víctimas que se encontraron en el mismo lugar, que por tratarse de un cementerio clandestino no era

del conocimiento público y del que solo los Agentes de la Policía que conformaban el grupo delincuencial sabían de su existencia, siendo ellos en consecuencia los autores de todos los hechos punibles por los que fueron procesados.

Acogiendo las anteriores apreciaciones, el Tribunal Superior de Cúcuta al desatar la alzada resolvió revocar la decisión de primer grado respecto de los siete (7) homicidios y los punibles de hurto por los que habían sido absueltos los procesados, fundamentado en lo siguiente:

"El planteamiento del señor Fiscal Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito al considerar la sentencia de primera instancia contradictoria e inconclusa, tiene asidero respecto de las situaciones que plantea, pero no debe desconocerse que el a quo adoptó las decisiones conocidas por los hechos que de una u otra forma le daban certeza conforme a lo investigado y juzgado en este proceso. No hay estado de ignorancia, de equivocación, de olvido o de omisión al respecto; simplemente evaluó el comportamiento de aquellas personas que presentaban en su contra situaciones comprometedoras de acciones, como haber sido vistas preguntando por sus víctimas, otras preguntando por ellas o anunciando su muerte previa amenaza, *pero también es cierto que los cadáveres de Nohora Luz Grass García, Nelsy Durán, Nohelia Santiago y Luis Alfonso Rincón Barón fueron hallados en el mismo lugar indicado como el del hallazgo de las demás víctimas por las que finalmente fueron sancionados los procesados.*

Son ciertas las afirmaciones del señor Fiscal Delegado en la sustentación del recurso respecto de la responsabilidad de los aquí procesados de todos los hechos punibles que se les imputan, haciendo excepción en cuanto se refiere a *Norberto Sánchez Pabón, deberán ser sancionados por los ilícitos de homicidio, secuestro, hurto y concierto para delinquir en circunstancias de agravación punitiva,* en detrimento de las personas que fueron desaparecidas, cuyos cadáveres fueron hallados en fosas comunes, en las circunstancias ya anotadas, reconocidos mediante los diferentes medios de prueba aportados y cuyas pertenencias nunca aparecieron, ni tampoco les fueron entregadas a sus deudos.

Por ser ajustos (sic) a la evidencia procesal los argumentos del Fiscal Delegado, concluiremos con él precisando que *Morales Moscoso, Pabón Benítez, Ordoñez Bastos, Arias Sierra y Contreras Rojas,* deberán ser sancionados por homicidio en circunstancias de agravación punitiva de los que aparecen como sujetos pasivos *Omar Alberto Cuellar Bautista, José de Jesús Rojas Olarte, Jesús María Peña, Nestor Pérez Llanes, Nohora Luz Grass García, William*

Bermúdez Carvajal, Nohelia Santiago Lozano, Nelcy Durán Luzuno, Manuel Peña Garzón y Luis Alfonso Rincón Barón, en concurso con el hecho punible de secuestro, del que además de los anteriores, también fueron víctimas *José de Jesús Rojas Olarte, Jesús María Peña, Pedro Antonio Granados y José Orlando Flórez Londoño, hurto en bienes de Nohora Luz Grass García* y concierto para delinquir" (subraya la Sala).

Es necesario recordar que los fallos de primer y segundo grado, se integran jurídicamente formando un solo cuerpo, conformando la unidad jurídica inescindible la cual apunta a considerarlos como uno solo en todo lo que no sea contrario. Por ello, tratándose de dos partes que conforman una unidad, es necesario analizarlas en su integridad.

En el asunto sub examen el estudio efectuado por el a quo (no la conclusión) respecto de las pruebas obrantes en el plenario, resultó suficiente para que el Tribunal determinara, según lo transcrito, que los procesados también tenían comprometida su responsabilidad respecto de tales ilícitos.

El extenso análisis de los hechos y las circunstancias plasmados en la primera instancia, no necesitaba ser reiterado por el ad quem en esa misma proporción, máxime si lo compartía, como en efecto ocurrió, pues consideró que estaba suficientemente claro el hallazgo de todos los cadáveres en la misma fosa común donde se encontraban los otros por los cuales fueron condenados, presupuesto suficiente para deducir su responsabilidad.

No es cierto, entonces, que el cargo carezca de argumentos como lo señalan los demandantes y la Delegada, pues si bien en la segunda instancia no hubo una alusión expresa de los fundamentos probatorios que mostraban las razones por las cuales los aquí sentenciados tenían comprometida su responsabilidad en estos ilícitos, es pertinente anotar que el a quo sí se ocupó de ello y el Tribunal las adecuó, sin descalificarlas, a lo que desde su perspectiva debía fallarse.

Recuérdese que dentro de las facultades de la segunda instancia está la de revisar el fallo del inferior, actividad que le permite corregir los yerros de las anteriores etapas procesales y realizar la respectiva valoración probatoria en la cual puede apartarse total o parcialmente del fallo materia de impugnación.

Como en este caso sucedió que pese a los indicios deducidos por el Juez de primer grado, bien por las circunstancias que rodearon los hechos, ora por las pruebas aportadas al plenario surgió una incoherencia entre estos y la decisión finalmente adoptada,

quedaba la sensación, en cuanto a lo primero de la convicción que tenía respecto de la responsabilidad de los procesados sobre todos los ilícitos en cuestión, para luego fraccionar su decisión y no atribuir responsabilidades por todos los hechos punibles que dieron origen a esta actuación.

Esta manera de razonar desconoce a todas luces la elaboración lógico- jurídica que debe acompañar a toda providencia en la que todos sus acápites deben guardar entre sí la debida armonía; tanto los hechos que en ella se relaten, el análisis probatorio y la decisión final deben ser uniformes. Afortunadamente, como se vio, existen los mecanismos procesales que permiten enmendar las anomalías en aras de una correcta administración de justicia.

En las precedentes circunstancias, el cargo propuesto 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.

Cúmplase

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

En múltiples oportunidades, la Corte ha indicado que la casación excepcional procede contra los fallos de segunda instancia dictados por los tribunales superiores de distrito judicial, Tribunal Penal Militar y el Tribunal Nacional, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad inferior a seis años, y contra la sentencias de segunda instancia dictadas por los Jueces Penales del Circuito.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nouges.*

Aprobado Acta N°147 Proceso No. 13446

ASUNTO POR DECIDIR

Se procede a resolver sobre la admisión del recurso excepcional de casación formulado por el Fiscal 36 Local de Santafé de Bogotá contra la sentencia sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado 27 Penal del Circuito de esta ciudad.

HECHOS

Aproximadamente a la 7 de la noche del 12 de abril de 1993, en la calle 40 con carrera 100 de Bogotá, colisionaron el bus de placa SA 7180, manejado por *Roberto Campos Callejas* y la camioneta de placa 9755, conducida por *Eulises Augusto Morales Gutierrez*. Del accidente varios pasajeros del bus de servicio público urbano, sufrieron heridas entre otros: *José Omar Orjuela y Olga Lucia Paredes Valbuena* quienes el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses les determinó incapacidades definitivas de 80 y 15 días, además de deformidad en el muslo derecho, perturbación funcional del órgano de la locomoción y deformidad en el rostro, respectivamente.

ANTECEDENTES PROCESALES

Tramitado el proceso, el Juzgado 45 Penal Municipal de Bogotá, el 19 de marzo de 1997, condenó a *Roberto Campos Callejas* a 6 meses 12 de días de prisión, multa de $ 4.000, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y al pago de los perjuicios derivados del delito (fs. 455 y Ss del cd. inicial).

El fallo fue apelado por el Fiscal Local y la defensora del procesado. El 30 de mayo de 1997, fue confirmado por el Juzgado 27 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá. Notificado el Fiscal Local, lo impugnó extraordinariamente porque considera violado el debido proceso al no haberse dado trámite a la sustentación oral de la apelación y por no haber sido escuchado como parte recurrente. El expediente fue remitido a la Corte para que se pronuncie sobre la concesión del recurso de casación discrecional.

CONSIDERACIONES

En múltiples oportunidades, la Corte ha indicado que la casación excepcional procede contra los fallos de segunda instancia dictados por los tribunales superiores de distrito judicial, Tribunal Penal Militar y el Tribunal Nacional, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad inferior a seis años, y contra la sentencias de segunda instancia dictadas por los Jueces Penales del Circuito.

El recurso debe interponerse dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia. Debe sustentar el motivo que determine la viabilidad de la admisión, frente al desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de un derecho fundamental violado en las instancias.

No procede la Sala a examinar si el impugnante cumplió con la obligación de desarrollar la argumentación dirigida a demostrar la violación de un derecho fundamental, el señalamiento de la norma constitucional que protegen el derecho invocado y su concreto desconocimiento con el fallo recurrido, dado que previamente se debe examinar si está legitimado para acudir a esta vía excepcional, de conformidad con el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Quiso el legislador de manera expresa conceder el derecho impugnatorio citado al Procurador o su Delegado y al defensor, es decir, excluyó a los restantes sujetos que intervienen en el proceso penal, como la parte civil y el Fiscal. En cabeza del Ministerio Público dejó la posibilidad de disentir de la sentencia de segundo grado o de la proferida en un proceso en donde se h a violado un derecho fundamental respecto de las partes no mencionadas en el cuerpo tercero del precepto citado.

La legitimidad de personería del recurrente es condición de procedibilidad de su pretensión y está regulada por el ordenamiento jurídico procesal. Esta normatividad es de orden público y por ende su observancia es un imperativo para el juez quien por antonomasia está llamado a respetarla, como tutor de las garantías constitucionales y legales. De ahí que no puede caprichosamente habilitar a ninguno de los sujetos procesales para ejercer derechos no otorgados por la ley.

En el caso concreto, el Fiscal Local impugna el fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado 27 Penal del Circuito por violar el debido proceso; sin embargo la disposición legal en que basa su petición, artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, no lo contempla como sujeto procesal con opción para recurrir extraordinariamente y de manera excepcional. Lo anterior constituye razón suficiente para rechazar el recurso impetrado.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso discrecional de casación interpuesto por el FISCAL 36 LOCAL dentro de este proceso, por las razones señaladas en la parte motiva.

Copiese, notifíquese y cúmplase,

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Manrique Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA / ALLANAMIENTO /AUDIENCIA PUBLICA / SISTEMA ACUSATORIO - Imparcialidad

El artículo 16 del Decreto 1861 de 1989 prescribía que los jueces ambulantes tenían competencia para investigar en todo el territorio nacional, precepto que en tal sentido modificó la más restrictiva previsión del original artículo 316 del Decreto 050 de 1987 (anterior Código de Procedimiento Penal), en actitud positiva que significó la superación de la ingenua concepción de normas localistas y puntuales, paradójicamente dispuestas para enfrentar una delincuencia dispersa, continuada, extendida como organización por todo el territorio de la nación y hasta comprometida en procedimientos transnacionales.

2. No importa que el allanamiento sea un acto de investigación y no un medio de prueba, pues si el mismo se comporta como medio en la formación de la prueba, necesariamente debe impugnarse por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial y no por la de la nulidad.

3. En nuestro singular sistema de tendencia acusatoria, el pliego de cargos es la pieza fundamental de introducción al juicio y, a la vez, es el punto de partida y marco de los debates de esta segunda fase del proceso, y como tal es necesaria su lectura o actualización antes de cualquier intervención de los sujetos procesales en la audiencia pública (C. P. P., arts. 449 y 451).

Lo ideal es que la oralidad y la concentración se cumplan en la sucesión y el intercambio de las distintas posiciones en la audiencia pública, pero la remisión sensata que el fiscal hace a las apreciaciones de la resolución de acusación, pieza que debe declararse conocida en el curso de la misma diligencia, antes que un desatino particularmente puede ser garantía de seguridad, pues, por más que se afine el discurso en la inter-

vención oral, jamás podrán desbordarse gravosamente los cargos consignados en esa limitativa providencia de acusación, aunque obviamente podrá el fiscal solicitar su degradación o inclusive prescindir de la acusación (C. P. P., art. 129).

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y siet

Magistrado Ponente:Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta N° 147 Proceso No. 10094

VISTOS

Por medio de sentencia del 14 de febrero de 1994, el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito de Santafé de Bogotá declaró que los acusados *Leonel Yanguma Parra, Luis Fernando Figueroa Vaca, Darío Antonio y Héctor Calderón Gómez* eran coautores de un concurso de delitos de *falsedad material de particular en documento público, falsedad en documento privado y estafa*, según conductas por medio de las cuales se atentó con la Fe Pública y se menoscabó el patrimonio estatal radicado en la Administración de Impuestos Nacionales, dependencia adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En consecuencia, el Juzgado de conocimiento les impuso a los responsables la pena principal de treinta y ocho (38) meses de prisión y multa por valor de veinte mil ($ 20.000.oo) pesos. Igualmente, se determinó que los procesados debían cumplir la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por igual período al indicado como privación de la libertad; y se les impuso la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados, en cuantía de trece millones trescientos setenta y ocho mil setecientos tres pesos ($ 13.378.703.oo), más los intereses bancarios causados desde la época de la apropiación fraudulenta de los dineros y la fecha de pago de la indemnización. De igual manera, se les negó a todos los condenados el subrogado de la condena de ejecución condicional.

En respuesta al recurso de apelación interpuesto por la defensa de los hermanos *Calderón Gómez* y del procesado *Figueroa Vaca*, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por medio de sentencia fechada el 27 de abril de 1994, revocó parcialmente el fallo de primer grado, en lo que atañe a la condena por el delito de *falsedad de particular en documento público*, e hizo entonces un nuevo cálculo de pena que otra vez lo condujo a los treinta y ocho (38) meses de prisión impuestos por la instancia, aunque redujo la multa a la cuantía de dos mil pesos ($ 2.000.oo). En la misma revisión, se dispuso también que el valor de la indemnización era de trece millones

doscientos noventa y nueve mil setecientos noventa y tres pesos ($ 13.299.793.oo), en lugar de la cantidad dispuesta por el *a quo*.

Pues bien, en relación con el fallo del Tribunal, se activó la impugnación extraordinaria de casación por parte de los mismos defensores que acudieron en apelación, recurso aquel que ahora decide la Sala, previa aportación del concepto ofrecido por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal (E).

HECHOS

Durante el periodo comprendido entre los meses de diciembre de 1988 y agosto del año siguiente, varios individuos acordaron y llevaron a cabo un fraude a la Administración de Impuestos Nacionales, por medio del cobro indebido de unos remanentes de la retención en la fuente por ventas de café, efecto para el cual, ante la Administración de Santafé de Bogotá, fingieron las solicitudes y presentaron declaraciones de renta y certificados de retención espurios, correspondientes a las cuentas de los señores *Jaime Villegas, Villegas, Jorge Diaz Sanchez, Carlos Zúñiga Cortes, Horacio Huege Alarcon y José Francisco Narvaez Perdomo*, todos comerciantes y contribuyentes que ya habían obtenido regularmente la devolución de la retención sobrante, en gestión que realizaron ante la Administración de la ciudad de Neiva, una vez hechas las liquidaciones de sus respectivas declaraciones de renta.

La investigación penal se adelantó para clarificar el presunto uso de cédulas falsas para suplantar a los beneficiarios, la simulación de los documentos inherentes a la solicitud de devolución y la realidad de la defraudación al patrimonio de la institución, aspecto este finalmente determinado en la suma de trece millones doscientos noventa y nueve mil setecientos noventa y tres pesos ($13.299.793.oo).

Como realizadores de estas maniobras engañosas y dañinas, fueron vinculados y condenados los señores *Leonel Yanguma Parra, Luis Fernando Figueroa Vaca*, y los hermanos *Dario Antonio y Hector Calderon Gomez*.

ACTUACION PROCESAL

Los hechos fueron puestos en conocimiento por el señor *Alvaro Dueñas Acero*, Jefe de la División Jurídica de la Administración de Impuestos Nacionales de Personas Naturales de Bogotá, información a partir de la cual el Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal Ambulante de la misma ciudad inició la investigación penal; vinculó como autores o partícipes, en principio, a los individuos *Leonel Yanguma Parra y Luis Fernando Figueroa Vaca*, a quienes también les dictó medida de aseguramiento consistente en detención preven-

tiva, por la deducida condición de presuntos responsables de los delitos de *concierto para delinquir, falsedad documental (pública y privada) y estafa* (cuaderno original número 1, fs. 155 a 167).

Igual imputación se hizo al sindicado *Carlos Alberto Salas Basto*, de acuerdo con el auto de situación jurídica resuelta el 2 de octubre de 1990 (C. O. N° 1, fs. 242).

En la providencia fechada el 26 de noviembre de 1990, el Juzgado Instructor ordenó medida de aseguramiento de detención en contra de los sindicados *Héctor y Darío Antonio Calderón Gómez*, a quienes se imputan las mismas hipótesis delictivas ya mencionadas. En cambio, en el mismo proveído, el juez se abstuvo de adoptar determinación preventiva en relación con los vinculados *Olimpo Yanguma Parra y Jorge Ricardo Salas Basto* (C. O. N° 2, fs. 56).

En sede de apelación, por medio de auto expedido el 15 de febrero de 1991, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá revocó parcialmente las providencias del 19 de septiembre y el 2 de octubre de 1990, por medio de las cuales se había definido la situación jurídica de los procesados *Leonel Yanguma Parra, Luis Fernando Figueroa Vaca y Carlos Alberto Salas Basto*, en el sentido de que no había lugar a la imputación por el delito de *concierto para delinquir* (cuaderno del Tribunal, fs. 14).

El sumario fue calificado conforme con el auto del 11 de marzo de 1991, oportunidad procesal en la cual se dictó *resolución de acusación* en contra de *Leonel Yanguma Parra, Luis Fernando Figueroa Vaca, Darío Antonio y Héctor Calderón Gómez*, a título de coautores de un concurso de hechos punibles de *falsedad (pública y privada) y estafa*. En el mismo proveído se ordenó la *reapertura de la investigación* en lo que atañe a los hermanos *Jorge Ricardo, Carlos Alberto y Javier Salas Basto*; se decretó la *cesación de procedimiento* en favor de *Olimpo Yanguma Parra y Carlos Augusto Corredor Castro*; y, finalmente, se dispuso la *cesación de procedimiento* por el delito de *concierto para delinquir*, en beneficio de quienes de alguna manera quedaban vinculados al proceso (C. O. N° 3, fs. 221).

Atendido el recurso de apelación interpuesto en contra de la mencionada providencia de calificación sumarial, el Tribunal Superior, por medio de auto fechado el *28 de junio de 1991*, resolvió dejar vigente la acusación sólo por los delitos de *"falsedad en documento privado"* y *"estafa"*, éste agravado conforme con los numerales 1° y 2° del artículo 372 del Código Penal. Y en relación con el delito de *"falsedad documental pública"*, el *ad quem* decidió *reabrir la investigación* en favor de los procesados que habían sido acusados por la primera instancia.

Como la reapertura de investigación generó una ruptura de la unidad de proceso, de nuevo se encaró la calificación del sumario antes desprendido, por medio de auto fechado el 25 de febrero de 1992, oportunidad en la cual el Juzgado de Instrucción dictó resolución de acusación por un concurso de delitos de "*falsedad documental pública*", en relación con los procesados *Leonel Yanguma Parra, Luis Fernando Figueroa Vaca, Darío Antonio y Héctor Calderón Gómez*. En el mismo proveído, se ordenó la *cesación de procedimiento* en beneficio de los hermanos *Carlos Alberto, Jorge Ricardo y Javier Salas Basto*, quienes habían sido vinculados por la imputación de un concurso de delito de *falsedad documental (pública y privada) y estafa* (cuaderno acumulado número 4, fs. 157).

Apelada la calificación sumarial en ese segundo proceso, le correspondió la decisión del recurso a la Unidad de Fiscalía ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, célula que confirmó íntegralmente la providencia impugnada, según lo dispuso en la resolución del 3 de agosto de 1992.

El Juzgado Cuarenta Penal del Circuito aprehendió el conocimiento del juicio a que dio lugar la primera acusación, pero después ordenó la acumulación del otro proceso que antes se había separado (C. O. N° 3, fs. 340, 386 y 431). Celebrada la audiencia pública, el juzgador dictó la sentencia de primera instancia y posteriormente, en razón del recurso de apelación, hubo lugar al fallo de segundo grado, según decisiones que ya quedaron reseñadas en la introducción (fs. 487, 538 y 561 *idem* y cuaderno del Tribunal, fs. 53).

RELACIÓN DE LAS DEMANDAS

El defensor del procesado *Luis Fernando Figueroa Vaca* ha sustentado el recurso extraordinario de casación con los siguientes argumentos:

1. Con fundamento en la causal tercera de casación, el actor destaca tres (3) irregularidades que, en su sentir, afectaron el debido proceso, y por ello descompone la censura de la siguiente manera:

1.1 El Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal se desplazó a Neiva sin la autorización de la desaparecida Dirección Seccional de Instrucción Criminal, ciudad en la cual no sólo dictó el auto cabeza de proceso (hoy resolución de apertura de instrucción), sino que evacuó algunas pruebas, actuaciones todas que, por haberse realizado fuera de la jurisdicción y sede del juzgado instructor, son inválidas. Para efectos de la competencia, dice el actor, cuenta tanto el factor objetivo como el territorial, razón por la cual, si el juez no contaba con la autorización superior, se convirtió en un investigador privado de la Administración de Impuestos Nacionales.

1. 2 Es igualmente irregular la orden de captura despachada en contra de *Luis Fernando Figueroa Vaca*, tanto porque se expidió en relación con "*Fernando N.*. SIN MAS DATOS...", como en razón de que el allanamiento por medio del cual se produjo la privación de la libertad no había sido previamente ordenado, de la manera como lo estipulan los artículo 343 del Código de Procedimiento Penal y 23 de la Constitución Política de 1886, este último vigente para la época de la diligencia.

1. 3 Es igualmente anómalo que no se hayan vinculado al proceso todas las personas comprometidas, pues, de acuerdo con el testimonio del señor *Jesús Alejandro Gutiérrez*, Jefe de Inspección de la Dirección General de Impuestos, en estos casos se sospecha la participación de funcionarios y empleados de la administración, señalamiento que el juez de instrucción menospreció para enrutar la investigación sólo en relación con los particulares.

Estas irregularidades son sustanciales, en vista de que sus efectos "tocaron las normas que regulan la verificación de un procedimiento...", motivo por el cual, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 220 del C. de P. P. y con apoyo en el numeral 2° del artículo 304 del mismo Estatuto, solicita a la Sala que decrete la nulidad a partir del auto cabeza de proceso.

2. Al amparo de la causal primera de casación, por estimar que la sentencia viola la ley sustancial de manera indirecta, en razón de un "error de derecho en la apreciación de las pruebas", el demandante discierne dos cargos:

2.1 Sin contar con la prueba pericial pertinente, los falladores de primera y segunda instancia declararon la certeza sobre el hecho punible de falsedad en documento privado, basados solamente en simples declaraciones. Para demostrar el reparo, se ocupa el actor de las partes de ambas sentencias concernientes al delito mencionado y la prueba testimonial resaltada por los juzgadores.

Se requería el examen técnico de los documentos dubitados y su confrontación con las muestras manuscriturales de los contribuyentes presuntamente suplantados, pues sólo así se logra la certeza del hecho punible, y he ahí la razón por la cual se ha incurrido en un error de derecho en la apreciación de las pruebas. El dictamen pericial "es una de las formas más adecuadas para probar la falsedad material", porque, admitir la certeza de este hecho a partir de testimonios, es abrirle camino a la injusticia para que cualquier persona se antoje de desconocer o tachar un documento privado.

Refuerza la argumentación con la cita de la "providencia del 15 de octubre de 1986", por medio de la cual la Sala distingue el docu-

mento privado como medio de prueba y el mismo como prenda de demostración, cuando se constituye en el objeto material del delito de falsedad documental.

2.2 El segundo cargo por violación indirecta, lo enuncia el actor como una afrenta a la ley sustancial "por error en las pruebas que se tuvieron en cuenta" para dar por establecida la certeza de la responsabilidad de *Luis Fernando Figueroa Vaca*. Dice que en la "evaluación probatoria que hicieron los sentenciadores", se advierte con claridad una "errada apreciación" que fundamenta en los siguientes datos:

2.2.1 Una de las pruebas de cargo en contra de su defendido es el testimonio del señor *Osmel Velásquez Restrepo*, medio probatorio no apto para declarar la certeza de la responsabilidad de aquél, dado que el testigo se refirió en forma precaria a "*Fernando N.*", a quien no conocía con anterioridad, a pesar de lo cual no fue verificado su señalamiento en diligencia de reconocimiento en fila de personas, y tampoco precisó el declarante "la verdadera participación de ese señor *Fernando N...*". Por lo demás, "todo parece indicar" que este testimoniante fue manipulado por el Juzgado Veintitrés de Instrucción o por los agentes que colaboraron en el caso, con el fin de que acomodara su versión en el sentido deseado.

2.2.2 En cuanto al indicio de la tenencia de algunos documentos relacionados con impuestos nacionales, el demandante recuerda que la diligencia de allanamiento en la cual se obtuvieron tales papeles no se sujetó a los presupuestos legales, razón por la cual no sólo es inexistente el acto de investigación mismo, sino todo aquello que dependa de él; amén de que resultó parcialmente comprobado, como lo explica el procesado, que tales documentos se "los había encontrado una tarde en el Aeropuerto El Dorado...".

2.2.3 En lo relacionado con las llamadas telefónicas salidas del abonado del apartamento de *Figueroa Vaca*, comenta el actor que las mismas no fueron objeto de grabación ni de análisis técnico posterior, como para que fuese fiable el señalamiento del autor de las mismas.

Aunque el Estatuto Procesal Penal señala el examen conjunto de las pruebas, los juzgadores solamente tuvieron en cuenta las que perjudicaban al procesado, pero soslayaron medios que arrojaron resultados favorables, tales como el dictamen grafológico.

De modo que, según lo sostiene el demandante, se ha incurrido en un "error de derecho en la apreciación de las pruebas que se tuvieron en cuenta para condenar a *Luis Fernando Figueroa Vaca*... porque aquí se hizo un falso juicio de valoración...".

Como consecuencia del yerro alegado, el censor solicita a la Corte que case la sentencia impugnada y se dicte el fallo absolutorio sustitutivo.

La ***segunda demanda*** se ha presentado conjuntamente en favor de los procesados *Héctor y Darío Antonio Calderón Gómez*. El defensor sustenta las siguientes glosas:

1. Aduce que se ha dictado sentencia dentro de un juicio viciado de nulidad, dado que no hubo acusación. En efecto, si se lee el acta de la audiencia pública, se determina que la Fiscalía se limitó a utilizar frases genéricas como las de que existía certeza y plena prueba para condenar, afirmaciones que no acompañó del respectivo respaldo argumentativo. "Si en Colombia rige un sistema acusatorio...", entonces el comportamiento de la Fiscalía desconoce el precepto fundamental del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual los procesados tienen derecho a un juicio público en el cual se presuma su inocencia.

Afirma que no es argumento válido sostener que la resolución acusatoria constituye la acusación, como lo hizo el Tribunal al decidir el recurso de apelación, pues precisamente el cambio al "sistema acusatorio" consistió en buscar la imparcialidad del juez, de tal manera que éste en la audiencia deberá escuchar la acusación y la defensa y después resuelve de conformidad. Así pues, "cuando la Fiscalía se limita a decir que la resolución acusatoria es perfecta, no está cumpliendo su deber, porque una cosa es calificar y otra acusar...".

De otra parte, la defensa tiene derecho a oír los cargos y contemplar las pruebas que los sustentan, todo con el fin de refutarlos ante quien impartirá justicia.

2. El segundo reparo se destaca porque "***la sentencia es violatoria de norma de derecho sustancial***", dado que el único testimonio de cargo traído al proceso es el del señor *Osmel Velásquez Restrepo*, prueba que no puede servir para acusar por los siguientes motivos:

2.1. La investigación que soporta este proceso se refiere a los cobros relacionados con las cuentas de los contribuyentes *Jaime Villegas Villegas, Jorge Díaz Sánchez, Carlos Zúñiga Cortés y José Francisco Narváez*. Pero resulta que el testimonio invocado da fe exclusivamente de los actos de defraudación tendientes a suplantar al señor *Teodomiro Garrido Joven*, hechos que conoce suficientemente *Velásquez Restrepo*, por haber participado en ellos, y de pronto esa prueba podría servir para inculpar a *Leonel Yanguma Parra* pero no a los demás procesados. Precisamente, por tratarse

de hechos diferentes, la suerte de *Velásquez Restrepo* se definió en una investigación separada.

2.2 Se dice que *Osmel Velásquez Restrepo* hizo un recorrido "en un carro rojo con dos hermanos", según lo declara él mismo, porque cada uno de ellos pretendía cobrar un cheque producto de las defraudaciones. Sin embargo, observa el recurrente, los juzgadores no entendieron que el testigo se refería a los "hermanos *Salas*" y no a los "hermanos *Calderon*".

De esta manera, concluye el actor, la sentencia del Tribunal incurre en error de hecho en la apreciación del testimonio de *Osmel Velásquez Restrepo*. En primer lugar, cuando lo estima como prueba de los hechos investigados, a sabiendas de que tal medio probatorio se refiere a hechos que son materia de otro proceso; y, en segundo lugar, porque tergiversa el sentido de dicho medio de convicción, pues el fallador equivocadamente le puso contenido incriminatorio en relación con los hermanos *Calderón*, cuando la inculpación auténtica de esa versión se refiere a los hermanos *Salas*.

Como para el demandante son patentes estos errores de hecho, consecuentemente le solicita a la Corte la revocación del fallo condenatorio y que dicte la sentencia absolutoria que se impone, ante la demostración de que el testimonio de *Velásquez Restrepo* no puede soportar la decisión condenatoria, y habida cuenta que la incriminación de *Leonel Yanguma Parra* es mendaz y sólo apunta a obtener beneficios para él.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

En relación con la primera demanda:

Estudia la propuesta de nulidad, basada en la falta de competencia, y exhibe la siguiente motivación:

a. La Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Bogotá dictó la Resolución N° 611 del 12 de julio de 1990, por medio de la cual asignó el conocimiento de la investigación al Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal Ambulante, acto de reparto que es de naturaleza eminentemente administrativa y no judicial. Esta asignación administrativa no es un acto constitutivo de la competencia del juez de instrucción, pues el ejercicio de la jurisdicción no tiene origen diverso a la ley (C. O N° 1, fs. 6).

Además, según lo disponía el artículo 316 del Decreto 050 de 1987, modificado por el artículo 16 del Decreto Ley 1861 de 1989, "los jueces ambulantes tienen competencia en todo el territorio nacional", competencia que se tenía no sólo para instruir sino que se conservaba para calificar el sumario en asuntos de conocimiento de los jueces superiores o de circuito.

Aunque no existe constancia de la resolución que autorizó el desplazamiento del juez de instrucción a la ciudad de Neiva, lo cierto es que aparece copia del oficio de la solicitud extendida en tal sentido y, apegados a la práctica judicial de aquél entonces, ha de entenderse que el traslado fuera de la sede no se producía si no mediaba la respectiva orden administrativa.

Pero en el hipotético caso de que no existiere el acto administrativo, de todas maneras las actuaciones del Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal estaban amparadas por el ámbito de competencia nacional que le defería la ley.

b. Los cuestionamientos de la validez de la prueba en casación deben hacerse por la vía de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 220 del C. de P. P., y no por la vía de la nulidad (motivo tercero). De modo que, según lo entiende el Ministerio Público, el actor equivocó el camino para hacer valer las irregularidades atribuidas a las diligencias de allanamiento y captura.

Con todo, si se quiere abundar en razones, a pesar del yerro técnico, se tendrá en cuenta que la captura de "*Fernando N.*" se ordenó porque estaba "plenamente individualizado", y además se dispuso el allanamiento para ese fin y para buscar elementos y materiales utilizados en las falsificaciones, todo lo cual se formalizó en el respectivo auto que aparece a folios 117 del primer cuaderno original. Esto último demuestra que el instructor se atuvo al mandato expreso y claro de los artículos 368 y 404 del anterior Código de Procedimiento Penal.

Por error en la vía escogida y porque además no existen irregularidades generadoras de nulidad, el cargo no puede prosperar.

c. La falta de vinculación de algunas personas o funcionarios que presuntamente participaron en los hechos, no tiene ningún efecto enervante de la validez del proceso, supuesto que la responsabilidad penal es individual, amén de que el actor no concreta la identidad de los sujetos que eventualmente deberían recibir la imputación.

Sobre los cargos basados en la causal primera, cuerpo segundo, se tiene lo siguiente:

1. En cuanto a la violación indirecta de la ley sustancial, por hipotético error de derecho en la apreciación de las pruebas, el Procurador advierte que el libelista ha supuesto equivocadamente que nuestro sistema procesal predeterminó la prueba técnica como único medio conducente a la prueba de la falsedad. Esa errónea apreciación deriva del desconocimiento de la plena libertad probatoria reconocida en el artículo 253 del C. de P. P.

De otra parte, gracias a la extensa transcripción que el actor hace de los fallos de primera y segunda instancia, resulta fácil reconocer que su propósito de reivindicar un error de derecho se reduce a una simple disparidad de criterios valorativos que lo lleva a apartarse de la perspectiva de los juzgadores.

2. La segunda censura por la vía indirecta, fundamentada en un cuestionamiento al testimonio del señor *Osmel Velásquez Restrepo*, dice el Procurador que genéricamente se refiere a un "error en las pruebas" y posteriormente alude a un "error de derecho", pero nada concreta sobre el sentido de esta clase de yerro. Como en la anterior postura, el demandante se limita a disentir de la valoración probatoria de los falladores, pero nada aporta para denotar que se han quebrantado los principios de la lógica, la razón o la experiencia.

Como es igual el camino que escoge para criticar el valor del indicio de la "tenencia de algunos documentos relacionados con impuestos nacionales, que fueron encontrados en el apartamento del inculpado ***Luis Fernando Figueroa Vaca***", con marcada tendencia a tratar de convertir el recurso de casación en una tercera instancia para el debate de las pruebas, el Ministerio Público propone también el rechazo de este cargo.

En relación con la segunda demanda:

1. Sobre la causal tercera reflexiona el Procurador del siguiente modo:

Se ha repudiado la actitud de la Fiscalía en la audiencia pública, por haberse remitido a los argumentos de la resolución de acusación, de tal manera que el actor estima que no hubo acusación. Sin embargo, el Procurador recuerda que es en la resolución acusatoria donde se concretan los cargos que el Estado-Jurisdicción hace contra una persona, de tal manera que tal pieza procesal define el objeto de la imputación y establece los límites dentro de los cuales se puede concretar el juicio de responsabilidad en el fallo, en caso de ser condenatorio.

Ahora bien, ejecutoriada la resolución de acusación, adquieren competencia los jueces del conocimiento y el fiscal pasa a la condición de sujeto procesal. Mas esto no significa que allí se agote la función acusadora para la Fiscalía, pues, en el curso del juzgamiento le corresponde "la carga de la prueba del hecho punible y de la responsabilidad del procesado" (art. 249, inciso 2°, C. P. P.).

"Siendo ello así, agrega el Ministerio Público, no se puede confundir el imperativo legal que tiene la fiscalía de intervenir en sustento de la acusación, con la resolución acusatoria. Si bien el sistema

acusatorio tiene por base el principio de que nadie puede ser enjuiciado sin que se sostenga contra él una acusación ante autoridad competente, la elevación y concreción de cargos corresponde a una etapa procesal previa cuya fisonomía formal y sustancial está reglada".

Algo más: en relación con el debate de audiencia pública, dice el Procurador, la ley no ha establecido formas especiales y obligatorias de intervención para los sujetos procesales, todo depende de las vicisitudes del caso. De modo que, establecido que la actuación del fiscal fue concreta y clara, porque refirió los cargos formulados en los proveídos calificatorios, por contrario modo a lo que piensa el casacionista, es satisfactoria y no son de recibo sus observaciones, máxime si con ello se procura edificar una inexistente nulidad.

2. En lo que atañe al cargo afianzado en la causal primera, concretamente por la estimación del testimonio del señor *Osmel Velásquez Restrepo*, el Procurador se muestra contrario a su consideración por la confusión en el reclamo, pues todo lo que hace el censor es oponerse al poder incriminador que se le otorgara a dicho testimonio, por medio de la confrontación del diverso caudal probatorio, y en especial de algunos apartes de la mencionada testificación, ya que según su criterio ésta se refiere a los hermanos *Salas* y en momento alguno lo hace a sus representados.

Con todo, como de alguna manera el impugnante sugiere una distorsión del contenido objetivo del testimonio de *Velásquez Restrepo*, bueno es advertir que las referencias de este testigo a los hermanos *Calderón* tuvieron su fuente en las versiones del coprocesado *Leonel Yanguma Parra*, siendo ésta la prueba que verdaderamente los incrimina y de la cual no se ocupa seriamente el recurrente.

Finalmente, el Ministerio Público le propone a la Corte que, conforme con lo dispuesto en los artículos 228 y 229 del C. de P. P., case de manera oficiosa el fallo demandado, en lo que atañe a la determinación de la pena privativa de la libertad, debido a que el Tribunal violó el principio constitucional de la prohibición de *reformatio in pejus* (art. 31).

Pues bien, si el *ad quem* absolvió a los acusados por el delito de *falsedad material de particular en documento público*, y éste fue el hecho tomado como base para cuantificar la pena en primera instancia, necesariamente dicha absolución debió reflejarse en la nueva medición punitiva. Con el pretexto de redosificar la pena por los hechos punibles de estafa y falsedad en documento privado, no podía el Tribunal "rebasar los límites tenidos en cuenta para tales delitos, ni mucho menos computar para estos efectos circunstancias

de agravación no consideradas por el a quo (Arts. 66.7 y 372.1 y 2 delC. P.), toda vez que los procesados eran **únicos apelantes**".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aclaración Previa.

Aunque las censuras abarcan conjuntamente la responsabilidad por los delitos de *falsedad en documento privado y estafa*, la Sala reconoce que ha perdido capacidad funcional para examinar lo pertinente al primer hecho punible, dado que está prescrita la acción penal.

En efecto, de acuerdo con el artículo 197 del Decreto 050 de 1987 (modificado por el artículo 12 del Decreto 1861/89), el auto calificatorio de segunda instancia quedó ejecutoriado el 28 de junio de 1991, fecha de su expedición. Así entonces, apreciada la pena máxima dispuesta para el mencionado delito en el artículo 221 del Código Penal (6 años), y como quiera que la resolución de acusación ejecutoriada interrumpe el término de prescripción, significa que el nuevo lapso enervante de la acción penal era de cinco (5) años y se cumplió el 28 de junio de 1996, de conformidad con el artículo 84 de la misma obra.

No queda, pues, competencia para estimar la bondad, la procedencia o la improcedencia de cargos relacionados con el delito de *falsedad en documento privado*, salvo la única facultad-deber de ordenar inmediatamente la cesación de proceso por esa específica infracción.

Primera demanda

1. Este libelo comienza las objeciones con fundamento en la causal tercera de casación, debido a que advierte vicios generadores de nulidad en tres frentes de la actuación procesal, y entonces en el mismo orden de exposición se examinarán los reparos, así:

1.1 El demandante echa de menos la resolución de la Dirección de Instrucción Criminal que autorizara el desplazamiento del Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal a la ciudad de Neiva, razón por la cual, según lo entiende el censor, el instructor carecía de competencia para dictar el "auto cabeza de proceso" y para practicar diligencias fuera de su sede que era Bogotá.

Dentro del régimen de los desaparecidos juzgados de instrucción, la intervención de la Dirección Nacional o Seccional de Instrucción Criminal solo tenía un sentido de apoyo administrativo o logístico a la actividad de los jueces y empleados del ramo, con el fin de procurar una mayor eficacia en el servicio y para organizar los efectos

colaterales de orden económico que implicaba la traslación de los servidores a lugares distintos de su sede.

De modo que las resoluciones que autorizaban el desplazamiento del personal judicial, por ser meramente administrativas, no llevaban consigo la habilitación para que los funcionarios judiciales pudieran actuar, como equivocadamente lo entiende el censor, pues la competencia siempre ha sido un factor que se reserva la ley para evitar la manipulación por factores que le son extraños. Por ello, sin necesidad de autorización del Director, el artículo 16 del Decreto 1861 de 1989 prescribía que los jueces ambulantes tenían competencia para investigar en todo el territorio nacional, precepto que en tal sentido modificó la más restrictiva previsión del original artículo 316 del Decreto 050 de 1987 (anterior Código de Procedimiento Penal), en actitud positiva que significó la superación de la ingenua concepción de normas localistas y puntuales, paradójicamente dispuestas para enfrentar una delincuencia dispersa, continuada, extendida como organización por todo el territorio de la nación y hasta comprometida en procedimientos transnacionales.

Ninguna razón asiste al censor para denigrar de la validez del "auto cabeza de proceso" y de las demás diligencias impulsadas por el juez ambulante en la ciudad de Neiva. Todo se hizo conforme con el artículo 316 modificado del Código de Procedimiento Penal, precepto que lo habilitaba no sólo para investigar en cualquier lugar del país el hecho encomendado, sino para calificar posteriormente el mérito del sumario.

1.2 En cuanto a la ilegalidad del allanamiento que condujo a la captura de *Luis Fernando Figueroa Vaca* y al decomiso de algunos documentos reveladores de su participación en los hechos, supuestamente por la ausencia de auto que lo ordenara previamente, bien observa el Ministerio Público que se ha equivocado la vía de ataque, pues éste debió intentarse por el canal de la violación indirecta de la ley sustancial, como error de derecho en la apreciación de la prueba resultante del procedimiento supuestamente ilegal, en la modalidad de *falso juicio de legalidad*. De verdad, a pesar de que se puedan verse irregularidades *in procedendo* en la composición y aporte de la prueba, el error relevante y trascendente para activar la casación se consuma cuando el fallador le da valor a una prueba que debió desestimar por vicios en su integración. Por ello, en estos casos, el accionar del inconforme debe orientarse por el camino de la violación indirecta, no por el de la nulidad, pues ésta, en sede de casación, generalmente está reservada para anomalías en la actuación procesal diversas a las que se cometen en la formación de la prueba.

No importa que el allanamiento sea un acto de investigación y no un medio de prueba, pues si el mismo se comporta como medio en la formación de la prueba, necesariamente debe impugnarse por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial y no por la de la nulidad.

A pesar de la suficiencia de la respuesta por el extravío en la causal, la Sala no puede dejar de mostrar su extrañeza por la actitud del demandante, quien echa de menos un auto que realmente fue dictado el 13 de septiembre de 1990 y aparece a folios 117 del primer cuaderno original, por medio del cual se ordena la captura de "*Fernando N* **a quien se encuentra plenamente individualizado**...", y además se dispone el allanamiento de su residencia "a fin de localizar los elementos y materiales utilizados para las falsificaciones de que habla *Osiel Velasquez Restrepo*...".

De esta manera, si el testigo *Velásquez Restrepo* había suministrado los rasgos físicos de "*Fernando N.*" y la dirección de su residencia, además aportó el dato verídico de que en tales aposentos se guardaba la documentación utilizada para realizar las fechorías, no queda duda de que el imputado estaba "*plenamente individualizado*" (así no se conociera su identidad nominal completa), elemento que resultaba suficiente para ordenar la captura conforme con el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 1987. Así mismo, como se ha constatado la existencia del auto motivado que dispuso el allanamiento, indudablemente se cumple con la cuota de formalidad que para dicha actividad investigativa exigía el artículo 368 del mismo estatuto procesal.

1.3 Se refiere también el demandante a una presunta nulidad por falta de vinculación de otros partícipes en los hechos, que bien pueden ser servidores de la administración de impuestos nacionales amparados en sus propios cargos públicos.

Dado que el artículo 341 del anterior Código de Procedimiento Penal señalaba como presupuesto de vinculación legal "la identidad o individualización de los autores o partícipes del hecho" (como lo hace ahora el artículo 319 del estatuto vigente), necesariamente la censura se ofrece incompleta si no indica, bien por identidad nominal ora por otros datos singularizadores del individuo, cuáles personas debieron aparecer como sindicadas en la investigación. Además, a partir de la vigencia del Decreto 050 de 1987, se vuelve realidad jurídico-positiva la constante determinación jurisprudencial de que otros hechos o partícipes no incluidos en la averiguación, así exista conexidad entre unos o comunidad en la actuación de otros, podrían investigarse por cuerda separada y, por ende, la omisión de un proceder unificado no generaba ni genera nulidad.

2. Con fundamento en la causal primera, el actor dice que la sentencia es violatoria de la ley sustancial, merced a diversos errores en la apreciación de la prueba. Como son dos los yerros capitalizados en la demanda, la Sala los analiza de la siguiente manera:

2.1 Después de una extensa cita de los fallos de primera y segunda instancia, el censor llega a la conclusión de que la materialidad del delito de *falsedad en documento privado* se ha establecido por prueba testimonial, cuando el medio legalmente determinado para hacerlo era la prueba pericial.

Como quiera que el cargo se refiere exclusivamente a la forma de demostración del delito de *falsedad en documento privado*, la Sala se abstendrá de examinar su método de presentación y su mérito, por sustracción de materia, en vista de la anunciada prescripción de la acción penal que operó en relación ese específico hecho punible.

2.2 El segundo reparo por violación indirecta recae sobre el testimonio de *Osmel Velásquez Restrepo*, prueba que, según el demandante, no es idónea "para hacer un juicio de responsabilidad, porque del mismo contexto de la versión se observa que dicho declarante se refirió a un señor *Fernando N*, a quien realmente conocía muy poco, aparte de que no precisó cuál fue la verdadera participación de ese señor *Fernando N* en los hechos investigados, y todo parece indicar, que este declarante fue manipulado o por el Juzgado 23 de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá o por los Agentes Colaboradores, para que acomodase su versión en el sentido deseado...".

Nótese cómo todo el esfuerzo del impugnante está orientado a presentar otra perspectiva de valoración de la prueba de cargo que obra en contra del procesado *Luis Fernando Figueroa Vaca*, en particular sobre el testimonio del señor *Velásquez Restrepo*. Ello se advierte en la utilización de frases y juicios relacionados con el hecho de que "las pruebas deben analizarse en su conjunto"; o que el testimonio citado es prueba inidónea "desde la óptica de la imparcialidad"; o cuando se trata infructuosamente de desvirtuar el indicio de la tenencia de algunos documentos relacionados con impuestos nacionales y destinados a los cobros fraudulentos que se investigaron; o cuando menosprecia la realidad de las comprometedoras comunicaciones telefónicas que se hicieron desde el apartamento de *Figueroa Vaca* hacia la ciudad de Neiva.

Mas, se hace imperativo repetirlo ahora, el quebranto de la sentencia por vía de casación no se logra mediante la presentación de otras hipótesis explicativas que se le antojan al actor, sino por medio de la muestra palpable de los yerros de hecho o de derecho

cometidos por el fallador en la apreciación de la prueba. De modo que, si en la sentencia se hubiese incurrido en lo que el actor denomina "falso juicio de valoración", era menester que se ocupara de demostrar porqué los juicios estimativos del Tribunal carecen de lógica común o atropellan las reglas de la experiencia o reniegan de las inducciones científicas.

Segunda demanda

1. Se ha invocado la nulidad por falta de una definida posición acusatoria de la Fiscalía en el acto de audiencia pública, dado que básicamente se remitió el funcionario a lo que se había consignado en los proveídos que componen la resolución de acusación, pues, si en Colombia se ha instaurado el sistema acusatorio, obligatoriamente el fiscal debe exponer los cargos de una manera abierta, amplia y específica frente al juzgador, con el fin de que surja así la oportunidad para la defensa de controvertirlos en el mismo debate orientado por un tercero imparcial.

No se trata de confundir la resolución de acusación con la eventual posición acusatoria que asuma el fiscal en el juzgamiento, como lo sostiene el impugnante. Ocurre que en nuestro singular sistema de tendencia acusatoria, el pliego de cargos es la pieza fundamental de introducción al juicio y, a la vez, es el punto de partida y marco de los debates de esta segunda fase del proceso, y como tal es necesaria su lectura o actualización antes de cualquier intervención de los sujetos procesales en la audiencia pública (C. P. P., arts. 449 y 451).

Pero esa consideración del proveído acusatorio no obedece a un mero destacamiento legal, sino que corresponde a un desarrollo constitucional, pues, de conformidad con el artículo 250 de la Carta Fundamental, la Fiscalía General de la Nación, antes de concretar las tareas consistentes en "investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales", si a ello hubiere lugar, deberá "calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas".

Lo ideal es que la oralidad y la concentración se cumplan en la sucesión y el intercambio de las distintas posiciones en la audiencia pública, pero la remisión sensata que el fiscal hace a las apreciaciones de la resolución de acusación, pieza que debe declararse conocida en el curso de la misma diligencia; antes que un desatino particularmente puede ser garantía de seguridad, pues, por más que se afine el discurso en la intervención oral, jamás podrán desbordarse gravosamente los cargos consignados en esa limitativa providencia de acusación, aunque obviamente podrá el fiscal

solicitar su degradación o inclusive prescindir de la acusación (C. P. P., art. 129).

Resta recordarle al actor que el sistema acusatorio colombiano, de acuerdo con su regulación constitucional y legal, exhibe importantes matizaciones y sustanciales diferencias con los que operan en otras latitudes, pues aquí la Fiscalía es un órgano imparcial, en la medida en que deberá investigar tanto lo inculpatorio como lo exculpatorio, razón por la cual no sólo emite acusaciones como forma de calificación sino que también debe declarar precluidas las investigaciones, cuando a ello hubiere lugar. Además, como desarrollo de los principios constitucionales de imperio de la ley y prevalencia del derecho sustancial, los jueces no sólo son independientes sino que retienen destacadas facultades de investigación judicial para decretar pruebas de oficio en la etapa del juzgamiento, razón por la cual deciden no sólo conforme con lo debatido por las partes sino también, en consonancia con su propia evaluación racional de los medios de convicción aportados (Const. Pol., arts. 228, 230 y 250; C. P. P., art. 448).

2. También se acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, debido a que se ha considerado el testimonio de *Osmel Velásquez Restrepo* como prueba de los hechos investigados en este proceso, cuando sus atestaciones se refieren a un caso averiguado por vía procesal separada (*falso juicio de existencia*). Igualmente, se reprocha la tergiversación del contenido fáctico de dicha prueba, en la medida en que el testimonio incrimina a los hermanos *Salas* y no a los hermanos *Calderón* (*falso juicio de identidad*).

2.1 La primera observación carece de razón suficiente para enervar la sentencia por sus fundamentos probatorios, pues, así se admita que el testigo sólo se refiere al caso de la suplantación del contribuyente *Teodomiro Garrido Joven* y no a distintos fraudes averiguados en este proceso, lo evidente es que la censura no expone la influencia de esa prueba en el conjunto de la sustentación racional del fallo cuestionado. Otra prueba incriminatoria, como las distintas aseveraciones del coprocesado *Leoniel Yunguma Parra*, no ha sido objeto de cuestionamiento serio por las adecuadas vías de casación, en cambio sí hace parte de la construcción lógica de la certeza objetiva establecida en los fallos de instancia.

2.2 En lo que atañe al segundo reparo, basta la lectura del testimonio del señor *Velásquez Restrepo* para determinar que el deponente se refirió a los hermanos *Salas* en lo atinente al fraude que se intentó a través de la sustitución del contribuyente *Teodomiro Garrido Joven*, pero igualmente relacionó de oídas a los hermanos

Calderón Gómez, cuando dice que *Leonel Yanguma Parra*los introdujo en esta red de fraudes a la administración de impuestos nacionales; que el mismo *Leonel* le manifestó que los dos consanguíneos eran ventajosos porque se habían valido de un profesor para cobrar uno de los cheques de devolución y no le habían pagado la comisión a dicho intermediario; y que a los dos carnales *Calderón* se les podía buscar en el barrio "Cándido Leguizamo" de la ciudad de Neiva, lugar de su residencia (C. O. N° 1, fs. 102 y 103). No se aprecia entonces que el fallo hubiese distorsionado la expresión fáctica del socorrido testimonio, sino que simplemente lo capitalizó por su múltiple contenido informativo.

En este orden de ideas, no prospera ninguna de las censuras esgrimidas en ambas demandas.

Casación Oficiosa

Sin embargo, razón le asiste al Procurador Delegado para sugerir la casación parcial y oficiosa del fallo, en lo que atañe a la determinación de la pena. En verdad, si el fallo de segunda instancia elimina uno de los cargos por los cuales se emitió la sentencia de primer grado, en congruencia con la resolución de acusación, resulta desconcertante que tal reducción de la carga incriminatoria no se haya traducido en una disminución de la pena principal, máxime si el cargo detraído era el más grave dentro de los considerados en el pliego acusatorio.

Aunque formalmente el *ad quem* parece haber adoptado un método irrefutable para tasar de nuevo la pena y situarla en el mismo monto logrado en la primera instancia, dentro de la discrecionalidad reglada que rige la materia, lo cierto es que materialmente se revela injusto que la cantidad de pena sea igual cuando apenas se aprecian dos (2) delitos y antes cuando se consideraron tres (3) hechos punibles, con más veras si en el momento de la segunda instancia se ha excluido precisamente el hecho más gravemente sancionado. De modo que, de cara al número de delitos que presupuestan la imposición de la pena, dejar su medida en los mismos treinta y ocho (38) meses de prisión deducidos en el fallo de primer grado, materialmente equivale a una agravación no permitida porque sólo por interés de los condenados se introdujo el recurso de apelación (Const. Pol., art. 31 y C. P. P., art. 217).

Pero la necesidad de la casación oficiosa se torna más clamorosa ahora, porque si se extingue la acción penal por el delito de *falsedad en documento privado*, significa que la determinación de la pena ya no opera por un concurso de hechos punibles sino sólo por el delito de *estafa* que queda en pie.

Pues bien, contrario a lo que piensa el Procurador, en el fallo de primera instancia no se desestimaron las circunstancias de agravación para el delito de estafa previstas en el artículo 372 del Código Penal, por tratarse de conductas que recayeron sobre bienes del Estado y en cuantía superior a la allí indicada, factores que fueron claramente aducidos en la resolución acusatoria, solo que al momento de dosificar la pena, por tratarse de un concurso de hechos punibles y como era evidente que la infracción más grave era la *falsedad de particular en documento público* y no la *estafa*, entonces el fallador de primer grado no mencionó las agravantes propias de este ilícito, tal vez porque era consciente de la necesaria precisión de la sanción del primero porque sería la base de la misma, mientras que el otro delito (estafa) apenas contaría para determinar ese amplio margen del "hasta en otro tanto" a que se refiere el artículo 26 del Código Penal. Así entonces, como en verdad sólo se consideraron factores generales de atenuación punitiva para imponer los mínimos de pena, la Corte apenas podrá deducir ahora la sanción principal de dieciséis (16) meses de prisión y multa por valor de un mil trescientos treinta y tres pesos ($ 1.333,oo), de conformidad con los artículos 356 y 372 del Código Penal, debido a que tanto para la segunda instancia como para el recurso extraordinario de casación rige el principio de no agravación en caso de que la impugnación se intente sólo en interés del condenado (C. P. P., art. 227).

Por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad, acorde con las pautas seguidas en el fallo de primer grado, se dispondrá la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

Esta determinación, por tocar con un derecho fundamental y entrañar una razón vinculante para todos los condenados, se extenderá aun a los nos recurrentes.

En lo demás queda vigente la sentencia del Tribunal.

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. Declarar extinguida por prescripción la acción penal a que dio lugar el delito de *falsedad en documento privado*. En consecuencia, por este hecho punible se ordena *cesar procedimiento* en favor de los acusados *Leonel Yanguma Parra, Luis Fernando Figueroa Vaca, Darío Antonio y Héctor Calderón Gómez*.

2. Desestimar los cargos presentados en las dos demandas de casación examinadas en este fallo.

3. ***Casar parcial y oficiosamente*** el fallo del 27 de abril de 1994, obra del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en el sentido de que los procesados *Yanguma Parra, Figueroa Vaca* y los hermanos *Calderón Gómez* sólo son responsables del delito de *estafa* y, en consecuencia, quedan condenados a la pena principal de *dieciséis (16) meses de prisión y un mil trescientos treinta y tres pesos ($ 1.333.oo) de multa.* En la misma medida de la privación de la libertad dispuesta, se fija la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

En lo demás rige la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRUEBA - Aducción / **INVESTIGACION INTEGRAL**

En un sistema procesal penal mixto con tendencia acusatoria como el colombiano, donde el fiscal detenta la dirección del sumario con poder de afectación de la libertad del imputado, el principio de **investigación integral** *legitima el proceso de búsqueda de la verdad material al fijar un lineamiento de imparcialidad en la labor de recolección, formación y aducción de la prueba, y con rango constitucional (art. 250), entronizar la obligación de "investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y... respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten".*

Este principio es recogido en los artículos 333 y 362 del Código de Procedimiento Penal, el último de los cuales establece la obligación para el investigador, de hacer constar cuanto el imputado "tenga por conveniente para su defensa o para la explicación de los hechos" y de verificar "las citas y demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones".

Sin embargo, una tal comprobación resultará viable sólo en la medida en que las citas y afirmaciones del procesado revistan un mínimo de racionalidad y verosimilitud, pues el fiscal como director del sumario, mal puede orientar la labor investigativa a comprobar todas las afirmaciones que en su natural interés defensivo haga el imputado.

Tampoco resulta predicable la violación de este principio cuando el instructor, sin escatimar esfuerzos racionales acordes con el apoyo logístico de que dispone para el establecimiento de la verdad, adelanta las pesquisas y diligencias necesarias para practicar la prueba sugerida o solicitada por quien se halla sometido al ejercicio de la acción penal, y ello no resulta posible por circunstancias atribuibles a factores externos a la voluntad del investigador, como sería el caso de un testigo a quien no se le ha podido individualizar, o cuyo paradero se desconoce.

Finalmente ha de advertirse que no toda omisión en la práctica de una prueba solicitada por la defensa repercute inexorablemente en la vulneración del principio de indagación integral, pues para arribar a tal conclusión, la prueba echada de menos tendría que ser a estos efectos y en un plano racional de abstracción confrontada con los restantes elementos de juicio, para deducir la incidencia favorable o desfavorable que tendría en la demostración del hecho punible o la responsabilidad del procesado.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D.C., veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente:Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Aprobado acta No. 147 Proceso No. 11126

Procede la Corte a desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado *Hildebrando Díaz Oviedo* contra la sentencia proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la cual se le condenó a las penas principales de dos (2) años y dos (2) meses de prisión, e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de un (1) año y un (1) mes, como autor responsable del delito de concusión, realizado cuando se desempeñaba en encargo como Juez Promiscuo Municipal de Venecia (Cundinamarca).

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Así los resumió el Tribunal, en el fallo de primer grado:

"Se procede por el delito de **concusión**, en virtud de que el aquí procesado, *Hildebrando Díaz Oviedo* , Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Venecia, Cundinamarca, encontrándose de Juez encargado, entre el 18 y el 30 de abril de 1.991, solicitó y recibió la suma de $600.000, comprometiéndose a disponer la libertad de unos procesados que habían sido puestos a su disposición, como presuntos responsables de cultivar marihuana" (fl. 546 C.O.).

La Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución de acusación en contra de *Hildebrando Díaz Oviedo* , como presunto autor del delito de concusión (fls. 380 y ss. ib.).

Contra la anterior providencia el procesado interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. Despachado desfavorablemente el primero, la Fiscalía Delegada ante la Corte en segunda

instancia le impartió confirmación, el ocho de marzo de mil novecientos noventa y cinco, con la aclaración de que la conducta consistía en "solicitar" dinero (fl. 12 c. de segunda instancia).

Celebrada la diligencia de audiencia pública, una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca lo condenó a las penas principales de dos (2) años y dos (2) meses de prisión, y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de un (1) año y un (1) mes, como autor responsable del delito de concusión; a pagar los daños y perjuicios ocasionados con el punible, "en el equivalente en moneda nacional, al valor de diez (10) gramos oro, por persona, al precio que tenga dicho metal en el momento de ejecutoria de este fallo, a favor de *Bertilda Ruis de Arias, Blanca Nieves Vaquero Mahecha, Josefina Daza Vda. de Ibañez y Alba Casas Rodriguez*"; en el ordinal 3° de la parte resolutiva declaró improcedente el subrogado de la condena de ejecución condicional; y en el 4° dispuso "**compulsar** las copias pertinentes, con el fin de que la Fiscalía investigue la posible conducta delictiva en que pudo incurrir *Hildebrando Díaz Oviedo* y/o *José Alirio Díaz Hernández*, al pretender hacer valer como prueba dentro de éste proceso un documento de contenido no verdadero" (fl. 569 ib.).

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Luego de sopesar en conjunto el acervo probatorio, el a-quo dedujo la responsabilidad del acusado en el delito de concusión (art. 140 del C. P.), descartando el cohecho alegado por la defensa, pues "en el concreto caso de autos, de un lado, la conducta concusionaria atribuida al encausado en la modalidad de 'solicitar' un dinero indebido y ese verbo rector, núcleo esencial del tipo delictivo, se conjugó, inequívocamente, con los testimonios de las denunciantes y los de sus familiares privados de la libertad, tal y como se relievó, solo que la solicitud se formuló a través de un intermediario" (fl. 556 ib.).

La dosificación de la pena la efectuó con fundamento en el artículo 140 del Código Penal, el cual consideró aplicable por ser más benigna la consecuencia allí establecida, comparada con la fijada por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995, y encontrarse vigente para la época de comisión de los hechos. Por configurarse la causal 7° del artículo 66 del Código Penal, incrementó el mínimo de la pena (dos años) en dos meses, para un total de dos (2) años y dos (2) meses de prisión. También aplicó la interdicción de derechos y funciones públicas por un término de un (1) año y un (1) mes.

No obstante la pena impuesta ser inferior a tres años de prisión, negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, en consi-

deración a que "la naturaleza y modalidad del punible revisten extrema gravedad", y "su conducta como funcionario del poder judicial ha sido, reiteradamente *incorrecta*, a tal punto que en el municipio de Venecia era voz populi (sic) que el secretario del Juzgado hacia las veces del mejor litigante de la localidad", habiéndosele "sancionado disciplinariamente con suspensión en el cargo de Secretario, por el término de 60 días, por el cambio de una cadena de oro perteneciente a un proceso que allí se tramitaba".

La Apelación

El defensor del procesado controvirtió el manejo de la investigación, por no haber sido integral, y orientarse con exclusividad a la búsqueda de las pruebas desfavorables a su prohijado.

Criticó que ni en la etapa del sumario ni de la causa, se adelantaron gestiones para localizar al agente de policía *Jaime Sanchez*, quien según las denunciantes fue testigo de la entrega del dinero, ni tampoco "al comandante o agente de policía que hizo las veces de intermediario entre los detenidos y la persona que contrataría el abogado para su defensa", de donde concluye que "en este caso, se investigó únicamente lo desfavorable hacia el procesado, mas no lo favorable, desconociéndose lo estatuido en los arts. 250 de la C. N. y 333 del C. de P. P.".

Cuestionó la credibilidad dada por el a-quo al dicho de los familiares de los detenidos —según el cual, el procesado habría solicitado dinero a través de un agente del orden—, y la omisión de considerar la versión de los mismos detenidos, quienes manifestaron haberle entregado el dinero a un agente de la Policía para que por su intermedio y de un señor DIAZ, contrataran los servicios de un abogado.

Adujo que si la credibilidad otorgada a las esposas de los detenidos *Eduardo Pinzón, Campo Elías Arias, Reinel Ibañez Daza, Feliciano Ibañez Daza* y *Pedro Antonio López Rojas*, obedece al hecho de ser campesinas, éstos "también son sencillos campesinos, quienes están en igualdad de condiciones de las mujeres declarantes, entonces por qué creerles a éstas y desechar el dicho de los procesados, máxime cuando sus versiones son más acordes con la realidad, versiones que incluso las respalda en algunos apartes una de las declarantes... demostrándose con ello que la verdadera finalidad del dinero entregado al señor *JoseAlirio Diaz*, no a *Hildebrando Diaz*, era para contratar un abogado que asumiera la defensa de los implicados por el punible de Ley 30, hecho éste corroborado en su totalidad precisamente con los testimonios de *Jose Alirio Diaz* y del abogado *Rodrigo Monsalve Pineda*, testimonios éstos que no tuvieron ningún eco en la Sala en favor de mi defendido" (fl. 577 ib.).

Tildó de parcializados los testimonios del Personero Municipal y de la Jueza Promiscuo Municipal de Venecia, por cuanto el procesado no era de los afectos del primero; y la segunda, desde que ocupó el cargo, "no vaciló un solo momento en tratar de deshacerse del secretario".

En su sentir esas probanzas no conducen a la certeza de la responsabilidad del implicado, por lo que ha debido absolvérsele, pues "si existiere alguna duda al respecto, la misma ha de resolverse a su favor".

Inconforme con la calificación jurídica de los hechos, argumentó que "en el evento de haber ocurrido como lo han narrado las denunciantes, lo que existió realmente fue una posible negociación de la libertad de unos procesados, y no podemos asegurar que por encontrarse estos privados de su libertad se encontraran en inferioridad de condiciones con el funcionario que les otorgaría el citado beneficio, más aún cuando ni siquiera la negociación fue directa con dicho funcionario, sino que se hizo a través de un tercero (agente de la policía)", de donde descarta la configuración del punible de concusión para insistir en el delito de cohecho.

Según él, a su prohijado no le puede ser negado el beneficio de la condena de ejecución condicional, por el hecho de haberse adelantado una investigación disciplinaria en su contra, y haber sido suspendido del cargo por sesenta días, según la Jueza, por haberse apropiado de una cadena de oro, pues de conformidad con el artículo 248 de la Constitución Política, sólo las sentencias condenatorias ejecutoriadas pueden ser consideradas antecedentes penales en su contra, y en el presente caso no han sido proferidos fallos de este tipo.

Aceptando que "de haber sido ciertos los hechos por los que se le juzga a *Hildebrando Díaz*, éstos representan especialísima gravedad", destacó que se trataría de la primera vez que delinque, y la necesidad que tiene de velar por su familia, lo cual haría viable la concesión del anhelado beneficio.

En consecuencia solicitó la revocatoria de la sentencia recurrida, para que en su lugar se absuelva de todo cargo a su defendido, "y como petición subsidiaria le concedan la condena de ejecución condicional, en el muy remoto evento de llegar a encontrarlo culpable" (fl. 582 ib.).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En un sistema procesal penal mixto con tendencia acusatoria como el colombiano, donde el fiscal detenta la dirección del sumario

con poder de afectación de la libertad del imputado, el principio de *investigación integral* legitima el proceso de búsqueda de la verdad material al fijar un lineamiento de imparcialidad en la labor de recolección, formación y aducción de la prueba, y con rango constitucional (art. 250), entronizar la obligación de "investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y... respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten".

Este principio es recogido en los artículos 333 y 362 del Código de Procedimiento Penal, el último de los cuales establece la obligación para el investigador, de hacer constar cuanto el imputado "tenga por conveniente para su defensa o para la explicación de los hechos" y de verificar "las citas y demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones".

Sin embargo, una tal comprobación resultará viable sólo en la medida en que las citas y afirmaciones del procesado revistan un mínimo de racionalidad y verosimilitud, pues el fiscal como director del sumario, mal puede orientar la labor investigativa a comprobar todas las afirmaciones que en su natural interés defensivo haga el imputado.

Tampoco resulta predicable la violación de este principio cuando el instructor, sin escatimar esfuerzos racionales acordes con el apoyo logístico de que dispone para el establecimiento de la verdad, adelanta las pesquisas y diligencias necesarias para practicar la prueba sugerida o solicitada por quien se halla sometido al ejercicio de la acción penal, y ello no resulta posible por circunstancias atribuibles a factores externos a la voluntad del investigador, como sería el caso de un testigo a quien no se le ha podido individualizar, o cuyo paradero se desconoce.

Finalmente ha de advertirse que no toda omisión en la práctica de una prueba solicitada por la defensa repercute inexorablemente en la vulneración del principio de indagación integral, pues para arribar a tal conclusión, la prueba echada de menos tendría que ser a estos efectos y en un plano racional de abstracción confrontada con los restantes elementos de juicio, para deducir la incidencia favorable o desfavorable que tendría en la demostración del hecho punible o la responsabilidad del procesado.

Al amparo de las premisas anteriores, la alegación del recurrente sobre la vulneración de dicho principio resulta infundada, pues mal puede calificarse apriorísticamente como "favorable al procesado" la versión de quien, según el testimonio de las denunciantes, habría presenciado la entrega del dinero ilícitamente exigido. Además, si se examina con detenimiento el expediente se constata

que la funcionaria instructora sí ordenó desde la providencia de apertura de instrucción (fl. 19 ib.), recepcionar el testimonio del agente del orden *Jaime Sanchez*, y en su cumplimiento se libró el telegrama número 370 dirigido al Comandante de la Estación de Policía de Venecia (Cundinamarca) (fl. 27 ib.).

Al no ser posible su comparecencia, la entonces Jueza 98 de Instrucción Criminal solicitó autorización para desplazarse a ese lugar, gestión que, al resultar infructuosa, determinó reiterar las citaciones sin obtener éxito en allegar el testimonio echado de menos por el defensor. Estos racionales esfuerzos desplegados por la funcionaria judicial para practicar la prueba, corroboran la exclusión de la violación del principio invocado.

El apelante insiste en que "la verdadera finalidad del dinero entregado a *Jose Alirio Diaz*, era para contratar un abogado que asumiera la defensa de los implicados por el punible de Ley 30".

Sin embargo, independientemente de la credibilidad que pudieran merecer los testimonios de las esposas de los detenidos *Eduardo Pinzón, Campo Elias Arias, Reinel Ibañez Daza, Feliciano Ibañez Daza y Pedro Antonio Lopez Rojas*, cuando refieren la forma como consiguieron el dinero para ser entregado al Juez *Diaz Quiedo*, y la promesa por parte de éste acerca de la inminente liberación de los implicados, éstos tampoco descartan su dicho, como erróneamente parece entenderlo el impugnante.

Tómese en cuenta al respecto, que el interno *Feliciano Ibañez Daza* manifestó que el dinero fue entregado al Secretario: "esa plata la recibió el secretario... porque él iba a ayudarnos a sacarnos con esa plata..." (fl. 94 ib.). En el mismo sentido se pronunció *Eduardo Pinzón* a folios 78 y ss. ib., cuando afirmó: "Nosotros le dimos esa plata al señor *Hildebrando*, para que hiciera un arreglo"; más adelante precisa el nombre completo del funcionario denunciado:

"Yo mandé llamar a mi mujer a la casa, y que consiguiera la plata *ciento cincuenta mil pesos*, ella la consiguió y se la dio a la señora *Bertha* para que ella la entregara allá a don *Hildebrando Diaz*".

Campo Elias Arias, por su parte, fue enfático en sostener que el dinero exigido por el agente de policía de la estación donde se encontraban recluidos, tenía una finalidad concreta - muy distante por cierto de la contratación de un abogado—: "el decir era que los que consiguieran ciento cincuenta mil ya salían" (fl. 85 ib.).

Reinel Ibañez Daza —otro de los detenidos—, no pudo ser más enfático al señalar que el millón de pesos exigido tenía como destino

el patrimonio del funcionario a cargo de la investigación seguida en su contra, pues "era para una defensa que nos hacía el señor *Díaz*, el mismo que nos tomó la declaración... la plata era para el señor *Díaz*, en ese momento nos decían que él era el Juez allá".

Ante la contundencia de las pruebas que vienen de referirse, para la Corte no merece credibilidad el testimonio de *Jose Alirio Díaz Hernandez*, quien además de ser el cuñado del procesado, en forma interesada sostuvo a folio 113, que recibió ese dinero de manos de la esposa de uno de los detenidos y se la entregó al abogado como contraprestación por su gestión; sin embargo, su dicho fue desmentido por aquella, y por el referido profesional del Derecho, en los siguientes términos de demostración:

Bertilda Ruiz de Arias a folios 8 y ss. afirmó bajo juramento haber sido ella quien, atendiendo la sugerencia de su esposo y demás retenidos, se trasladó a la residencia del funcionario a cargo del proceso y allí, personalmente le entregó el dinero por él exigido, comprometiéndose el juez "a que en quince o veinte días nos cumplía, que confiáramos en él, que salían pronto y quedaban libres...". Tan claro y coherente fue su testimonio que describió incluso el sitio donde se efectuó la conversación —una habitación del segundo piso—, las veces que el juez contó el dinero, cerciorándose de la cantidad recibida, y el lugar donde posteriormente lo puso —sobre un "chifonier"—.

En el mismo sentido, el abogado *Rodrigo Monsalve Pineda*, quien declaró a folios 298 y ss. del C.O., desmintió al procesado y a su cu-ñado, pues desconoció el documento donde se hacía constar la devolución del dinero supuestamente a él entregado "para defender a *Campo Elías Arias, Feliciano Ibañez Daza, Reinel Ibañez Daza Y Eduardo Pinzón*...." (fl. 52 ib.), y afirmó que la finalidad de la llamada telefónica que le hizo *Díaz Hernández*, era "para subsanar el incidente de unos ***seiscientos mil pesos***", no para que asumiera defensa judicial alguna.

De ahí que los detenidos, según su dicho, se hayan negado a firmar el poder, "porque no se les daba una plata que se les había recibido a unos familiares de ellos, para darles la libertad" (fl. 299 ib.).

"El afán de *Alirio* —agrega el togado—, era parar el escándalo que se había originado en Venecia, por la plata que es voz populis (sic), dieron parientes de los presos para hacer lo que vulgarmente se llama un arreglo", y "las llamadas comenzaron cuando los presos ya estaban en Bogotá" (fl. 303 ib.), es decir, mucho después de haberse presentado la ilícita exigencia de dinero por parte del juez denunciado.

Así las cosas, mal puede afirmarse que exista dubitación alguna en torno a la indebida solicitud de dinero que a nombre del juez encargado hizo un uniformado a los detenidos antes mencionados, ni acerca de la persona a quien le fue entregado el dinero por parte de *Bertilda Ruis de Arias* —al juez encargado *Hildebrando Díaz Oviedo*— ni la finalidad de dicho desprendimiento patrimonial —obtener la libertad de los detenidos—, todo lo cual lleva a descartar la existencia de un ilícito acuerdo de voluntades, y con ello la eventual configuración del punible de cohecho, correspondiendo enmarcar los hechos en el delito de concusión.

La adecuación típica acogida en la sentencia de primer grado guarda correspondencia con la reconstrucción histórica de los hechos a partir del conjunto de probanzas legalmente allegadas, pues como viene de demostrarse, aunque valiéndose de un intermediario, la indebida solicitud de dinero —que dicho sea de paso partió del funcionario y no de los retenidos—, no estuvo dirigida a quienes en un plano de igualdad estuvieran en capacidad de rechazarla o desatenderla, sino a personas capturadas y encarceladas por haber sido sorprendidas en situación de flagrancia cultivando marihuana, cuyo ánimo resulta fácilmente perturbable por la implícita amenaza de un eventual abuso funcional o del cargo por parte del desleal servidor público.

Certera resulta la negación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, si se tiene en cuenta que a más de la gravedad del hecho juzgado —el cual afectó la credibilidad en la Administración de Justicia—, la personalidad del encartado luce proclive al delito, pues sin que puedan ser considerados como antecedentes penales, sí constituyen factores-reflejo de su manera de ser y de actuar, la sanción de sesenta (60) días impuesta por cambiar una cadena de oro, retirada del cuerpo de *José Manuel Suárez Silva* en momentos en que se realizaba la inspección a su cadáver y custodiada en el despacho donde laboraba como secretario (fl. 189 ib.); y otras quejas que en su contra tramitó el Personero de esa localidad, precisamente por ilícitas exigencias de dinero, actuaciones éstas que actualmente se encuentran en la Procuraduría Provincial de Fusagasugá (Cundinamarca), según lo informa este funcionario en declaración del folio 169 ib.

Por manera que la denegación del subrogado obedece a la gravedad y modalidades del hecho punible, y también a la personalidad del agente.

Y en verdad que reviste gravedad la solicitud de dinero no por cualquier servidor público sino por un Juez de la República, a

quien la dignidad del cargo ubica en innegable condición de preeminencia social y acentúa el reproche de su conducta, no pudiendo pasar desapercibida la circunstancia genérica de agravación punitiva prevista en el artículo 66.11 del Código Penal, cual es la "*posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio*", todo lo cual le aleja de la posibilidad de suspender la ejecución de la sentencia impuesta, debiéndose confirmar la denegación del subrogado invocado subsidiariamente en el escrito de impugnación

En conclusión, el comportamiento desplegado por el ex-juez Promiscuo Municipal de Venecia (cundinamarca) no sólo compromete la dignidad de su investidura, sino que además afecta considerablemente la credibilidad de los asociados en la Administración de Justicia, generando mayor desconcierto, zozobra y alarma social, factores éstos que ameritan el tratamiento intramuros ordenado por el juzgador de instancia, e infundadamente censurado a través de la apelación.

Se confirmará en consecuencia la sentencia objeto de impugnación.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia objeto de apelación.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION - Requisitos / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Es causal de casación, a voces del numeral 1o., segundo inciso del artículo 220 del C. de P.P., la violación de una norma de derecho sustancial proveniente de error en la apreciación de determinada prueba, siendo necesario que así lo alegue el recurrente.

Por su lado, son exigencias de carácter formal de la demanda de casación para otorgar viabilidad al recurso extraordinario, de conformidad con el artículo 225, numeral 3º y último aparte de la norma, que el actor indique "en forma clara y precisa los fundamentos" de la causal que se aduce para procurar la quiebra del fallo y que cuando de formular cargos excluyentes se trata, los plantee "...separadamente... y de manera subsidiaria".

Significa la aludida preceptiva del recurso, que cuando el motivo de la censura es la errada apreciación de la prueba, es deber del abogado demandante, en el ejercicio del derecho de postulación que le asiste, indicar el error de evaluación probatoria que atribuye a la sentencia, individualizando las pruebas en las cuales recayó y demostrando su incidencia en el sentido o el alcance de la decisión que se cuestiona; además, que la fundamentación del reparo ha de ser formalmente inteligible, vale decir, guardar relación de causalidad entre la causal que se alega y los argumentos de soporte; y, finalmente, que cuando se trata de propuestas incompatibles entre sí, se advierta su subsidiariedad.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dos (2) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Paez Velandia.*

Aprobado Acta No.149. Proceso No. 12269

Decide la Corte sobre la viabilidad de la demanda con la cual se sustenta el recurso extraordinario de casación contra la sentencia

dictada el 18 de abril del año de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en la que se condena a *Humberto Jiménez Gómez* en calidad de autor del delito de homicidio en la persona de **Jaime René Prado.**

ANTECEDENTES

1°. El 10 de noviembre de 1994 en horas de la mañana, en episodios sucedidos en el barrio Jardín, frente a la cancha de tejo "Don Villa" de la ciudad de Ibagué por diferencias familiares, *Humberto Jiménez Gómez* hirió gravemente con arma cortopunzante a *Jaime René Prado*, quien falleció cuatro días después en el centro hospitalario donde fue atendido.

2°. El 6 de abril de 1995 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal confirmó la **resolución** acusatoria proferida contra el sindicado, por el delito de homicidio simple (fls. 393 y ss.cd. ppl.). Bajo este mismo cargo fue condenado por el Juzgado 10o. Penal del Circuito de Ibagué, en fallo que el Tribunal Superior del Distrito confirmó a través de la sentencia contra la cual la defensa ha interpuesto el recurso extraordinario que sustenta mediante la demanda de cuyo examen formal se ocupa ahora la Corte.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal 1a., cuerpo segundo, del artículo 220 del C. de P.P., se acusa la sentencia de segundo grado de ser violatoria de la ley sustancial así:

Cargo Primero. Por falta de aplicación del artículo 29, numeral 5o. del C.P., porque, según puntualiza el actor, "no se tuvieron en cuenta, en cuanto al grado de convicción que arrojaban, las pruebas allegadas al proceso ...", consistentes en los testimonios de Natividad Jiménez, Luz Marina Roa, *Edelmira Alvarez, Liliana Roa. Alexander Roa. Marisol Mogollón, y, Gladys Triana*, todos ellos corroborativos del dicho del acusado.

Partiendo de la versión suministrada por el procesado en su indagatoria, según la cual intervino en la querella "en el preciso momento" en que su hermana estaba siendo "despiadadamente agredida por el occiso" y para enfrentarlo por esa causa, con los resultados conocidos, **asegura que** el fallo admitió la existencia de una riña debido al estado de permanente enfrentamiento entre las familias de los protagonistas "por una serie de disgustos, agresiones, insultos y atentados contra sus respectivas residencias.".

Siendo que los testimonios mencionados —que reseña en lo fundamental de su contenido— avalaban íntegramente el dicho del procesado, **y que estas circunstancias constituían la figura**

jurídica de la legítima defensa de un derecho ajeno, como lo era la vida de su propia hermana. Natividad Jiménez —quien en la refriega general previamente a la irrupción del acusado, se había liado a golpes con la viuda del occiso, Luz Marina Roa—, generando así la causa de la actitud de aquél; y, dado que esa situación encuadraba en el concepto de la justificante, así debió declararse en la sentencia.

Precisa, haciendo consistir en ello el error de evaluación de las pruebas referidas, que el pronunciamiento judicial acusado "pasó por alto como si no existieran, los testimonios que se consignaron, excepción hecha del de la mencionada Edelmira Alvarez, del cual dice *"que sí se tuvo en cuenta pero no para beneficiar al acusado"*.

Tras insistir en la presencia de la justificante asevera que debió aplicarse al caso y por tanto ser la sentencia absolutoria. Con nueva reiteración de la convicción de la ocurrencia de la transgresión de la ley sustancial de que habló al enunciar la censura, solicita la casación.

Cargo Segundo. Sin indicar si se trata de cargo subsidiario, atribuye a la sentencia ser violatoria del artículo 60 del C.P., por falta de aplicación, porque según precisa, "no se tuvieron en cuenta en el grado de convicción que arrojan algunas de las pruebas allegadas al proceso.".

Partiendo de la versión de los hechos suministrada por el procesado y dando por indubitable el parentesco consanguíneo entre éste y la mujer con la cual el occiso se hallaba peleando cuando el procesado intervino en la riña con los resultados conocidos, asevera que esa narración fue corroborada por los testigos *Natividad Jiménez, Liliana Roa, Alexander Roa, Vicente Roa, Marisol Mogollón y Gladys Triana* y considera entonces que el procesado "se alteró en su estado de ánimo al presenciar cómo su hermana era brutalmente agredida por el hoy occiso y que ese estado de ánimo debió ser reconocido en la sentencia bajo la figura tipificada en el artículo 60 del C.P. Explica que el comportamiento del occiso para con la hermana del procesado fuegrave e injusto y que el actuar de éste se debió al "impacto sicológico que lo afectó y lo hizo reaccionar de la manera como sucedieron los hechos.".

Añade que "Por no haberse aceptado el grado de convicción que arrojan las pruebas antes citadas ...", se dejó de aplicar el artículo 60 referido. Finalizando la exposición de este reparo dice, reitera la solicitud casacional.

Cargo Tercero. Igualmente sin categorizarlo como subsidiario, afirma que la sentencia es violatoria de los artículos 38 y 325 del C.P., porque, precisa el actor, "no se tuvieron en cuenta en el grado de convicción que arrojan, algunas de las pruebas allegadas ...".

Nuevamente, como en los reparos precedentes, partiendo del relato del procesado en su injurada, asevera que en el proceso declararon *Natividad Jiménez, Liliana Roa, Alexander Roa, Vicente Roa, Maritza Mogollón y Gladys Triana*, y que de estos testimonios se deduce que "para el momento de los hechos y por la confusión de los mismos" el procesado "nunca tuvo la intención de matar, a lo sumo de lesionar" al occiso, pues al observar que su hermana "se encontraba en peligro" a manos de éste, "simplemente actuó, sin medir las consecuencias de su proceder", vale decir, bajo preterintencionalidad, por lo que, tal como lo concreta en el decurso de la exposición, "el resultado fue más allá del querer del ejecutor del hecho investigado".

Concluye que hallándose probada esta forma de intencionalidad, la Corte como Juez de casación debe reconocerlo, reparando así el agravio inferido al acusado.

Finalmente, a la petición casacional añade la de libertad de su poderdante.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es causal de casación, a voces del numeral 1º, segundo inciso del artículo 220 del C. de P.P., la violación de una norma de derecho sustancial proveniente de error en la apreciación de determinada prueba, siendo necesario que así lo alegue el recurrente.

Por su lado, son exigencias de carácter formal de la demanda de casación para otorgar viabilidad al recurso extraordinario, de conformidad con el artículo 225, numeral 3o, y último aparte de la norma, que el actor indique "en forma clara y precisa los fundamentos" de la causal que se aduce para procurar la quiebra del fallo y que cuando de formular cargos excluyentes se trata, los plantee "separadamente ... y de manera subsidiaria.".

Significa la aludida preceptiva del recurso, que cuando el motivo de la censura es la errada apreciación de la prueba, es deber del abogado demandante, en el ejercicio del derecho de postulación que le asiste, indicar el error de evaluación probatoria que atribuye a la sentencia, individualizando las pruebas en las cuales recayó y demostrando su incidencia en el sentido o el alcance de la decisión que se cuestiona; además, que la fundamentación del reparo ha de ser formalmente inteligible, vale decir, guardar relación de causalidad entre la causal que se alega y los argumentos de soporte; y, finalmente, que cuando se trata de propuestas incompatibles entre sí, se advierta su subsidiariedad.

Pues bien, en el caso que ocupa la atención de la Corte, estos imperativos legales han sido soslayados por el demandante, que

basa la esencia de sus recíprocamente incompatibles censuras —todas las cuales deja entrever como principales, omitiendo así la exigencia del referido último aparte del artículo 225 del C. de P. P.—, no en errores de apreciación de las pruebas testificales que menciona, objetivamente detectables y pasibles de enmienda por la Corte, sino en su particular y obviamente interesada postura ideológica frente a esas probanzas a las que, según lo enseña la alegación, el Tribunal no les confirió la credibilidad que merecían y por lo que arribó a la conclusión de la cual discrepa el actor, como que no reconoció la legítima defensa dejando de absolver al implicado, ni la disminuente del estado de ira o la preterintención.

En efecto: en el primer cargo, asegura al inicio de la sustentación, que los testimonios que relaciona como afectados por el yerro del Tribunal, entre ellos el de Edelmira Alvarez —todos los cuales respaldaban la versión del procesado respecto de la ocurrencia de la legítima defensa del derecho de tercero, "no se tuvieron en cuenta en cuanto al grado de convicción que arrojaban", sin embargo, renglones después asegura que el precisado testimonio de Edelmira Alvarez, cuyo contenido es en términos generales y conforme al contexto de la demanda, es el mismo de los restantes a que alude el profesional—, ese testimonio, sí fue apreciado en la sentencia.

Con esta manera de argumentar la alegación pierde su claridad gramatical y conceptual, ofreciendo tal grado de perplejidad, que el falso juicio de existencia de la prueba por falta de apreciación, sofísticamente planteado con la afirmación de que los testimonios no se tuvieron en cuenta "en cuanto al grado de convicción que arrojaban", impide a la Corte comprender los términos precisos de la objeción.

Similar situación pero con idénticos resultados, como luego se verá, emerge de los cargos segundo y tercero. En estos la pugna del demandante con la sentencia, vuelve a estribar en que los testimonios que menciona como errados en su valoración por el fallador "no se tuvieron en cuenta en el grado de convicción que arrojan" para demostrar, ya el estado de la ira del artículo 60 del C.P., ora la preterintención del sujeto condenado.

Pretender que el juez extraordinario tercie en la divergencia de criterios entre el demandante y el fallador de las instancias para conferirle la razón a aquel porque así lo afirma sin prueba alguna, esto es, sin el más mínimo elemento objetivo de juicio, es desconocer la normatividad reguladora del recurso extraordinario, en la que ocupa lugar preeminente el principio de limitación —artículo 228 del C. de P.P.— que impide a la Corporación convertir en motivo de

casación una situación que intrínsecamente escapa a esa categoría y que como tal no ha sido propuesta.

Y, por cuanto la naturaleza jurídica de la demanda de casación impide a la Corte remediar los errores de su signatario cometidos en ese discurso enjuiciatorio de la sentencia de segundo grado, tiénese por imperativo para el caso, la declaratoria de inviabilidad de la demanda en lo atañedero a todos y cada uno de los reparos.

Se rechazará entonces y se declarará la deserción del recurso, como consecuencia.

En mérito, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,*

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación interpuesta en este proceso; por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario interpuesto a nombre de **Humberto Jiménez Gómez** contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que lo condena como autor del homicidio de **Jaime René Prado.**

Contra esta decisión, en los términos de los artículos 197 y 226 del C. de P.P., no cabe recurso alguno. En firme, **devuélvase** el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cumplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nougés, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

PRESCRIPCION / TESTIMONIO / RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS

1. "...con la remisión que al artículo 80 del C.P. hace a su vez el artículo 84 ibidem, no puede menos que concluirse que el término máximo de prescripción en la etapa del juicio es de 10 años, esto es, la mitad del máximo ya fijado en el referido artículo 80, para todos los casos."

2. No cabe duda que el interés del legislador en regular la forma de la citación cubre a la vez la necesidad de asegurar que el funcionario cumpla con la convocación del requerido, como con dar certeza sobre el enteramiento que a este se hizo, lo que da alcance a dos necesidades instructivas: una hacer constar que el funcionario cumplió con tratar de recaudar las pruebas requeridas, y otra la de facilitar la imposición de una sanción al declarante incumplido.

Pero si como aquí ocurre, ese testigo se presenta y colabora entregando aquella versión que le es requerida, notoria es la inocuidad de cualquier informalidad en su convocatoria, así haya sido que de la citación no quede copia, que ésta se extravía, o que se haya usado otro mecanismo de comunicación, aún el verbal, lo que no perjudica ni en la forma ni en la credibilidad el dicho recaudado, pues como bien lo anota el Ministerio Público, el modo de citación no es prerrequisito o condición para la validez del testimonio.

Tampoco se puede predicar la ilegalidad del reconocimiento en fila de personas por el hecho de que en la diligencia no se interrogue al testigo sobre los rasgos físicos de quien ha de serle exhibido, pues bien puede ocurrir que esa descripción ya obre dentro del testimonio previamente rendido

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No.150 Proceso No. 10527

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio de la cual confirma con modificaciones y adiciones la condena proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad dentro del proceso seguido en contra del acusado *Luis Daniel Naranjo Tabaco o Corredor*, en el que se define su situación respecto de cuatro causas acumuladas.

El procesado había sido absuelto de dos de los delitos de homicidio (causas 2149 y 412), por lo que el recurso de casación se orienta contra la decisión adversa recaída en las causas originalmente numeradas 2131 y 2124.

HECHOS

Los acontecimientos investigados y los hitos culminantes de cada actuación objeto de las cuatro causas se pueden sintetizar como sigue.

1. *Homicidio de Jairo Alonso Pérez Faustino (Exp. 2149)*

En las últimas horas del 21 de enero de 1984, Jairo Alonso Pérez Faustino llegó a su domicilio de la ciudad de Sogamoso con un individuo desconocido para su hermana Ana Cecilia; después de algún tiempo, ambos salieron de la residencia. A la una de la mañana del día siguiente alguien abrió la puerta de la casa con las llaves y Ana Cecilia pudo constatar que se trataba del acompañante de su hermano, quien dijo que éste lo había enviado por la bicicleta, pero no se la llevó; en su lugar dejó un ladrillo sobre un armario. Horas más tarde, ese mismo día, se encontró el cadáver ensangrentado de Jairo Alonso Pérez Faustino.

Por disposición del Juzgado 14 de Instrucción Criminal de Sogamoso, el 30 de enero de 1984 se abrió la investigación y a ella resultó vinculado Luis Daniel Naranjo mediante indagatoria, a quien se afectó con detención preventiva por el delito de homicidio.

El 27 de octubre de 1987 el instructor calificó el mérito de la investigación mediante resolución acusatoria en contra del sindicado como autor del delito de homicidio cometido en Jairo Alonso Pérez Faustino, decisión que alcanzó ejecutoria el mes siguiente. Esta actuación sería luego acumulada por el Juzgado Segundo Superior de Sogamoso Radicación con los procesos adelantados por los homicidios de Esther Monroy Ruiz (rad. 2131) y Rosenda Montañez de Merchán (rad. 2124).

I. *Homicidio de Carmen Acevedo (Exp. 412).*

En la mañana del domingo 22 de enero de 1984 se halló el cadáver de la señora Carmen Acevedo de 65 años de edad, en el corral de ovejas de su humilde vivienda del barrio Los Alpes del municipio de Sogamoso, llamando la atención que alrededor del lugar se habían hecho excavaciones, y la habitación de la occisa se hallaba en desorden.

El acta del levantamiento del cadáver de Carmen Acevedo sirvió de base al Juez 8º de Instrucción Criminal de Sogamoso para abrir la respectiva investigación, y luego de recaudar algunos elementos de convicción escuchar en indagatoria a José Rojas Rojas, sin que se le impusiese luego medida de aseguramiento. En el mismo auto (folio 140 141) el juez ordenó que antes de recibirle injurada a *Luis Daniel Naranjo Tabaco* se le practicara un examen siquiátrico.

El 1° de marzo de 1985 la sección de siquiatría forense del Instituto de Medicina Legal examinó al imputado concluyendo que al momento de la ocurrencia de los hechos no presentaba trastorno mental que le impidiera comprender su conducta y autodeterminarse de acuerdo a esa comprensión (folio 157).

El 27 de octubre de 1986 se recibió indagatoria a *Naranjo Tabaco*, y al día siguiente se decidió su situación ordenando su detención preventiva por el homicidio de Carmen Acevedo.

El Juzgado Primero Superior de Sogamoso calificó la investigación el 12 de septiembre de 1987 abriendo causa criminal con intervención de jurado de conciencia en contra del último de los nombrados, mientras que a José Rojas Rojas lo sobreseyó en forma definitiva (folios 234 a 248).

Al resolver la apelación interpuesta por el Fiscal, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó el 1o. de febrero de 1988 la acusación de *Luis Daniel Naranjo* y varió el sobreseimiento definitivo de José Rojas Rojas por uno temporal.

El 12 de marzo siguiente el Juzgado Segundo Superior de Sogamoso aceptó la acumulación de este proceso con los restantes que ese despacho adelantaba contra el mismo implicado.

III. *Homicidio de Rosenda Martínez de Merchán (Exp.2124).*

Al anochecer del 7 de febrero de 1984 un individuo se presentó en la casa de Rosenda Montañéz de Merchán, ubicada en el barrio Colombia de Sogamoso, dirigiéndose a ella como si fuera un pariente; luego salió a una tienda cercana donde compró cerveza y soda, y regresó a la habitación de la señora Montañez, cuyo cadáver se

halló en su habitación al día siguiente, sin que se hubiera advertido el momento en que el intruso abandonó el lugar.

La instrucción la asumió el Juzgado 8o. de Instrucción Criminal de Sogamoso, orientándola primeramente contra Ernesto Núñez Angarita, quien fuera retenido en la casa de ocurrencia de los hechos, vinculado mediante indagatoria y detenido preventivamente por el cargo de homicidio agravado de Rosenda Montañez de Merchán.

El hijo de la occisa, Luis Antonio Merchán Montañez se constituyo en parte civil, y el 4 de abril del mismo año se vinculó mediante indagatoria a *Luis Daniel Naranjo Tabaco* a quien también se detuvo preventivamente como autor del homicidio agravado de Rosenda Montañez de Merchán.

La investigación fue calificada el 18 de julio de 1984 por el Juzgado Segundo Superior de Sogamoso con el encausamiento de *Luis Daniel Naranjo* como autor de los delitos de homicidio agravado y hurto agravado, en grado de tentativa, y el de Ernesto Núñez Angarita como cómplice de las dos infracciones, providencia que calificatoria que quedó en firme el 5 de febrero de 1988.

IV. *Homicidio de Esther Monroy Ruiz (Exp. 2131).*

La joven de quince años, Esther Monroy Ruiz, vivia con sus padres en la calle 40 No. 5-19 de Bogotá, lugar al que llegó Luis Daniel Naranjo Tabaco el 13 de febrero de 1984 porque allí compartía una de las habitaciones con Estella Ruíz. En esa fecha, en horas de la tarde, tanto la menor como Naranjo dejaron el lugar de residencia: al día siguiente aquel fue visto en Sogamoso, en tanto que el 15 de ese mes, en una alcantarilla del barrio Los Alpes de dicha localidad, se halló el cadáver de Esther Monroy Ruiz con huellas de haber sido muerta con instrumento contundente y victima de acceso carnal violento.

La investigación penal se abrió en este caso el 17 de febrero de 1984 por disposición del Juez 3º de Instrucción Criminal de Sogamoso; a ella fueron vinculados con diligencia de indagatoria los hermanos Pedro Arturo, José Antonio y *Luis Daniel Naranjo Tabaco*. El día 3 del mes siguiente, el instructor dispuso la detención preventiva de éste último por los delitos de secuestro, acceso carnal violento y homicidio y dejó en libertad a los restantes.

En este proceso también fue escuchado en injurada el señor José Rojas Rojas, en contra de quien el 9 de agosto de 1984 se profirió auto de detención como cómplice de los delitos de secuestro, acceso carnal violento y homicidio de los que fue objeto Esther Monroy Ruíz.

El 16 de mayo de 1985, al calificar el sumario, el Juzgado Segundo Superior de Sogamoso abrió causa criminal contra Luis Daniel Naranjo Tabaco para enjuiciarlo por el trámite con intervención de jurado de conciencia, como autor de los delitos de Homicidio agravado (art. 324.2.6 C.P.) y acceso carnal violento en la menor Esther Monroy Ruiz y lo sobreseyó temporalmente por el delito de secuestro. A su vez, en lo que se refiere a las tres conductas punibles investigadas, profirió sobreseimiento temporal en favor de Pedro Arturo y José Antonio Naranjo Tabaco y de José Rojas Rojas.

Para el 19 de septiembre de 1985 el auto de proceder dictado en esta causa ya había cobrado ejecutoria.

V. *Trámite acumulado de las causas.*

Realizada la diligencia de audiencia pública con intervención de jurado de conciencia, el juez del conocimiento declaró la contraevidencia del veredicto absolutorio en decisión que apeló la defensa.

El 7 de julio de 1989, el procesado *Luis Daniel Naranjo Tabaco* fue puesto en libertad provisional, y al desatar la alzada el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo declaró mediante auto del 13 de mayo de 1992 la nulidad de los autos que decretaron la acumulación; unificación que repuso el Juez Segundo Superior de Sogamoso el 4 de junio de 1992.

Este mismo despacho, que ya para entonces se había convertido en Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Sogamoso, dispuso el traslado ordenado por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, y finalmente, el 3 de junio de 1994, celebró la audiencia pública de juzgamiento.

VI. *Las sentencias de instancia.*

El a-quo, en providencia del 13 de octubre de 1994, absolvió a *Luis Daniel Naranjo Tabaco o Corredor* por los homicidios consumados de Jairo Alfonso Pérez Faustino y Carmen Acevedo, decretó la prescripción de las acciones correspondientes al secuestro de Esther Monroy Ruiz y al hurto tentado contra los bienes de Rosenda Montañéz de Merchán, y absolvió al co-acusado *Ernesto Nuñez Angarita.*

Por otra parte condenó al acusado como autor de los homicidios agravados en las personas de Esther Monroy Ruiz y de Rosenda Montañéz de Merchán a la pena principal de veintiséis (26) años de prisión; a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por ese mismo término, y le prohibió el uso de bebidas embriagantes durante dos años y medio; condenó al pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados con los dos hechos

punibles, negó los subrogados penales y revocó la libertad provisional, disponiendo la captura.

Frente a la apelación interpuesta por la defensa, mediante sentencia de diciembre 12 de 1994 el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó la condena del acusado como autor de los homicidios cometidos en Esther Monroy Ruiz y Rosenda Montañéz de Merchán, ajustó al tope legal la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y adoptó otras determinaciones, entre ellas la declaración de prescripción respecto del delito de violación, extendiendo los efectos de dicho fenómeno en los cargos de secuestro y hurto a los otros procesados.

La Demanda

La impugnante ataca la sentencia del Tribunal en lo que se refiere a la condena por los dos delitos de homicidio, y refiriéndose al proceso por la muerte de Rosenda Montañéz de Merchán la acusa al amparo de la causal primera de casación por ser violatoria de una norma de derecho sustancial, ya que a su juicio se aplicaron indebidamente los artículos 61, 67 y 324 del Código Penal.

Radica el error judicial en términos de la demanda, en la apreciación de los testimonios, en el reconocimiento en fila de personas efectuado por Etelvina Martínez López, y en la ampliación de indagatoria de Ernesto Núñez Angarita, por no practicarse de conformidad con los requisitos que exigían los artículos 170, 241, 159, 385, 407, 408, 409, 214 y 215 del Decreto Ley 409 de 1971, vigente para la época de su recaudo.

Para demostrar la acusación, parte del contenido del artículo 214 del Decreto 409 de 1971 que reglamentaba la inexistencia de los actos procesales, comparándolo con la declaración de Etelvina Martínez López, su ampliación y el reconocimiento en fila de personas efectuado por la misma testigo, en los cuales afirma que no se cumplieron los requisitos de ley para su validez, como la existencia previa de auto o sentencia que ordenara la práctica de ese testimonio, impuesta por el artículo 170 del estatuto citado y la ritualidad que debía seguirse para citar a un testigo, establecida en el artículo 241 ibidem, en tanto que no existe constancia de alguna orden de comparendo.

La demanda se refiere luego al reconocimiento en fila de personas verificado el 7 de marzo de 1984 (fl. 139) para censurarlo frente a las formalidades impuestas por el artículo 407, porque a ninguno de los intervinientes se le solicitó la descripción de la persona que habría de reconocer ni se le interrogó si con anterioridad la habían visto. Además, al procesado no se le nombró defensor desde el

comienzo de la diligencia, tratando el juzgado de subsanar la anomalía mediante constancia sentada después de que Etelvina Martínez hizo el reconocimiento.

Así mismo advierte que el artículo 408 ordenaba que quien fuera a ser reconocido debía estar acompañado de seis personas o más, "de circunstancias exteriores semejantes" y en el acta de la diligencia se lee que se dispuso conformar una fila de diez personas "de diferentes circunstancias con relación a sus físicos".

De otra parte, comenta la recurrente que el artículo 385 del Decreto 409 de 1971 prohibía juramentar al indagado, pero era necesario juramentarlo cuando declaraba contra otra persona, para poder tenerlo como testigo.

De los reproches señalados, la casacionista concluye que el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo le dio validez jurídica a unas pruebas que no reunían los requisitos exigidos por las normas que establecían su rito; en su sentir, esas pruebas ingresaron ilegalmente al proceso, por ello no debieron ser tenidas en cuenta y el juzgador debió desconocer su existencia.

Entonces, concluye que al carecer de validez la prueba sobre la cual se edificó la sentencia condenatoria por el homicidio de Rosenda Montañez, hay que aceptar que campea la duda y ésta se debe resolver en favor del procesado; pues el otro testigo directo de la presencia de Naranjo Tabaco en el lugar de los hechos, el joven Humberto Pinzón entra en contradicción con Etelvina en cuanto a las características físicas de quien describe, pues aquél dijo que a la luz lo vió de cabello como monito, en tanto que ésta manifestó que el cabello era negro, y que lo vió sin el bombillo del corredor.

Enseguida la actora formula un segundo cargo, pero en relación con el homicidio de Esther Monroy Ruíz, cuya condena, dice, el Tribunal sustentó en los indicios de presencia, mentira y capacidad para delinquir construidos con los testimonios de quienes afirmaron que Esther desapareció en compañía de Naranjo y los que aseguraron haberlos visto en Sogamoso.

Para el efecto invoca la causal primera de casación, acusando al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de violar el derecho sustancial por error de hecho, al haber aplicado los artículos 61, 67 y 324 del Código Penal.

La demandante expresa que el error surge de la apreciación de los testimonios de Blanca Cecilia Monroy, Leonor Monroy, Gregorio Sierra y María Estela Carrillo, en cuanto hace una inferencia lógica equivocada con el hecho indicado de acuerdo con lo que establece

el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal. Tal inferencia no tiene entidad sino para demostrar la presencia de *Luis Daniel Naranjo Tabaco* en Sogamoso, pero no que haya sido quien accedió mediante violencia a la menor Esther Monroy Ruiz.

En los dos casos la recurrente pretende la invalidación de la sentencia impugnada y en su lugar se reconozca que *Luis Daniel Naranjo Tabaco* no ha cometido los hechos punibles por lo que no se han reunido los requisitos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal. Por ello solicita se case totalmente la sentencia y se absuelva a su patrocinado por los homicidios de Rosenda Montañez viuda de Merchán y de Esther Monroy Ruiz.

Concepto del Procurador

El Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal advierte deficiencias técnicas en el libelo, tales como que en el primer ataque, referido al pronunciamiento sobre el homicidio de Rosenda Montañez de Merchán, se acusa la sentencia por violar normas de derecho sustancial, por error de derecho por falsos juicios de legalidad, pero la demandante no demostró la incidencia que las pruebas valoradas —pese a su ilegalidad—, tuvieron en la decisión de segunda instancia y en la infracción de las normas sustantivas invocadas.

De otra parte, en el segundo reproche, referido al proceso por la muerte de la menor Esther Monroy Ruiz, en el que se atribuyen al ad quem errores de hecho por falsos juicio de identidad no precisados, el Procurador advierte que no se hizo el menor esfuerzo por demostrar los yerros cometidos que trasciendan el marco de la simple invocación.

Dejando de lado la crítica formal, el Delegado rebate los postulados de la demanda, iniciando con los reparos que formuló a la declaración de Etelvina Martínez López, consistente en la violación de los artículos 170 y 241 del Decreto Ley 409 de 1971, ante la ausencia de una orden judicial que decretara la prueba y de las constancias sobre la forma como se citó a la testigo, pues al efecto el conceptuante expresa que la primera irregularidad denunciada resulta inexistente y es el resultado de la desidia de la impugnante, puesto que Etelvina Martínez apareció rindiendo en el expediente una versión ante la Policía Judicial (folio 45 y siguientes del expediente No. 2124) y el 25 de febrero de 1985 el instructor decidió ampliar su declaración en auto, cuyo literal b) ordena puntualmente la prueba (folio 111).

Admite que sobre la citación de la testigo no se observan constancias, pero señala que la probanza no sufrió vicio alguno por no ser

de su esencia el agotamiento de un determinado medio de comunicación para recibir el testimonio. En su opinión el artículo 241 del Decreto 409 de 1971 apuntaba a la eficacia de las citaciones y a crear las condiciones necesarias para establecer la renuencia del testigo, no siendo un requisito del cual dependa la validez del acto procesal correspondiente.

En cuanto a los falsos juicios de legalidad que se atribuyen a la diligencia de reconocimiento en fila de personas realizada el 7 de marzo de 1984, el Procurador anota que la recurrente no demostró la importancia que esa diligencia tuvo en el contenido del fallo acusado, en el cual se respondieron las objeciones que sobre la validez de este elemento de convicción había formulado la misma impugnante, añadiendo que el Tribunal no utilizó el resultado de esa diligencia como única prueba que sustentara la condena; que simplemente mencionó lo ocurrido en esa diligencia cuando comentó que Elelvina había reconocido en *Luis Daniel Naranjo Tabaco* a la persona que vió en la residencia de la occisa y que Pinzón Blanco no reconoció al individuo que se acercó a la tienda a comprar bebidas.

Comenta si, que a pesar de que el procesado estuvo asistido por una persona honorable en lugar de un abogado de profesión, en la realización del reconocimiento no se observaron irregularidades porque para ese momento no estaba vigente la Constitución de 1991, y la ley procesal de esa época autorizaba practicar la prueba en esas condiciones.

La censura por no haberse juramentado al sindicado Ernesto Núñez Angarita, conforme estaba previsto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Penal vigente por entonces, en criterio del colaborador del Ministerio Público debe ser desestimada por cuanto las afirmaciones inseguras y sin contundencia de Núñez Angarita no se pueden calificar como declaración en contra de otro, ya que simplemente expresó sospechas de la presunta responsabilidad de *Naranjo* en el homicidio investigado; por lo demás, la necesidad de juramentar al indagado es una determinación que debe adoptar el instructor después de efectuar una valoración sobre los términos y condiciones en que se expresa el cargo contra otra persona.

El cargo que la impugnante dirige contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, relacionada con el homicidio de Esther Monroy Ruiz, en concepto del Procurador Delegado está formulado con un antitecnicismo total, en cuanto la demandante no se esforzó por establecer en qué consistió la equivocación cometida por el juzgador al extraer de la prueba testimonial una inferencia lógica, hasta el punto de no haber acertado a referirse al

delito que motivó la condena, pues insinuó la discusión relacionándola con el acceso carnal violento, cuya acción se declaró prescrita en las instancias.

En esas condiciones el Delegado no le augura prosperidad y termina su participación conceptual sugiriendo a la Corte que no case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Resulta necesario aclarar primeramente, dado el ya lejano tiempo de ocurrencia de los diversos hechos punibles materia de juzgamiento y el dilatado trámite del juicio, si la acción penal respecto de las diversas conductas perseguidas se halla o no vigente, frente a la clara perspectiva de la prescripción.

Como a este respecto la doctrina de la Sala se ha mostrado variable, conviene recordar que mediante auto mayoritario de noviembre 11 de 1986, del que fuera ponente el Magistrado doctor Jaime Giraldo Angel, la Sala dijo que superada la ejecutoria de la resolución de acusación, para el caso del homicidio agravado debían contarse quince (15) años para dar por extinguida la acción,pues,

"El artículo 84 del mismo estatuto (Código Penal, precisa ahora la Sala) enseña que una vez interrumpido el término de la prescripción de la acción penal, por auto de proceder o su equivalente, debidamente ejecutoriado, el nuevo lapso prescriptivo será igual a la mitad del señalado en el artículo 80, es decir, el que corresponde a cada disposición penal, o sea, el máximo de la pena fijada en la ley." y "Como el término de **quince (15) años** es igual a la mitad del máximo previsto en el artículo 324 del Código Penal y no excede de **veinte (20) años**, es en este término y no en otro que prescribe la acción penal cuando se ha interrumpido con el auto de proceder o su equivalente debidamente ejecutoriado. De modo alguno puede considerarse, como lo hace la defensa, la mitad de veinte (20) años para la nueva prescripción, pues, la norma no hace referencia al tiempo máximo de prescripción ordinaria, sino al tiempo máximo de la pena previsto en la respectiva disposición penal".

Variando, sin embargo, este criterio, en providencia del 29 de septiembre de 1994 con ponencia del Magistrado doctor Jorge Enrique Valencia Martínez advirtió la Sala que el plazo máximo a contabilizar en casos como el presente no podría exceder de los diez años contados a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, pues ese es el término que indican en concordancia los artículos 84, 80 y 324 del Código Penal, según textos vigentes para la fecha de ocurrencia de los hechos.

Como este último es el entendimiento que de las anteriores disposiciones tiene hoy reiterado la doctrina de la Sala, según se ve en decisión de octubre 30 de 1996, con ponencia del Magistrado doctor Carlos Gálvez Argote, a él se ha de atener una vez más y para el pronunciamiento presente la Colegiatura, tras reiterar como allí se dice, que siendo el de veinte (20) años el límite máximo para la prescripción de la acción penal durante la etapa instructiva, "...con la remisión que al artículo 80 del C.P. hace a su vez el artículo 84 ibidem, no puede menos que concluirse que el término máximo de prescripción en la etapa del juicio es de 10 años, esto es, la mitad del máximo ya fijado en el referido artículo 80, para todos los casos."

Por ser lo anterior así, tendrá que afirmarse en que al momento presente solo es posible hacer pronunciamiento de mérito respecto de la acción penal derivada del delito de homicidio cometido en la persona de Rosenda Montañez de Merchán (y eventualmente en relación con el homicidio de Cármen Acevedo por el cual fuera absuelto), porque en cuanto toca con el homicidio cometido en Esther Monroy Ruíz la respectiva acción penal se extinguió por prescripción desde el 18 de septiembre de 1995, en cuanto desde allí se superan diez años sobre la ejecutoria de la respectiva resolución de acusación.

Del mismo modo y en cuanto el fallo siendo uno solo, no ha logrado firmeza por la interposición del recurso extraordinario, tal declaración de extinción de la acción procede respecto del delito de homicidio cometido en la persona de Jairo Alfonso Pérez y por el cual se absolviera al acusado, así carezca en este caso tal declaración de efectos prácticos sobre la pena, como sí los deriva en la radicación 2131 que viene de aludirse.

2. Hecha la anterior salvedad, procede revisar la legalidad del fallo frente al cargo que el actor le formula por la condena del acusado frente al homicidio cometido en Rosenda Montañez de Merchán, la que se acusa por la causal primera de casación aduciendo la ocurrencia de errores de derecho por falso juicio de legalidad, dado que el juzgador habría apreciado elementos de convicción ilegalmente allegados al proceso, pese a que no ha debido tomarlos en cuenta.

En este punto conviene recordar que cuando en esta sede se pretende demostrar la violación de la ley por la vía indirecta, la demostración de los errores judiciales debe recaer necesariamente en aquellos elementos de convicción que constituyen el verdadero sustento de la condena, por lo que resulta inocuo que la demanda objete irregularidades carentes de incidencia para modificar las bases de la decisión que se impugna.

Aquí, en opinión de la demandante, se incumplió lo dispuesto en el artículo 170 del Decreto 409 de 1971 con respecto al testimonio de Etelvina Martínez Sánchez, por no existir decisión judicial previa que la ordenara. Pero esta acusación, como lo observa el Ministerio Público, carece de todo fundamento, en la medida en que desde el auto cabeza de proceso se ordenó recaudar las declaraciones de todas las personas citadas y aquellas que pudieran tener conocimiento de los hechos, lo que comprende a no dudarlo el nombre de Etelvina Martínez, pues él aparece mencionado en el acta del levantamiento de cadáver. Pero además, la ampliación de este testimonio (rendido ya ante la Policía), aparece expresamente ordenada en auto del 25 de febrero de 1984 —folio 111 del cuaderno respectivo—. Luego resulta indebido entrar a acusar una irregularidad no sucedida.

Que se hubiese inobservado el rito que imponía el artículo 241 del Código de Procedimiento Penal para la citación de los testigos, lo que se infiere de no existir en el expediente constancia sobre la citación, no es omisión que afecte en modo alguno la legalidad de la diligencia recibida, pues si el testigo que se necesitaba compareció y rindió el dicho para el cual era requerido, poco y nada interesaba para la validez del acto la forma de hacerle saber su comparecencia. No cabe duda que el interés del legislador en regular la forma de la citación cubre a la vez la necesidad de asegurar que el funcionario cumpla con la convocación del requerido, como con dar certeza sobre el enteramiento que a este se hizo, lo que da alcance a dos necesidades instructivas: una hacer constar que el funcionario cumplió con tratar de recaudar las pruebas requeridas, y otra la de facilitar la imposición de una sanción al declarante incumplido.

Pero si como aquí ocurre, ese testigo se presenta y colabora entregando aquella versión que le es requerida, notoria es la inocuidad de cualquier informalidad en su convocatoria, así haya sido que de la citación no quede copia, que ésta se extravía, o que se haya usado otro mecanismo de comunicación, aún el verbal, lo que no perjudica ni en la forma ni en la credibilidad el dicho recaudado, pues como bien lo anota el Ministerio Público, el modo de citación no es prerrequisito o condición para la validez del testimonio.

Tampoco se puede predicar la ilegalidad del reconocimiento en fila de personas por el hecho de que en la diligencia no se interrogue al testigo sobre los rasgos físicos de quien ha de serle exhibido, pues bien puede ocurrir que esa descripción ya obre dentro del testimonio previamente rendido, y ello fue lo que sucedió en el caso del menor Humberto Pinzón y de la señora Etelvina Martínez López. Sostener lo contrario equivaldría a sacrificar la verdadera finalidad del acto, por preferir a cambio una literalidad que por sí sola carece de sentido.

E igualmente resulta infundada la ilegalidad pregonada en la demanda ante la circunstancia de que en el acta de reconocimiento en fila de personas se hubiese dejado constancia sobre designación y posesión de apoderado para el procesado, solo después de iniciado el acto, pues lo que importa para el derecho de defensa es que la representación del procesado hubiese estado cubierta, como debidamente se acredita, porque a salvo ese derecho, poco y nada interesa que la constancia sobre su cumplimiento quedase desde un principio de la diligencia, en el curso de ella o ya al terminar, haciéndose de nuevo impropio el ignorar que no es cualquier irregularidad la que vicia o hace inexistente la diligencia procesal en la que ocurre, sino tan solo aquellas verdaderamente relevantes o legalmente condicionantes cuya presencia niega la existencia misma del acto o desnaturaliza su finalidad.

Ahora bien, la demandante pretende la invalidez del reconocimiento en rueda de personas por falta de semejanza en la presentación de quienes integraron la fila al lado del procesado, pero lo que en realidad se observa en ese acto es el cuidado que tuvo el instructor para pedirle al Director del establecimiento carcelario que facilitara personas frente a las cuales pudiera pasar el procesado más des-apercibido, ya que no es otro el sentido de la colaboración que consta haberle solicitado al decirle que "ojalá" se tratase de "personas de diferentes estaturas y condiciones físicas en general", dentro de cuya heterogeneidad no se sacrificaron por lo que puede verse, y como lo quería la ley, las "características morfológicas semejantes", como así se entiende de otra de las constancias dejadas, en el sentido de que *Naranjo* al igual que los demás integrantes de la fila, "se encuentran recién rasurados".

Pero ni aún admitiendo que las primeras constancias viciaran el reconocimiento, podría hallar la demanda prosperidad alguna, pues como ya lo anticipó la Sala, era deber de la censora impugnar no una sino todas las pruebas que le dan respaldo al fallo de condena, y en tal sentido es particularmente relevante que por encima de la diligencia de reconocimiento exista una de careo entre la misma testigo y el acusado, donde aquella señala y le endilga a *Luis Daniel Naranjo* la incriminación comprometedora con el homicidio, demostración que la recurrente deja en firme.

Aparte de que las irregularidades señaladas por la recurrente no existieron, o carecían de entidad para viciar la legalidad de la respectiva prueba, trascendental resulta para los efectos de este recurso extraordinario la ausencia de la demostración de los efectos que esas supuestas anomalías conllevaban al fallo impugnado, lo mismo que sobre el sentido que la afectación de la decisión condenatoria, lo que hace ver la formulación de una demanda incompleta.

De la misma manera parcial la actora invoca el incumplimiento del artículo 385 del Decreto 409 de 1971, en cuanto prohibía juramentar al indagado, salvo que hiciera cargos a otro procesado. Sin embargo, de ninguna manera se intenta desarrollar ese enunciado, impidiendo saber la naturaleza o el efecto que ese presunto error hubiese generado, deficiencia que se extiende a la invocación, como violados, de los artículos 61 y 67 del Código Penal, disposiciones que nunca analiza la demanda, ni relaciona con las pruebas, ni con el fallo, ni con la decisión que se espera como sustitutiva, defectos todos que solo ratifican el fracaso de la pretensión.

8.La anunciada extinción de la acción penal respecto al cargo de homicidio en la menor Esther Monroy Ruiz, inhibe la posibilidad de contestar al cargo segundo del libelo, que exclusivamente apunta a este aspecto de la sentencia recurrida. En su lugar, y como consecuencia de la declaratoria de prescripción que se anuncia, se hace forzoso ajustar la pena que por el solo delito de homicidio agravado en la persona de Rosenda Montañéz viuda de Merchan le corresponde al acusado, excluyendo el ajuste que se deriva del concurso de delitos.

En este sentido es dable recordar que cuando el juzgador de primer grado individualizó la pena, asumió de igual gravedad por la similitud de sus modalidades el homicidio cometido en Esther Monroy y el padecido por Rosenda Montañéz, lo que le llevó a partir de dieciocho (18) años de prisión, incrementados en ocho (8) años más.

Ello conduce a señalar como definitiva por el homicidio en la segunda de las nombradas ese monto punitivo básico, sin que medien motivos para modificar ni la pena accesoria que es la legal, ni el monto de los perjuicios que para el caso de cada víctima había sido individualizado, como tampoco los demás contenidos del fallo recurrido, salvo las exclusivas consecuencias de la prescripción ya mencionada.

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:

Primero: Declarar que la acción penal se ha extinguido por prescripción respecto de los delitos de homicidio cometidos en las personas de Esther Monroy Ruiz y Jairo Alfonso Pérez Faustino, por lo que se dispone en relación con dichas infracciones la cesación de toda actuación en contra del procesado *Luis Daniel Naranjo Tabaco o Corredor*.

Segundo: Desestimar la demanda de casación formulada por la defensora del acusado *Luis Daniel Naranjo Tabaco o Corredor*, por lo que la Sala NO CASA el fallo recurrido, y

Tercero: Fijar como definitiva al acusado *Luis Daniel Naranjo Tabaco o Corredor* la pena principal de dieciocho (18) años de prisión como responsable del delito de homicidio cometido en contra de Rosenda Montañez viuda de Merchán, dejando en lo demás inmodificada la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

ACCION DE REVISION - Prueba nueva

Si las que se plantean como pruebas nuevas son declaraciones de supuestos testigos presenciales de los hechos, como sucede en el caso examinado, se le impone al demandante explicar quiénes son, sus relaciones pasadas y actuales con el condenado, con la víctima, con sus familias y allegados. si fueron mencionados dentro del proceso el por qué no declararon, o en el caso contrario el por qué nadie los citó ni hicieron contacto con el fiscal investigador, cómo surgen ahora, cuál fue el medio para contactarlos y saber del conocimiento que tenían sobre lo sucedido e igualmente los intereses en concreto que los motivan en el presente a prestar declaración. Ello para posibilitar el juicio sobre la procedencia de la acción que depende, como lo establece la ley, de la naturaleza novedosa del medio de prueba respectivo.

Si como es natural los nuevos testimonios (o cualquier otra prueba en general), se plantean como soporte demostrativo de una realidad distinta a aquella asumida por el juzgador, a la cual arribó sustentado en el conjunto probatorio obrante al momento del fallo, resulta claro que dicha contraposición de realidades debe ser enfrentada por el demandante, con miras a demostrar de qué manera los nuevos medios probatorios acreditan la inocencia o inimputabilidad del condenado.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., diciembre cinco (5) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

Aprobado acta No. 146 (25-11-97)Proceso No. 13776

Vistos:

Se pronuncia la Sala sobre la acción de revisión presentada por el apoderado de *José Antonio Asprilla Moreno*, quien fue condenado por el delito de homicidio agravado a la pena de 41 años de prisión, según sentencias de agosto 2 y octubre 16 de 1996, proferidas,

respectivamente, por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Quibdó y por la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo lugar.

ANTECEDENTES

Los hechos tuvieron ocurrencia el 9 de abril de 1995 en la discoteca el Son de Turbo. *Emilson Antonio Mosquera*, quien se encontraba en compañía de *Emencio Martínez Salazar y Edwin Córdoba Murillo*, tropezó accidentalmente con *José Antonio Asprilla Moreno*. Éste se disgustó, increpó al joven y no aceptó las disculpas que le presentó. Prefirió atacarlo con una navaja sin lograr producirle ninguna lesión.

Mosquera, ante el peligro, optó por salir del lugar. Aquí intervino *Emencio Martínez Salazar* con el propósito de apaciguar el ánimo de *Asprilla Moreno*. Le dijo que tomara las cosas con calma y lo que recibió como respuesta fueron las tres heridas de arma cortopunzante que lo condujeron a la muerte.

Tales fueron los hechos que encontraron demostrados los juzgadores en las sentencias, en las cuales no le otorgaron ninguna credibilidad a la versión del procesado, según la cual lo que hizo fue defenderse ante el ataque inesperado a que fue sometido por varias personas.

LA DEMANDA

El apoderado del condenado promovió la acción de revisión con fundamento en la causal 3ª del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, por el surgimiento de pruebas nuevas posteriores a los fallos que establecen la inocencia del condenado.

Comenzó por manifestar que en el curso de la investigación no fueron tomadas en consideración ciertas circunstancias que favorecían a su representado y que no fue practicada "la diligencia de ***examen de imputados y el testigo en el lugar de los hechos***", a pesar de haber sido decretada en la instrucción y en el juicio. Acto seguido relacionó algunos medios probatorios, dentro de ellos los testimonios de cargo respecto de los cuales adujo que fueron rendidos por parientes de la víctima y que ni la Fiscalía ni el fallador los valoró de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Igualmente hizo alusión al dictamen médico que se le practicó al condenado, según el cual presentaba algunas lesiones superficiales producidas con elemento contundente, a partir de las cuales deduce que una riña tuvo lugar y que *Asprilla Moreno* no tuvo otra opción que defenderse.

Insiste en que se dejaron de practicar pruebas en la instrucción, en que las personas que declararon contra el procesado eran familiares y por ello favorecieron al occiso, que la compañera de éste fue contradictoria en su testimonio y en el hecho de que existió una

riña en la cual su poderdante fue agredido y simplemente se defendió legítimamente.

En cuanto a las pruebas nuevas señala que se trata de los testimonios de *Marcial Córdoba Palacios y José Olmedo Murillo Valoyes*, quienes se encontraban en el lugar de los hechos, jamás fueron llamados a declarar dentro del proceso y pueden corroborar que *Asprilla Moreno* actuó en legítima defensa, al ser agredido injustamente por los familiares de *Emencio Martínez Salazar*. Le solicita a la Corte, en consecuencia, admitir la demanda de revisión y disponer la recepción de dichos medios de prueba. Salvo las copias de los fallos y el poder para actuar, no aportó el abogado ningún otro documento.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La lógica del impugnante es que dos personas que estuvieron en el lugar de los hechos y que no declararon dentro del proceso probarán, cuando se les reciba testimonio, que el condenado actuó en legítima defensa. Tales son en realidad los términos de la demanda. Sin un solo argumento adicional. Y como es apenas obvio no está llamada a prosperar.

Si lo que se ataca con la acción de revisión es la inmutabilidad misma de la cosa juzgada, los requisitos de admisibilidad de la demanda son especialmente rigurosos. No basta sólo con la invocación de la causal, sino que es necesario demostrarle a la Corte que se estructuró, suministrando para el efecto los fundamentos de hecho y de derecho necesarios.

Frente a la circunstancia particular invocada en la demanda, vale decir el surgimiento de pruebas nuevas, es insuficiente afirmar que existen. Debe precisarse de cuáles se trata, aportarlas, indicar la razón por la cual no se adujeron dentro del proceso e igualmente suministrar los argumentos que sin marginar la lógica misma sobre la cual fue construida la sentencia, hagan evidente que se condenó a un inocente o como imputable a alguien que no le era y que por lo tanto se está ante un yerro judicial. Esto naturalmente sin perjuicio de que admitida y tramitada la demanda, la Corte disponga o no la revisión del proceso.

Si las que se plantean como pruebas nuevas son declaraciones de supuestos testigos presenciales de los hechos, como sucede en el caso examinado, se le impone al demandante explicar quiénes son, sus relaciones pasadas y actuales con el condenado, con la víctima, con sus familias y allegados, si fueron mencionados dentro del proceso el por qué no declararon, o en el caso contrario el por

qué nadie los citó ni hicieron contacto con el fiscal investigador, cómo surgen ahora, cuál fue el medio para contactarlos y saber del conocimiento que tenían sobre lo sucedido e igualmente los intereses en concreto que los motivan en el presente a prestar declaración. Ello para posibilitar el juicio sobre la procedencia de la acción que depende, como lo establece la ley, de la naturaleza novedosa del medio de prueba respectivo.

Si como es natural los nuevos testimonios (o cualquier otra prueba en general), se plantean como soporte demostrativo de una realidad distinta a aquella asumida por el juzgador, a la cual arribó sustentado en el conjunto probatorio obrante al momento del fallo, resulta claro que dicha contraposición de realidades debe ser enfrentada por el demandante, con miras a demostrar de qué manera los nuevos medios probatorios acreditan la inocencia o inimputabilidad del condenado.

Nada de lo precedente hizo el impugnante. Le bastó decir que *Marcial Córdoba Palacios y José Olmedo Murillo Valoyes* (no señaló ni siquiera quiénes son) presenciaron los hechos y corroboran que *José Antonio* Asprilla Moreno actuó en legítima defensa. Admitir una demanda en tales condiciones significaría transmutar la acción de revisión, de mecanismo extraordinario y riguroso dirigido a socavar la intangibilidad de la sentencia –que goza de las presunciones de certeza y de justicia—, a un absurdo instrumento para reabrir a pruebas un proceso en el cual se operó el fenómeno de la cosa juzgada.

Como lo que en suma hace el recurrente es solicitarle a la Corte la práctica de unos testimonios, sin más, la demanda es improcedente y por lo tanto se inadmitirá.

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

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de revisión presentada por el apoderado del condenado José Antonio Asprilla Moreno.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

NOTIFICACION - Sentencia / TERMINO / EJECUTORIA

La notificación de la sentencia debe hacerse mediante edicto ante la imposibilidad de notificar personalmente a los sujetos procesales distintos al procesado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público, quienes por mandato del artículo 188 del C.P.P. deben notificarse de esta manera y que además, lo pertinente a la forma como se surte esta notificación debe regirse de acuerdo a lo normado en el C.P.C., dado que el C.P.P. lo previó pero no lo reguló. Por lo tanto, es evidente que para efectos de interponer el recurso de casación, los 15 días a que alude el artículo 223 del C.P.P. comienzan a correr al día siguiente de desfijado el edicto, momento en el que se entiende surtida dicha notificación.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., nueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Aprobado Acta No. 146 (Nov. 25/97). Proceso No. 13561

Visros

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por los defensores de *Nicolás* y *José Manuel González Cardona*, contra la sentencia proferida el 28 de octubre de 1996, por medio de la cual el Tribunal Nacional confirmó integralmente la dictada por un Juez Regional de Cali, en la que se condenó a dichos procesados y a Gustavo Hernán Hurtado, a las penas principales de 6 años de prisión y multa de $ 256.374; a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad: disponiendo igualmente el decomiso a favor del Estado de la avioneta Cessna, Turbo Centurión II, de matrícula HK3099P y de la suma de U.S. 340.890,oo, como infractores del artículo 44 de la Ley 30 de 1986.

Hechos

Ocurrieron el 6 de marzo de 1988, en la jurisdicción de Puerto Leguizamo (Putumayo), en inmediaciones del puesto de Infantería

de Marina, sitio en el que se produjo un aterrizaje forzoso de la avioneta marca Cessna de matrícula HK-3099P alterada, pues en una las alas tenía adherida con cinta la No. HK-3088R, sin plan de vuelo, piloteada por Gustavo Hernán Hurtado Alvarez y *Nicolás González Cardona* copiloto, quienes transportaban la suma de U.S. 340.890,oo y documentos varios, de los que se colegía una actividad relacionada con la elaboración de psicotrópicos.

Capturados los ocupantes de la avioneta, huyeron del lugar auxiliados por el Cabo Segundo de Infantería de Marina, Rodrigo de Jesús Cardona López, llevándose consigo un maletín asegurado con candado.

Posteriormente se vinculó a la investigación a *José Manuel González Cardona*, dueño de la aeronave.

CONSIDERACIONES

1ª. En relación con la demanda presentada a nombre del procesado Nicolás González Cardona, cuyo recurso se interpuso dentro del término legal, necesario es advertir desde ya su rechazo in limine, pues no reúne los requisitos formales exigidos por el artículo 225 del C.P.P. para su admisión, como que con un evidente desconocimiento de la técnica casacional, en forma por demás desordenada y confusa inicia el libelo con una singular mezcla entre una síntesis de los hechos y sus aislados y personales comentarios sobre los mismos, enfatizando sin método argumentativo alguno la inocencia de su defendido respecto del delito que le fuese imputado en la sentencia recurrida y a su turno, atribuyéndoselo a Hernán Hurtado Alvarez, aduciendo inusitadamente y sin relación alguna con estas ideas, la existencia de una nulidad originada en la resolución acusatoria, "porque ni siquiera se hace referencia a qué artículo fue el que violaron los presuntos infractores y además si el proceso se adelanta por el punible de ley 30 de 1986..", procediendo acto seguido a identificar los sujetos procesales.

2°. A continuación y con absoluta carencia de precisión y claridad se limita a invocar la causal primera de casación, "porque la sentencia impignada (sic) se interpretó erróneamente, al encontrar que existe error en la apreciación de la prueba", que afirma, se concreta en el desconocimiento del principio de presunción de inocencia, agregando seguidamente en forma inconexa, que "El motivo surge que no solo la existencia del precepto como primero y el motivo como segundo sobre la selección en este la norma que el juzgador ponga para analizar el caso, el que tiene existencia jurídica y es la adecuada....a (sic) sido seleccionada correctamente...pero yerra en su significación", de lo que haciendo un esfuerzo de

comprensión, podría deducirse que acude al concepto de violación directa por interpretación errónea, lo cual, de ser así, no entraña más que un desconocimiento del concepto teórico de los motivos de violación a la ley sustancial, dado que si el reproche se sustenta en los yerros del fallador en la valoración probatoria, necesariamente debe acudirse a la violación indirecta de la ley, en cualquiera de sus sentidos, esto es, si de hecho o de derecho, bien por distorsión, omisión o suposición; o por vicios de legalidad en la producción o aducción de la prueba, aspecto que tampoco precisa el censor al proponer el reproche.

3º. Cree entonces el defensor de *Nicolás González*, demostrar la censura, que nunca concretó, limitándose a afirmar que "el acerbo (sic) probatorio nos habla de que efectivamente mi cliente no tuvo ninguna participación directa en los hechos y que el hecho de haberse encontrado en compañía de otra persona como es el capitán *Hurtado Alvarez*, no quiere decir que este haya tenido que ver en algún ilícito ya que su trabajo era cumplir con lo que se le encomendó (sic) de ser copiloto mas no el encargado de la aeronave", pasando de inmediato a aseverar, en el capítulo que denomina "conclusiones", que no se analizaron las versiones de los procesados, los cuales, según su criterio, no demuestran la existencia de un acuerdo de voluntades.

4º. Pero mayor aún es el desatino del demandante cuando en el capítulo que llama "petición especial", sin aducir causal de casación alguna solicita la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria, "ya que la situación jurídica al resolverse no se han encontrado elementos suficientes de juicio para proferir medida de aseguramiento" y con posterioridad no se practicaron nuevas pruebas, solicitando finalmente, "casar en su integridad la demanda presentada", con lo que se pone en evidencia el absoluto desconocimiento del recurrente respecto de este extraordinario recurso, del que pacífica y repetidamente viene sosteniendo la jurisprudencia de la Sala no puede entenderse como mecanismo apto el ejercicio libre y caprichoso del enfrentamiento de criterios valorativos propios de las instancias, porque su característica de rogativo impone la sujeción a determinados y rigorosos requisitos técnicos.

5º. Ahora, respecto del recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *José Manuel González*, encuentra la Sala que lo fue extemporáneamente, pues no se hizo "dentro de los quince días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia", como lo establece el artículo 223 del C.P.P.

6º. En efecto, es verdad inconcusa que la notificación de la sentencia debe hacerse mediante edicto ante la imposibilidad de

notificar personalmente a los sujetos procesales distintos al procesado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público, quienes por mandato del artículo 188 del C.P.P. deben notificarse de esta manera y que además, lo pertinente a la forma como se surte esta notificación debe regirse de acuerdo a lo normado en el C.P.C., dado que el C.P.P. lo previó pero no lo reguló. Por lo tanto, es evidente que para efectos de interponer el recurso de casación, los 15 días a que alude el artículo 223 del C.P.P. comienzan a correr al día siguiente de desfijado el edicto, momento en el que se entiende surtida dicha notificación.

7º. Siendo ello así, se tiene que en el presente asunto la sentencia de segunda instancia se notificó por edicto que fue fijado en la Secretaría del Tribunal Nacional el 29 de noviembre de 1996 y desfijado el 3 de diciembre del mismo año, luego los 15 días para interponer el recurso de casación comenzaron a correr el 4 de diciembre y se vencieron el 24 de dicho mes y el recurso se interpuso el día 27 a las 5:10p.m., según el sello de recibido que allí se estampó.

8º. No obstante lo anterior, debe precisarse, que si bien atendidas las constancias secretariales inmediatas a la de desfijación del edicto, dicho término se habría cumplido hasta el 30 de diciembre de 1996 porque para el Secretario del Tribunal Nacional los 15 días para interponer el recurso de casación comenzaron a correr desde el día 9, ello obedece a una errada aplicación de los artículos 197 y 223 del C.P.P., ya que resulta innecesaria y además equivocada la referida a la contabilización de 3 días de ejecutoria del fallo.

9º. Por eso, y aunque los errores del Secretario no justifican la extemporaneidad en la interposición del recurso de casación a nombre del procesado *José Manuel González*, encuentra la Sala pertinente precisar lo siguiente:

Como se ha reiterado en varias oportunidades, los términos previstos para ejercer el derecho a impugnar son legales y por tanto el Juez como los sujetos procesales deben hacer sus propios cómputos, ya que las constancias secretariales apenas sirven de mecanismo informativo, sin que ello signifique, desde luego, que el Secretario de una Corporación no deba saber hacerlos, pues en todo caso el punto de referencia sobre la ejecutoria de las providencias, es el último acto de notificación.

b) De conformidad con lo establecido en el artículo 197 del C.P. P. "Las providencias quedan ejecutoriadas tres días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos y no deban ser consultadas", lo que significa que, salvo las sentencias de segunda instancia, las demás deben impugnarse dentro de los 3 días siguientes a la

última notificación, siendo apenas obvio que una vez ejecutoriadas no pueden recurrirse. De ahí que, una sentencia de segundo grado, cobra ejecutoria 15 días después de la última notificación, si no se interpuso el recurso extraordinario de casación, evento en el cual se interrumpiría, y solo quedaría ejecutoriada con la firma de la providencia que resuelve dicho recurso, "salvo que se sustituya la sentencia objeto del mismo" (art. 197 ibídem).

Debe entonces concluirse así, que la constancia sobre la ejecutoria del fallo, previa a aquella en que se empiezan a contabilizar los 15 días para recurrir extraordinariamente, como lo viene haciendo la Secretaría del Tribunal Nacional, no es nada menos que un absurdo, ya que sería el único caso en que paradójicamente, la oportunidad para impugnar la sentencia empezaría a contarse con posterioridad a su ejecutoria, ampliándose indebidamente los términos legales para interponer este recurso extraordinario, pues en últimas no se cuentan 15, sino 18 días después de la última notificación.

Por tanto, se decretará la nulidad del auto del 17 de enero de 1997, por medio del cual el tribunal Nacional concedió recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *José Manuel González Cardona*, y en consecuencia se denegará la impugnación por extemporánea.

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

RESUELVE:

1°. **Rechazar in límine** la demanda de casación presentada a nombre del procesado *Nicolás González Cardona*, y en consecuencia **declarar desierto el recurso extraordinario de casación** interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida el 25 de octubre de 1995.

2°. Declarar la nulidad de lo actuado en relación con el procesado *José Manuel González Cardona*, a partir del auto del 17 de enero del año en curso, por medio del cual el Tribunal Nacional admitió el recurso extraordinario de casación interpuesto por su defensor, y en consecuencia, denegarlo por extemporáneo.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

VIGENCIA DE LA LEY / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / AUDIENCIA ESPECIAL / HOMICIDIO - Ley 40 de 1993

1. La ley que fija la jurisdicción, la competencia y el trámite se aplica a los procesos que se adelanten durante su vigencia, sin importar si los hechos ocurrieron antes, salvo en lo concerniente a la ley procesal de efectos sustanciales ó a que la nueva preceptiva, por razones de conveniencia, establezca puntuales excepciones, como ha ocurrido a lo largo de la historia judicial del país.

2. Las instituciones de la audiencia especial y la sentencia anticipada son prerrogativas que la ley concede al procesado que colabora con la administración de justicia evitándole un desgaste innecesario, pero para acogerse a ellas y tener derecho a la correspondiente rebaja es necesario cumplir con los requisitos formales y, particularmente, temporales que la ley prevé, pues en caso contrario perderían su razón de ser.

3. De este fragmento de la sentencia de exequibilidad nitidamente se deduce que el legislador consagró una regulación punitiva agravada para los delitos que estima mayormente lesivos de los bienes jurídicos protegidos por el estado de derecho, cuales son, el homicidio y el secuestro, sea que se cometan independiente o conjuntamente, de ahí que hable de conexidad axiológica, esto es, de los valores comprometidos en conductas de esa índole, lo que es totalmente distinto de exigir que exista una conexidad comportamental entre los dos, como única hipótesis para aplicar las sanciones que la ley 40 de 1993 establece.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., nueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda.*

Aprobado Acta Nº 149. Proceso No. 9691

VISTOS

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto

por el procesado Ernesto Garzón contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el 14 de abril de 1994, en la que confirmando la del Juzgado 40 Penal del Circuito de la misma ciudad, lo condenó a la pena principal de 33 años y 9 meses de prisión, como autor del delito de homicidio en la persona de José Nelson Soto Peña y del de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS

En las primeras horas del 21 de julio de 1993, Jovino Olarte Parra, Jesús Alberto Tinoco Acero y Ernesto Garzón se dirigieron al centro de la ciudad capital en busca de una persona que supuestamente le había hurtado al primero de los nombrados una suma cercana al millón y medio de pesos. Al efecto tomaron un taxi y en el área de la carrera décima, entre calles 19 y 20, al identificar a José Nelson Soto Peña como la persona que buscaban, Garzón y Tinoco descendieron del vehículo y dispararon sus armas contra él, habiendo recibido doce impactos de bala que le ocasionaron la muerte.

Al iniciarse el tiroteo concurrieron al lugar de los hechos miembros de la Policía Nacional, con quienes los agresores también cruzaron disparos, habiendo resultado muerto Jovino Olarte y capturados Tinoco Acero y Ernesto Garzón.

ACTUACIÓN PROCESAL

Cumplidas las diligencias preliminares de rigor, la Fiscalía Doce de la Dirección Seccional de Santafé de Bogotá, mediante resolución del 21 de julio de 1993, dispuso la apertura de la instrucción. En esa fecha se recaudaron unos testimonios y se escuchó en indagatoria al capturado Ernesto Garzón.

En ese estado, las diligencias pasaron a conocimiento de la Fiscalía 114 de la Unidad Tercera de Vida, despacho que oyó en injurada al otro aprehendido, Jesús Alberto Tinoco Acero.

La situación jurídica les fue resuelta el 26 de julio del citado año, en el sentido de disponer la detención preventiva de Ernesto Garzón y de Jesús Alberto Tinoco Acero, por el delito de homicidio, agravado de conformidad con lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 324 del C.P, modificado por la ley 40 de 1993, y por el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

El 12 de octubre de 1993 se cerró la investigación y el término para alegar se surtió entre el 22 de octubre y el 5 de noviembre.

Concluido el anterior plazo, el procesado Ernesto Garzon envió a la Fiscalía un memorial para pedir la terminación anticipada del proceso, del siguiente tenor:

"El suscrito de la referencia, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, actualmente detenido en la cárcel Modelo de Bogotá y en uso de las facultades legales conferidas por los artículos 23 de la Constitución Nacional y 137 del Código de Procedimiento Penal, que estoy dispuesto a acogerme a la *terminación anticipada del proceso* de que trata el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

"Por lo anterior, respetuosamente me permito solicitarle disponer lo concerniente a fin de celebrar la Audiencia Especial de que trata la norma precitada".

Con fecha del 16 de noviembre de 1993, la Fiscalía 114 de la Unidad Tercera de Vida calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación contra Jesús Alberto Tinoco Acero y Ernesto Garzón, como autores del delito de Homicidio, en los términos consagrados por la ley 40 de 1993, y del de porte ilegal de armas descrito en el artículo 1º del decreto 3664 de 1986.

En la misma resolución, la Fiscalía instructora pospuso la decisión relacionada con la solicitud de terminación anticipada del proceso para después de la ejecutoria de la resolución acusatoria, por cuanto, al tenor de lo dispuesto por los artículos 37 y 37A del estatuto procesal, modificado el primero y agregado el segundo por la Ley 81 de 1993, ese trámite es viable o antes del cierre de investigación o después de proferida la resolución acusatoria.

Una vez que el proceso fue repartido al Juzgado Cuarenta Penal del Circuito y que el propio fiscal 114 solicitó un pronunciamiento acerca de la petición hecha por el procesado sobre la audiencia especial para terminación anticipada del proceso, ese despacho estimó que tal solicitud no podía ser atendida a la luz de la nueva normatividad, puesto que cuando se formuló, ya la investigación había sido cerrada. A ello agregó que existía la posibilidad de proferir la sentencia anticipada, pero aduciendo que ante la ausencia de una petición del procesado en tal sentido, al tenor del artículo 3º de la Ley 81 de 1993, no podía emitir decisión alguna.

Ante la anterior determinación, el procesado envió al Juez de conocimiento otro memorial manifestándole que estaba dispuesto a acogerse a la sentencia anticipada de que trata el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, por lo que solicitaba se dispusiera lo concerniente a la suscripción del acta a la que se refiere el precepto citado.

En vista de la petición anterior, el Juzgado 40 Penal del Circuito fijó fecha y hora para que la fiscalía acusadora y el procesado suscribieran un acta que consignara la aceptación que éste hacía

de su responsabilidad por todos los cargos formulados en la resolución acusatoria.

El 3 de febrero de 1994, el Juez, el procesado, el defensor y el fiscal 114, firmaron un acta que, en su parte pertinente, dice:

"En consideración de lo anterior, se deja constancia que la titular del despacho le hace las advertencias a Ernesto Garzón en el sentido que éste es un acto completamente voluntario de su parte, que sólo se hará si se encuentra consciente de esta decisión que implica la aceptación de la responsabilidad penal respecto de todos los cargos formulados en la Resolución de Acusación de fecha Noviembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y tres (1.993). Hecho lo anterior, el procesado *manifiesta*: Si, yo acepto los cargos..."

Siguiendo el trámite de rigor, el 17 de febrero de 1994 se profirió la sentencia anticipada, declarando a Ernesto Garzón responsable del delito de Homicidio agravado de conformidad con la circunstancia prevista en el ordinal 7° del art. 324 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 40 de 1993. Además se le responsabilizó de la Infracción al artículo 1° del Decreto 3664 de 1986.

En los términos expuestos, el Juez de primera instancia dosificó la pena partiendo del mínimo de 40 años de prisión, aumentados en seis meses por el concurso delictual. De ese total, el fallador dedujo la sexta parte (81 meses), concedida como rebaja por el inciso final del artículo 3° de la ley 81 de 1993, para dejarla en definitiva en treinta y tres (33) años y nueve (9) meses de prisión. Como pena accesoria le impuso la interdicción de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso de la principal. También lo condenó a pagar el equivalente a 800 gramos oro como perjuicios materiales, y 100 gramos, como perjuicios morales.

El procesado y su defensor apelaron la sentencia de primer grado para que el ad quem aplicara una excepción de inconstitucionalidad, con base en los artículos 4° y 158 de la Carta Política con relación a las disposiciones de la ley 40 de 1993, y para que en su lugar se tasara la pena dentro de los parámetros establecidos por los artículos 323 y 324 del Código Penal.

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá estimó improcedente aplicar la excepción de inconstitucionalidad con respecto a preceptos cuya exequibilidad ya había sido definida por la Corte Constitucional y, en consecuencia, denegó las pretensiones de los impugnantes. No obstante, oficiosamente y en cumplimiento del principio de legalidad, redujo a 10 años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que se había impuesto al sentenciado por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

La Demanda

Primer Cargo.

Con fundamento en la causal primera de casación, el recurrente acusa la sentencia de ser violatoria de manera directa "de las normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 30 de la Ley 40 de 1993, en el artículo 324 del C. Penal - vale decir del decreto ley 100 de 1980 —y en los incisos 5º y 6º del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal". Para el efecto, divide el capítulo en 3 partes, así:

"A. Violación directa, por aplicación indebida, del artículo 30 de la ley 40 de 1993"

En lo atinente a este aspecto dice que el notorio incremento de la pena establecida para el homicidio agravado en el artículo 30 de la ley 40 de 1993, fue previsto para aquellos homicidios cometidos en conexidad con el delito de secuestro, no sólo porque la norma está incluida formalmente en la ley antisecuestro, sino, además, porque una interpretación contraria hubiera resultado en una declaratoria de inexequibilidad, por violación al artículo 158 de la Constitución, en cuanto dispone que "... todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella...".

Agrega que ese entendimiento se desprende de la interpretación que hizo la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la preceptiva citada, en el aparte que reza:

"... Debe la Corte comenzar por dejar claramente establecido que entre los tipos penales a que se refieren las normas demandadas, cuyo aumento de penas le corresponde examinar en este estrado, hay la debida unidad de materia. Ella es evidente en su conexidad axiológica, dada por la identidad de bienes jurídicos que el legislador busca proteger al incriminar el homicidio y el secuestro, la cual en este caso se refleja en el incremento del quantum de los límites mínimo y máximo de las penas en ambos casos de 25 a 40 años de prisión y en su agravación por razón de análogas circunstancias, en cuya virtud se enlazan recíprocamente. --- ..., es sabido que por lo general, con el objeto de obtener la utilidad, provecho o finalidad perseguidos, los autores o copartícipes en el delito de secuestro presionan la entrega o verificación de lo exigido, con la amenaza de muerte o de lesión de la víctima. Del mismo modo, lamentablemente, las más de las veces a ella sobrevienen la muerte o las lesiones personales por causa o con ocasión del secuestro..." (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 565/93. 7 de diciembre de 1993) ".

El censor toma el fragmento anterior para pregonar que el aumento de pena para el homicidio agravado no opera en los casos en que no existe relación de conexidad de esa conducta con el delito de secuestro. A su modo de ver las cosas, esa diferencia de tratamiento es lógica, por cuanto los vinculados con tal punible revisten una mayor gravedad, lógica que, en su sentir, se pierde al sancionar con la pena del artículo 30 de la ley 40 de 1993 un homicidio que carece de ese vínculo de conexidad.

"B. Violación directa, por exclusión evidente, del artículo 324 del C. Penal, o sea del Decreto - Ley 100 de 1980".

En desarrollo de su tesis el demandante prosigue afirmando que el texto original del artículo 324 del C. P, continúa vigente para aquellos homicidios que se cometan en forma totalmente independiente del secuestro, como lo fue el caso defendido.

"C. Violación directa por aplicación indebida de la norma procesal de efectos sustanciales contenida en el inciso 6º del artículo 37 del C. de P. Penal".

El argumento lo fundamenta en el hecho de que el 4 de noviembre de 1993, el procesado se acogió al texto original del citado artículo 37, para solicitar la terminación anticipada del proceso y que tal disposición, por ser de carácter sustancial, era aplicable, además porque era la vigente para la época de los hechos. Por ello "el proceso que nos ocupa no podía ser sometido a lo previsto en el artículo 4º de dicha ley, a menos que se tomara en sus efectos sustanciales permisivos o favorables", lo que no hicieron los juzgadores, al conceder al procesado Garzón la rebaja de la sexta parte de la pena y no de la tercera que consagra el inciso 5º del artículo 37, que le era más favorable.

"D. Violación directa, por exclusión evidente, de la norma procesal de efectos sustanciales consagrada en el inciso 5º del actual artículo 37 del C. de P.P.".

En la misma línea de pensamiento, el actor prosigue su discurso aseverando que ha debido aplicarse el inciso 5º del actual art. 37, para rebajar al procesado la tercera parte de la pena, por favorabilidad, una vez que aceptó los cargos que se le hicieron, puesto que él solicitó la terminación anticipada del proceso de acuerdo a la anterior regulación del artículo 37, según la cual tal petición podía hacerse hasta antes de que se fijara fecha para la celebración de la audiencia pública.

Segundo Cargo.

En segundo lugar y de manera subsidiaria, el actor postula la existencia de la causal tercera de casación, por cuanto la sentencia

impugnada se profirió "como culminación de un proceso viciado de nulidades de carácter constitucional y legal, por violación del debido proceso y el derecho a la defensa, consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política".

Al efecto aduce que no se ha debido denegar la solicitud de audiencia anticipada que presentó el procesado, acudiendo a la legislación vigente en la época de los hechos, ya que la nueva ley sólo era aplicable en los aspectos favorables. En su opinión, la irregularidad consistió en descartar la aplicación de los artículos 37 primitivo y el 37A de la Ley 81/93, normas que garantizaban efectivamente el derecho de defensa, por cuanto otorgaban al procesado la oportunidad de aceptar en todo o en parte su responsabilidad, las circunstancias del delito y la condena condicional.

Además, el Juzgado de primera instancia vulneró la voluntad del procesado, forzándolo a presentar una petición diferente a la inicial, para que se acogiera a la sentencia anticipada, de tal manera que terminó por aceptar incondicionalmente todos los cargos que se le habían formulado en la resolución acusatoria. Ello violentó no sólo la voluntad del procesado sino, también, el debido proceso y el derecho de defensa.

Después de relacionar las normas sustanciales y procesales infringidas, el censor finaliza pidiéndole a la Corte que en forma principal revoque el fallo de segunda instancia, para que en el de reemplazo tase la pena justicieramente dentro de los límites del texto original del artículo 323 del Código Penal, con una disminución de la tercera parte, por aplicación del inciso 5º. del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

Subsidiariamente aspira a que se declare la nulidad del proceso a partir del cierre de la investigación, inclusive.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

El representante del Ministerio Público abordó primeramente el estudio de la causal tercera de casación, censura que considera no debe ser acogida, pues el recurrente no especificó la clase de nulidad invocada, no precisó los fundamentos de su existencia y no puntualizó las circunstancias que configuran la violación al derecho de defensa y al debido proceso.

No obstante, el Delegado estima que se le dió el trámite legal correspondiente a las dos manifestaciones que hizo el implicado para expresar que se acogía a la terminación anticipada del proceso y que estuvo bien denegada la solicitud que presentó el 4 de noviembre de 1993, habida cuenta de su inoportunidad, dado que el 12 de

octubre se había cerrado la investigación y aún no se había proferido resolución de acusación.

A la manifestación de acogimiento a la sentencia anticipada, se le dió el trámite previsto en el artículo tercero de la ley 81 de 1993, disponiendo que la fiscalía y el procesado suscribieran el acta de aceptación de responsabilidad, que fue tenida en cuenta al proferir la sentencia, para rebajar la pena a imponer en una sexta parte.

Las dos tramitaciones cumplieron, en concepto del Delegado, con el debido proceso y en ellas no hubo transgresión al derecho de defensa porque el procesado estuvo asistido por su defensor.

Como el actor cuestiona la inaplicación del artículo 37 del estatuto procesal, en su texto original, el agente del Ministerio Público considera errónco aseverar que la fecha de ocurrencia del delito permite la aplicación ultraactiva de la ley procesal, a excepción de la favorabilidad.

A continuación, analiza el cargo presentado por el demandante al amparo de la causal primera de casación, que predica la presunta violación directa del artículo 30 de la Ley 40 de 1993, por indebida aplicación.

En primer lugar, el conceptuante cita el artículo 27 del Código Civil que impone la observación literal de los textos legales siempre que sean claros, de manera que teniendo tal calidad el capítulo VI de la Ley 40/93, relativo al aumento de penas, se debe acatar su tenor literal.

Enseguida expresa: "Si observamos la técnica de elaboración y redacción del tipo penal nos indica que no se hizo tipicidad especial sino que se rehizo la fórmula típica del Código Penal - con aumento de punibilidad —al decir "*el artículo 323 del Decreto-ley 100 de 1980, Código Penal, quedará así* ..." "El artículo 324 del Decreto Ley 100 de 1980, Código Penal, quedará así..". De ello resulta incontrovertible que no hay un tipo penal distinto sino el mismo e idéntico del Código Penal, como se infiere de decir en forma determinada, citando el artículo por su número, que él quedará en su nuevo texto modificado".

Tal como entiende la normatividad, el Procurador conceptúa que el legislador no consignó ninguna expresión que permita válidamente sostener que la descripción legal sólo rige para los delitos conexos con el de secuestro. Tampoco advierte la intención de crear nuevos tipos penales, ni de convertir el homicidio en agravante del secuestro, dejando vigente la regulación del decreto ley 100 de 1980. Con la técnica legislativa empleada se derogaron los textos anteriores.

de los artículos 323 y 324 del Código Penal, por lo que los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993 fueron debidamente aplicados por el fallador.

En lo que se refiere al reproche por violación directa de los incisos 5° y 6° del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, reitera el criterio expresado en el cargo alegado por nulidad, vale decir, que la ley procesal se aplicó correctamente, de acuerdo a la etapa en que se encontraba el proceso, toda vez que el implicado manifestó que se acogía a la sentencia anticipada.

De igual forma rechaza la afirmación de que el funcionario judicial forzó la voluntad del procesado.

Por último expone que el principio de favorabilidad que el libelista invoca, no tiene operancia en este caso, porque las eventualidades contempladas en los incisos 5°.y 6° del artículo 3° de la ley 81 de 1993 son independientes en su naturaleza, descripción y efecto y cada una exige determinados e inmodificables requisitos para la rebaja de pena.

Como corolario, solicita a la Sala no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA CAUSAL TERCERA

No obstante que el actor postula un cargo de nulidad con carácter subsidiario, la Sala entrará a considerarlo en primer lugar pues, como lo pregona la tradición jurisprudencial, si una censura de esa naturaleza prospera, resultaría inocuo el estudio de fondo de otros reproches que quedarían sin sustento procesal al subsanarse el vicio denunciado.

En este orden de ideas, el planteamiento referente a la causal tercera de casación es defectuoso, desde el punto de vista técnico, en la medida que postula nulidades constitucionales y legales, sin percatarse que si ellas han sido objeto de desarrollo legal, el enfoque de la demanda debe circunscribirse a ese aspecto contemplado procesalmente, como quiera que uno de los objetivos de la ley procesal es desarrollar las garantías consagrados en la C. P.

El recurrente alega que el debido proceso y el derecho a la defensa fueron conculcados porque no se dió aplicación al texto original del artículo 37 del estatuto procesal, ni al nuevo artículo 37A, que garantizan el derecho de defensa en razón a que permiten al procesado aceptar en todo o en parte su responsabilidad, las circunstancias de comisión del delito y la condena condicional. En su lugar, agrega, el juez de conocimiento violentó la voluntad del procesado para que se acogiera a la sentencia anticipada.

Al respecto la Sala se permite observar que no encuentra que se haya vulnerado la garantía del debido proceso ó el derecho de defensa, sino que, por el contrario, el sentenciador se ciñó estrictamente a las normas vigentes, reguladoras de la institución de la terminación anticipada del proceso, en sus dos formas: aquella que surge de la celebración de una audiencia especial y la que depende de la simple y llana aceptación de los cargos.

En efecto, el sentenciado presentó la solicitud para la celebración de una audiencia especial, en los términos del artículo 37 del Decreto 2700 de 1991, el 4 de noviembre de 1993, fecha en la cual ya había entrado en vigencia la ley 81 del mismo año, sin que fuera procedente la aplicación del procedimiento vigente cuando se cometieron los hechos, pues, como norma general, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicarán desde que entren a regir, esto es, tienen efecto general inmediato (art. 40 de la ley 153/ 87 y art. 10 del C. P.P.).

En otros términos, la ley que fija la jurisdicción, la competencia y el trámite se aplica a los procesos que se adelanten durante su vigencia, sin importar si los hechos ocurrieron antes, salvo en lo concerniente a la ley procesal de efectos sustanciales ó a que la nueva preceptiva, por razones de conveniencia, establezca puntuales excepciones, como ha ocurrido a lo largo de la historia judicial del país.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, cuando se presentó la petición de audiencia especial ya estaba vigente la nueva normatividad y como de acuerdo al artículo 4° de la citada ley 81, a diferencia del texto derogado, el plazo para solicitar el trámite de audiencia especial, ya había precluido, es obvio que él no era procedente, de manera tal que la única vía que le quedaba al acusado, si quería abreviar el procedimiento y conseguir una atenuante punitiva, era la del inciso 6º del actual artículo 37, que corresponde al 3º de la mentada ley 81, que requiere la aceptación de responsabilidad con posterioridad al proferimiento de la resolución de acusación, circunstancia que le fue puesta de presente por el juez del conocimiento, sin que de allí pueda inferirse que se violentó su voluntad, pues libremente quiso acogerse a tal trámite y aceptó, asistido por su defensor, y previas las advertencias de ley, su responsabilidad respecto de todos los cargos formulados en la resolución de acusación.

En esa condiciones , los funcionarios judiciales se concretaron a darle aplicación a la nueva normatividad, por lo que su estricta observancia, mal puede servir de base para predicar la violación del debido proceso o del derecho de defensa.

Ahora bien, conviene tener presente que las instituciones de la audiencia especial y la sentencia anticipada son prerrogativas que la ley concede al procesado que colabora con la administración de justicia evitándole un desgaste innecesario, pero para acogerse a ellas y tener derecho a la correspondiente rebaja es necesario cumplir con los requisitos formales y, particularmente, temporales que la ley prevé, pues en caso contrario perderían su razón de ser.

En estas condiciones, no prospera el cargo de nulidad propuesto.

CAUSAL PRIMERA

En cuanto al cargo enunciado en primer lugar en la demanda de casación, se observa una impropia y, por tanto, antitécnica acumulación de censuras, violatoria del principio de autonomía, pues el actor postula dos reproches: el primero, por indebida aplicación del artículo 30 de la ley 40 de 1993 y falta de aplicación del 323 del Decreto 100 de 1983, que fundamenta en la inconstitucionalidad del primeramente citado; y el segundo, por indebida aplicación del artículo 37 del estatuto procesal, en su inciso sexto, y falta de aplicación del inciso quinto, ibidem.

Resulta incontrovertible que esta Sala no está habilitada para analizar las hipótesis que darían lugar a inaplicar, por excepción de inconstitucionalidad, el artículo 30 de la ley 40 de 1993, que modificó el 324 del Código Penal, en razón a que la autoridad a quien la Carta otorgó esa atribución ya emitió el respectivo pronunciamiento declarando su exequibilidad, en decisión que es de obligatorio cumplimiento para los particulares y para todas las autoridades, según lo ordena el artículo 243 de la C. P y el 48 de la ley 270 de 1996.

El casacionista pretende que la Corte Suprema de Justicia aplique la excepción de inconstitucionalidad a las normas citadas, enfrentándolas con el artículo 158 de la Carta porque, en su opinión, ellas únicamente regulan el delito de homicidio cometido en conexidad con el secuestro, dado que la ley 40 de 1993 se expidió para reglamentar aspectos relacionados exclusivamente con este último reato, lo que implica que el tema del homicidio ajeno al secuestro no haya sido materia de esa regulación.

La unidad temática de un proyecto de ley, que es el punto al cual se refiere el artículo 158 de la Ley Fundamental, también fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional, cuando conoció de la demanda de inexequibilidad de varias de las disposiciones de la Ley 40 de 1993. Es así como en la sentencia 565 del 7 de diciembre de 1993 hay un aparte dedicado a una "Aclaración Preliminar" que textualmente dice:

"Debe la Corte comenzar por dejar claramente establecido que entre los tipos penales a que se refieren las normas demandadas, cuyo aumento de penas le corresponde examinar en este estrado, **hay la debida unidad de materia. Ella es evidente en su conexidad axiológica**, dada por la identidad de bienes jurídicos que el legislador busca proteger al incriminar el homicidio y el secuestro, la cual en este caso se refleja en el incremento del quantum de los límites mínimo y máximo de las penas en ambos casos de 25 a 40 años de prisión y en su agravación por razón de análogas circunstancias, en cuya virtud se enlazan recíprocamente.

"En cuanto a lo primero, y según se analizará en detalle más adelante, **los delitos de secuestro y homicidio, por igual,** lesionan de manera grave los bienes supremos de la vida, la libertad, la dignidad, la familia y la paz, entre otros derechos fundamentales que consagra la Constitución" (Resalta la Sala).

De este fragmento de la sentencia de exequibilidad nitidamente se deduce que el legislador consagró una regulación punitiva agravada para los delitos que estima mayormente lesivos de los bienes jurídicos protegidos por el estado de derecho, cuales son, el homicidio y el secuestro, sea que se cometan independiente o conjuntamente, de ahí que hable de conexidad axiológica, esto es, de los valores comprometidos en conductas de esa índole, lo que es totalmente distinto de exigir que exista una conexidad comportamental entre los dos, como única hipótesis para aplicar las sanciones que la ley 40 de 1993 establece.

La lectura de los preceptos contenidos en esa regulación legal dejan en claro que se estableció un tratamiento punitivo independiente, lo que fácilmente se deduce del hecho de que también contiene reglamentación para su ejecución conjunta. Así por ejemplo, el artículo 1° de la ley comentada estableció una pena restrictiva de la libertad de 25 a 40 años y multa de 100 a 500 salarios mínimos mensuales, para el delito de secuestro extorsivo. Y el numeral 11 del artículo 3° consagró como circunstancia para aumentar la pena anterior, entre ocho y veinte años, "Cuando por causa o con ocasión del secuestro le sobrevengan a la víctima la muerte o lesiones personales".

Por otra parte, el legislador sustituyó expresamente los tipos penales contenidos en los artículos 323 y 324 del Decreto - ley 100 de 1980, en forma tal que ninguna interpretación puede resultar válida para afirmar que ellos aún subsisten, a pesar de la expedición y vigencia de la ley 40 de 1993, porque su derogatoria fue expresa. Conclusión que se reafirma con la sentencia de exequibilidad.

Por lo demás, cabe recordar que la Corte Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada. Luego, si los artículos 29 y 30 de la ley 40 de 1993 significaran una transgresión de algún precepto constitucional, del artículo 158 por ejemplo, así lo habría definido esa Corporación en alguna de las demandas que contra esa normatividad ha resuelto mediante sentencias del 7 de diciembre de 1993, del 23 de febrero y del 28 de abril de 1994.

Finalmente, el tema ha sido tratado por la Sala en múltiples ocasiones, habiéndose reiterado que la ley 40 de 1993 modificó expresamente los artículos 323, 324 y 355 del Código Penal, sin que la aplicación de las nuevas penas dependa de que el homicidio o la extorsión sean conexos con el secuestro (noviembre 21 de 1995, julio 25 de 1996, noviembre 5 de 1996, 17 de junio, 25 de septiembre, 22 de octubre y 5 de noviembre de 1997, entre otras).

En consecuencia, la censura no prospera

El segundo reproche efectuado dentro de este cargo consiste, al decir del impugnante, en la violación directa del artículo 37 del estatuto procesal, por haberse aplicado al sentenciado la rebaja de la sexta parte de la pena, establecida en el inciso 6º de ese precepto y no la del inciso 5º ibidem, que contempla una reducción de la tercera parte de la sanción, la cual es, evidentemente, más favorable.

Para rechazar este cargo, baste decir que la prerrogativa de reducir al sentenciado una tercera parte de la pena, no existía en el artículo 37 del decreto 2700 de 1991 y que fue establecida en el 3º de la ley 81 de 1993, modificatorio de esa disposición, a condición de que el procesado solicitara la sentencia anticipada, en el término que allí se señala. Como quiera que el señor Ernesto Garzón formuló petición de terminación anticipada del proceso, después de vencido tal plazo, el argumento esbozado por el recurrente falla ante la inexistencia del presupuesto de oportunidad impuesto por esa normativa. Recuérdese que la primera solicitud de terminación anticipada del proceso le fue denegada precisamente por haber sido incoada extemporáneamente.

En tales condiciones, la aplicación del inciso 6º del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal fue acertada y no encuentra la Sala motivo alguno que le permita afirmar que ese acto de juzgamiento fue violatorio de la ley.

Por las razones anteriores la Sala concluye, de acuerdo con el Procurador Delegado, que la demanda no prospera.

En mérito de lo anteriormente 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 impugnado.

Cópiese, comuníquese y devuélvase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

ACCION DE REVISION - Extinción de la acción / TIPICIDAD

Tómese en cuenta que en la oportunidad en que se calificó la idoneidad de la demanda, se precisó que al amparo de la causal segunda de revisión, no resultaba permitido hacer cuestionamientos relacionados con la adecuación típica del comportamiento, las formas de culpabilidad, las circunstancias de comisión del hecho, o cualquiera otra que pudiera incidir en el proceso de individualización judicial de la pena, puesto que las causales de extinción de la acción penal, a las cuales se refiere dicho motivo, comprenden solamente la prescripción, la caducidad de la querella, la ilegitimidad en el querellante o peticionario, haber operado el desistimiento, la conciliación o la indemnización integral en los casos en que la ley le asigna a dichas figuras la potencialidad de concluir el proceso, o la amnistía o el indulto, es decir, a fenómenos de demostración objetiva.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., diez de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Aprobado acta No. 152. Proceso No. 13238

Decide la Corte el recurso de reposición interpuesto por el defensor del sentenciado *Alberto González Lizarazo*, contra el proveído mediante el cual se rechazó in limine la demanda de revisión.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA.

Por auto proferido el dieciocho de septiembre del año que transcurre, teniendo presente los presupuestos de admisibilidad establecidos por el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, la Corte rechazó la demanda de revisión presentada a nombre del sentenciado *Alberto González Lizarazo*, puesto que ni la fundamentación ni la prueba aportada conducían a demostrar el hecho básico de la causal en que se apoya.

Se destacó el error en que incurría el actor al perseguir hacer extensiva la causal segunda de revisión a todos los motivos estable

cidos por la ley para decretar la preclusión de la instrucción o la cesación de procedimiento, lo cual conducía a rechazar la demanda, toda vez que el extraordinario instrumento rescindente de la res iudicata "no permite la continuación del debate con los mismos argumentos probatorios o jurídicos que sirvieron de apoyo a la definición del juicio, ni cuestionamientos relativos a la adecuación típica del comportamiento, las formas de culpabilidad, las circunstancias de comisión del hecho o cualquiera otra que pudiera incidir en el proceso de individualización judicial de la pena".

Se afirmó, igualmente, que el actor perseguía la admisión de la demanda a partir de la denuncia de la atipicidad de la conducta por la cual resultó condenado su cliente, aduciendo contar al momento de los hechos con la cédula militar que reemplazaba el salvoconducto para el porte de armas, a pesar de que su defendido no llevaba consigo ninguna al momento del hecho, que en caso de haberlas tenido estas eran de dotación oficial, y que si cometió el delito fue sin dolo, todo lo cual hacía indescifrable su discurso.

Señaló la Corte, además, que ni aun bajo el supuesto de apoyarse el actor en la causal tercera de revisión, los requisitos de admisibilidad resultaban satisfechos, por cuanto, de una parte, inexistía la idoneidad de la prueba allegada para derrumbar los soportes de la sentencia y, de otra, con el argumento de que haría ejercicio del derecho a presentar pruebas durante el período probatorio, no aportó ningún medio para acreditar que el arma que el procesado portaba la noche de los hechos era de dotación oficial, de suerte que se desconocía si ellos cumplían los requisitos de novedad y trascendencia que la ley exige (fls. 64 y ss.).

El Recurso.

Por escrito oportunamente presentado, el defensor interpone recurso de reposición contra la providencia de la Corte, con el propósito de que se revoque y, en lugar de ella, se admita la demanda de revisión que instauró.

Alude al respecto que la ambiguedad en la presentación de las causales de revisión que soportan la demanda, surgida de los errores de redacción, no es obstáculo para que "se dé oportunidad de aclarar y remediar la injusta situación a que ha sido sometido el joven teniente *González Lizarazo*, quien además de sufrir los rigores que toda sentencia condenatoria conlleva, ha visto truncada la carrera militar en los mejores años de su existencia".

Contrario a lo afirmado por la Sala, sostiene, que los argumentos fácticos y jurídicos que fundamentan el ejercicio de la acción de revisión, son totalmente distintos de aquellos que le sirvieron

de apoyo a los juzgadores de instancia, puesto que durante el trámite del proceso ninguno de los funcionarios tuvo en cuenta la vigencia y aplicabilidad del Decreto 063 de 1991, según el cual, la conducta imputada a su asistido no constituía delito. Por ello no le pareció indicado y técnico invocar como fundamento de su pretensión la causal tercera de revisión, por figurar acreditada en el proceso la calidad de oficial del ejército de su asistido.

En cambio, en el proceso se dio por acreditado un hecho que no lo está, pues el arma que supuestamente llevaba consigo el Teniente González, no apareció por parte alguna, de donde colige que no se puede afirmar, como lo hizo el fallo de primer grado, que el citado oficial portaba una pistola que no correspondía a su dotación oficial para la cual carecía de salvoconducto.

En razón de lo anterior, estimó suficiente adjuntar la constancia de que al momento de los hechos investigados su representado se desempeñaba como oficial en actividad, la fotocopia de la cédula militar que reemplaza el salvoconducto para el porte de armas y el Concepto emitido por el Consejo de Estado sobre la vigencia del artículo 3º del Decreto 063 de 1991, estimando que con ello se satisfacían las exigencias del numeral 4º del artículo 234 del C. de P. P. .

De otra parte, sostiene, en la demanda afirmó que su patrocinado jamás había adquirido armas y que la noche de los hechos tampoco portaba elemento alguno de esa naturaleza, pero aún aceptando que la tuviera, ella tendría que ser de propiedad del Estado, asignada en razón de ser Comandante de una patrulla militar, lo cual estaría en condiciones de acreditar durante el período probatorio de la acción instaurada.

Precisa, que cuando mencionó la posibilidad de esclarecer durante el período probatorio de la acción algún vacío sobre la atipicidad de la conducta, la inocencia de su defendido y el carácter oficial del arma que portaba el militar, se refiere es a aquellas "pruebas conducentes que no se allegaron ni se conocieron durante el desarrollo del proceso" (fls. 77 y ss.).

Aduce, finalmente, que al existir elementos de juicio válidos que llevan a sostener que la sentencia cuya revisión solicita no se ajusta a la equidad y la justicia, y habiendo aportado las pruebas que demuestran los hechos básicos de la petición, estima cumplidos los requisitos para que pueda ser aceptada la demanda por la Corte.

SE CONSIDERA:

Como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Colegiatura, si los recursos ordinarios buscan enmendar errores que aparezcan

en las providencias judiciales, mediante una nueva oportunidad para su examen, el de reposición constituye un medio para que el juez —en este caso la Corte— vuelva sobre la decisión proferida y, si es del caso, la revoque, reforme, aclare o adicione. Para estudiar su viabilidad es necesario, a más de la oportunidad, que se motive el recurso, es decir, que por escrito se expongan las razones de hecho y de derecho por las cuales la providencia está errada, a fin de que proceda su revocación o modificación (Cfr. auto de agosto 21/97. M. P. Dr. Pinilla Pinilla).

En el evento sub judice, se observa que los argumentos que expone el defensor del procesado González Lizarazo para insistir en que se admita la demanda de revisión interpuesta, no conducen a adoptar una decisión distinta de la asumida por esta Corporación cuando se rechazó la demanda.

Tómese en cuenta que en la oportunidad en que se calificó la idoneidad de la demanda, se precisó que al amparo de la causal segunda de revisión, no resultaba permitido hacer cuestionamientos relacionados con la adecuación típica del comportamiento, las formas de culpabilidad, las circunstancias de comisión del hecho, o cualquiera otra que pudiera incidir en el proceso de individualización judicial de la pena, puesto que las causales de extinción de la acción penal, a las cuales se refiere dicho motivo, comprenden solamente la prescripción, la caducidad de la querella, la ilegitimidad en el querellante o peticionario, haber operado el desistimiento, la conciliación o la indemnización integral en los casos en que la ley le asigna a dichas figuras la potencialidad de concluir el proceso, o la amnistía o el indulto, es decir, a fenómenos de demostración objetiva.

Se indicó, que no obstante esas posibilidades, la demanda presentada a nombre de *Alberto González Lizarazo* no hacía referencia a ninguna de ellas, puesto que, en indescifrable discurso, el actor pretendía que la Corte la admitiera aduciendo que la conducta imputada a su asistido era atípica por contar al momento de los hechos con la cédula militar, que esa noche no llevaba arma alguna y que en caso de portarla esta sería de dotación oficial; y, que no cometió el delito, pero en el evento de haberlo cometido, lo hizo sin dolo.

Esa particular manera de concebir el actor el extraordinario instituto rescindente de la cosa juzgada, se mantiene en el escrito impugnatorio, toda vez que si bien parte de aceptar haber incurrido en los defectos advertidos por la Corte, los justifica aduciendo que ellos solamente fueron de redacción, cuando en verdad, fluye de bulto el menosprecio por las finalidades de la revisión y la técnica que la gobierna.

Destácase al respecto que en contradictorio planteamiento, aduce que los argumentos probatorios y jurídicos expuestos en la demanda son distintos a los que fundamentaron la decisión de los falladores, y que no se trata de un hecho nuevo no conocido al tiempo de los debates como para invocar la causal tercera. No obstante esa "precisión", a renglón seguido cuestiona que en el proceso que culminó con el fallo cuya rescisión persigue, no se acreditó que el oficial llevara arma alguna que no correspondiera a su dotación oficial, e insiste en que los vacíos sobre la tipicidad de la conducta, la inocencia de su cliente, y la propiedad estatal del arma que portaba la noche de los hechos, se acreditarían mediante pruebas que no se allegaron con la demanda, pero que serían aducidas durante el período probatorio de la acción, con lo cual se demuestra, una vez más, la transgresión de los presupuestos de admisibilidad previstos por el artículo 234 del C. de P. P..

Se tiene, entonces, que no asistiéndole ninguna razón al libelista, como para que la Corte reconsidere el sentido de la decisión asumida, se mantendrá la providencia impugnada.

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

RESUELVE:

NO REPONER la providencia impugnada, mediante la cual se rechazó la demanda de revisión propuesta a nombre del sentenciado *Alberto González Lizarazo.*

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia(no firmó), *Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

EMBARGO - Parte civil / **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO**

El artículo 52 del Código Procesal Penal preceptúa que después de proferida una medida de aseguramiento en contra del procesado, si no se conocieren en concreto bienes de su propiedad o los embargados fueren insuficientes, la parte civil podrá denunciarlos en cualquier momento, correspondiéndole al funcionario decretar su embargo y secuestro en la medida que considere necesaria, previa prestación de caución.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente:Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No.152. Proceso No. 12291

VISTOS

Demanda el apoderado de la parte civil el embargo y secuestro del vehículo de placas GPG-173 y el embargo y retención del sueldo y prestaciones sociales que el procesado percibe como Representante a la Cámara, con el fin de garantizar el pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

ANTECEDENTES

1. Mediante providencia del once de septiembre último esta Sala decretó medida de aseguramiento de caución prendaria por la suma equivalente a veinte salarios mínimos mensuales en contra del Representante a la Cámara *Tomás Caicedo Huerto* por el delito de falsa denuncia contra persona determinada (art. 167 del C. P.).

Con el ánimo de garantizar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, en la misma providencia decretó el embargo y secuestro del remanente de los bienes de propiedad del procesado gravados con similar medida cautelar dentro del proceso ejecutivo de mayor cuantía, que por demanda de Jorge Bravo Sarmiento adelanta el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá en contra del aforado.

Dicha medida aparece decretada desde el 19 de junio de 1.996 sobre los inmuebles de matrícula 230-0003153 y 50N-20188837, y sobre los dineros que el procesado devenga como Representante a la Cámara, en proporción equivalente a una quinta parte sobre el excedente del salario mínimo legal, limitándolo a la suma $168.000.000; extremo al que también circunscribió el embargo y retención de los dineros que el ejecutado *Tomás Caicedo Huerto* tuviera en ese instante en la cuenta corriente No. 053-2663 del Banco Ganadero sucursal Congreso.

Además de los inmuebles gravados, el procesado se atribuyó la calidad de propietario del vehículo Renault 12 de placas GPG 173, como consecuencia de haberlo ganado en una rifa realizada en el año de 1.981.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 52 del Código Procesal Penal preceptúa que después de proferida una medida de aseguramiento en contra del procesado, si no se conocieren en concreto bienes de su propiedad o los embargados fueren insuficientes, la parte civil podrá denunciarlos en cualquier momento, correspondiéndole al funcionario decretar su embargo y secuestro en la medida que considere necesaria, previa prestación de caución.

Ahora bien, atendiendo el límite de la medida cautelar fijado en el proceso civil ($168.000.000), el carácter contingente e incierto de la eficacia del embargo y secuestro sobre remanentes y la cuantía demandada en este asunto como perjuicios, cercana a los $50.000.000 se hace procedente extender el embargo al vehículo automotor Renault de placas GPG 173, pero sin necesidad de que la parte civil preste caución para garantizar perjuicios a terceros, en virtud de que el automotor fue declarado por el procesado en la indagatoria como de su dominio.

Para el perfeccionamiento del embargo se procederá a la formalización de la diligencia de secuestro, para la cual se comisiona al Juzgado Civil Municipal de Santafé de Bogotá que corresponda en reparto, en la cual actuará como secuestre el señor *Adan Arévalo José Manuel*, quien hace parte de la lista de auxiliares de la justicia de la Sala de Casación Civil de la Corte.

Por otra parte, lo que sí resulta improcedente es la pretensión del postulante, de obtener el embargo y retención del sueldo y las prestaciones sociales que percibe el Parlamentario en la Cámara de Representantes, en virtud de que su salario se encuentra embargado en el porcentaje máximo autorizado por el art. 155 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con el 684 del Código de

Procedimiento Penal. Las prestaciones tienen restringido el objeto de su embargo para casos que no contemplan el presente, de conformidad con el art. 344 del mismo Código Sustantivo del Trabajo.

En su lugar, oficiosamente adicionará la Sala la orden de embargo a fin de que no solamente recaiga sobre el remanente de los bienes gravados en el proceso ejecutivo, sino también sobre los que allí llegaren a ser desembargados (art.543 C.P.C.).

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

RESUELVE:

Primero: Decretar el embargo del vehículo renault 12 distinguido con las placas GPG 173, de propiedad del procesado.

Segundo: Comisiónase al Juez Civil Municipal Reparto de Santafé de Bogotá para la práctica de la diligencia de secuestro del automotor por el término de 15 días hábiles, para lo cual se designa como secuestre al auxiliar de la justicia *Adan Arévalo José Manuel*.

Tercero: No decretar el embargo de los salarios y prestaciones sociales del procesado, en razón a los argumentos atrás expuestos. En su lugar se extiende oficiosamente la medida sobre los bienes de propiedad del procesado que fueren desembargados en el proceso ejecutivo. Ofíciese lo de rigor.

Copiese, notifíquese y cumplase

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nougés*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia*, *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

COMPETENCIA / FUERO / NULIDAD -
Falta de competencia / **PRUEBA**

Aceptando en vía de hipótesis que el Fiscal carecía de *competencia instructiva por haberse establecido ab inicio que se trataba de persona aforada, lo único anulable sería la resolución de apertura de instrucción y la indagatoria, si tales actuaciones se hubiesen producido, pero no los actos de prueba. Ha dicho la Corte: "Cuando el imputado goza de fuero, el auto cabeza de proceso sólo puede ser dictado por la Corporación o el funcionario competente. Si un juez distinto ordena iniciar la investigación, se debe decretar la nulidad de este auto. No obstante, las pruebas practicadas con base en él conservan validez y se entienden incorporadas a las diligencias de indagación preliminar" (auto del 20 de mayo de 1988).*

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., diez de diciembre de mil novecientos novena y siete.

Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda.*

Aprobado acta N° 152. Proceso No. 9842

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de reposición interpuesto contra la providencia del 8 de octubre del año en curso, mediante la cual se negó una nulidad y se ordenó el cierre de la investigación.

LA PETICION

El señor defensor del procesado *Enrique Juvenal de los Ríos Herrera,* solicita la reposición de la mencionada decisión basado en los siguientes argumentos:

1°) Respecto a la nulidad planteada sostiene que se debió decretar, ya que el fiscal que conoció de la denuncia le "bastaba" leer los renglones 11, 12 y 13 de la misma para concluir, sin ningún esfuerzo, que no era de su competencia el asunto, por cuanto que

los hechos guardaban relación con la actividad de Representante a la Cámara del denunciado y que "la asignación y destinación de los auxilios parlamentarios era una función exclusiva de un congresista de la República y de ningún otro funcionario".

Luego de transcribir el artículo 186 de la Constitución Política y una porción de una providencia de esta Corporación, señala que el citado fiscal, además de infringir las normas constitucionales, desconoció el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal, ya que no tenía competencia para iniciar la investigación preliminar y mucho menos para recaudar las pruebas que hoy están afectadas de nulidad.

Asevera que en dicha investigación preliminar los elementos de juicio incorporados "no tenían por objeto averiguar la competencia para conocer de los hechos".

Por esas razones insiste en afirmar que habiéndose practicado las pruebas sin tener competencia para ello, la Fiscalía vulneró las normas rectoras del juez natural, de la legalidad, de la lealtad y de la contradicción.

En fin, demanda la reposición del numeral primero de la providencia impugnada, para que en su lugar la Corte decrete la mencionada nulidad.

2°) Solicita igualmente la reposición del numeral segundo del auto atacado, por cuanto que, en su criterio, no se practicó la ampliación del testimonio de la señora Consuelo Nates, diligencia que fue decretada por la propia Sala.

Dice que si bien es cierto que se comisionó al Tribunal de Pasto para tal efecto, también lo es que la misma no se pudo llevar a cabo en razón a que la declarante ya no vive en esa ciudad, sino en Santafé de Bogotá.

Considera que el mencionado testimonio es importante, toda vez que al intervenir en su realización la defensa ejercería el derecho de contradicción, situación que no ocurrió cuando declaró por primera vez, por cuanto que al procesado aún no se le había vinculado al diligenciamiento.

Por ello, reitera la solicitud de reposición del cierre de investigación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es de advertir que los nuevos argumentos expuestos por el recurrente no logran modificar la decisión que la Corte emitió el pasado 8 de octubre del año en curso. En efecto:

1. No es de recibo la afirmación del defensor, en el sentido de que con la sola lectura de la denuncia era suficiente para que el fiscal concluyera que el denunciado era una persona aforada, ya que tratándose de hechos de naturaleza compleja y relacionados con la función, la competencia para la investigación y el juzgamiento no siempre surge del simple contenido de la denuncia sino que a veces, como ocurrió en este caso, es necesario allegar elementos de juicio que arrojen claridad, máxime cuando la persona ya no desempeña el cargo.

Ahora bien, la afirmación según la cual los hechos denunciados se referían "claramente" al manejo dado a unos auxilios parlamentarios, fuera de ser una personal apreciación del memorialista, no era suficiente para que sin prueba alguna el fiscal se limitara a remitir el diligenciamiento a la Corte.

Por otra parte, y aceptando en vía de hipótesis que el Fiscal carecía de competencia instructiva por haberse establecido ab inicio que se trataba de persona aforada, lo único anulable sería la resolución de apertura de instrucción y la indagatoria, si tales actuaciones se hubiesen producido, pero no los actos de prueba. Ha dicho la Corte: "Cuando el imputado goza de fuero, el auto cabeza de proceso sólo puede ser dictado por la Corporación o el funcionario competente. Si un juez distinto ordena iniciar la investigación, se debe decretar la nulidad de este auto. No obstante, las pruebas practicadas con base en él conservan validez y se entienden incorporadas a las diligencias de indagación preliminar" (auto del 20 de mayo de 1988).

Se reitera entonces que, como la Corte, mediante auto del 25 de octubre de 1994, ordenó instrucción previa, después de recibidas las diligencias practicas por la Fiscalía, con la mencionada decisión incorporó a dicha instrucción las pruebas ya realizadas las que, por ende, conservan su validez.

Por lo anteriormente expuesto, no se repondrá el numeral primero de la providencia atacada.

2. Tampoco se repondrá el numeral 2° de la decisión, por cuanto que, al tenor de lo ordenado en el inciso segundo del artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, el término de instrucción se encuentra más que vencido, lo que impide que se pueda continuar con la práctica de pruebas.

De otra parte, debe una vez más recordar la Sala que el derecho de contradicción no sólo opera en la producción del medio de convicción, sino que, visto integralmente, se desarrolla a lo largo del

proceso, por ejemplo, solicitando pruebas, criticándolas en sí mismas, confrontándolas con el resto del material probatorio, etc., lo que permite mantener incólume tanto el derecho de defensa como el postulado que reclama el recurrente.

Por lo demás, si el diligenciamiento pasara a otra etapa procesal, como sería el juicio, la defensa contaría con una nueva oportunidad para que la prueba que ahora echa de menos se lleve a cabo.

En fin, la Corte no repondrá la providencia del 8 de octubre del año en curso.

Por ser procedente, se dispondrá la expedición de las fotocopias solicitadas por el señor defensor del procesado.

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

RESUELVE:

Primero: NO REPONER la providencia del 8 de octubre del año en curso, por medio de la cual la Corte negó una nulidad y dispuso el cierre de la investigación.

Segundo: Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría de la Sala expídase copia de la misma y de la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

LEALTAD DE LAS PARTES

El deber de lealtad impuesto por la ley a los sujetos intervinientes en los procesos judiciales, implica, necesariamente, la obligación de actuar con absoluta seriedad y responsabilidad en los planteamientos que se le hagan al órgano jurisdicente, pues so pretexto de ejercer el derecho de controvertir las decisiones, no es permitido tergiversar su contenido, ni hacer afirmaciones vagas, sin exponer los elementos de juicio que las soporten m mucho menos allegarlos.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., diez de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado PonenteDr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Aprobado acta No. 152. Proceso No. 13276

Mediante el presente proveído la Sala resuelve lo que corresponda en relación con el memorial suscrito por el denunciante *Hildebrando Ortiz Lozano.*

ANTECEDENTES.

1. Por escrito presentado ante la Secretaría de esta Corporación, el ciudadano *Hildebrando Ortiz Lozano* denunció penalmente a los doctores *Roberto Moya Angel, Ciro Alfonso Crispín Landínez, José Celestino Martínez Fletcher,* miembros de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes, y al doctor *José Manuel Delgado Fiallo,* Secretario de dicha Comisión.

Aludió al respecto que el Secretario de la Comisión "y la propia comisión" no le permite a los denunciantes ver los expedientes en los cuales se ha proferido resolución inhibitoria.

Así ha sucedido, dijo, en los procesos 731, 644, 698 y "otros", en los cuales se enteró que habían sido decididos porque se le entregó simplemente una fotocopia de la notificación por estado, justamente cuando "tal vez" ya habían transcurrido los términos para recurrir las providencias proferidas.

"Ello lo permite y patrocina el Secretario de la Comisión de Acusaciones *José Manuel Delgado Fiallo*" bajo el argumento que los denunciantes no son sujetos procesales, siendo esto "tolerado" por el Presidente de la Comisión de Acusación y "varios representantes" a quienes les ha elevado las quejas correspondientes y sin embargo aluden que carecen de competencia para pronunciarse al respecto.

2. Luego de haberse acreditado la calidad de miembros del Congreso de la República de los doctores *Roberto Moya Angel, Ciro Alfonso Crispín Landinez y José Celestino Martínez Fletcher, y establecido que el doctor José Manuel Delgado Fiallo* se desempeña como Secretario de la Comisión de Investigación y Acusaciones de esa Célula Legislativa (fls. 7 y ss.), la Corte, mediante providencia del pasado quince de octubre, se inhibió de abrir investigación penal contra los denunciados aforados, y se abstuvo de ordenar la expedición de copias para la eventual investigación penal o disciplinaria del doctor Delgado Fiallo, ante la consideración de que el denunciante mencionó en su escrito haber entregado copias de la denuncia al Consejo Superior de la Judicatura, la Procuraduría y la Fiscalía General de la Nación (fls. 16 y ss.).

3. A pesar de habérsele comunicado telegráficamente el proferimiento de la decisión inhibitoria (fl. 22), el denunciante no ejerció el derecho de impugnarla.

4. En memorial que corre a folios 23 y siguientes del cuaderno original, presentado luego de haber cobrado ejecutoria el proveído inhibitorio, el denunciante demanda su revocatoria y que se declare la nulidad de tal pronunciamiento. Sus argumentos son, en síntesis, los siguientes:

— Las providencias inhibitorias proferidas por la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes, dentro de los procesos allí radicados con los números 644, 698 y 731, tenían que haber sido notificadas oportunamente para que él, como denunciante, tuviera la posibilidad de impugnarlas, pero ello no lo cumplió el Secretario Delgado Fiallo quien no le permitió conocerlas, ni esta obligación la hizo cumplir el Presidente de la Comisión. Pese a lo anterior, la Corte ordenó no investigar ni compulsar copias contra el Secretario.

— Es nula la resolución inhibitoria de la Corte, por cuanto algunos Magistrados de la Sala —sin especificar quiénes y por qué—, fueron vinculados al proceso 698 que hizo trámite ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes.

Se Considera:

El deber de lealtad impuesto por la ley a los sujetos intervinientes en los procesos judiciales, implica, necesariamente, la obligación de actuar con absoluta seriedad y responsabilidad en los planteamientos que se le hagan al órgano jurisdiccente, pues so pretexto de ejercer el derecho de controvertir las decisiones, no es permitido tergiversar su contenido, ni hacer afirmaciones vagas, sin exponer los elementos de juicio que las soporten ni mucho menos allegarlos.

Tal es lo que acontece en el presente evento, puesto que sin tomarse siquiera el trabajo de enterarse del contenido de la decisión inhibitoria proferida por la Corte y sin aportar ningún elemento de juicio distinto de los que fueron considerados en la providencia aludida, el libelista pretende su revocatoria.

Tómese en cuenta que el señor Ortiz Lozano insiste en atribuir responsabilidad penal al Secretario de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, según él, por haber omitido el proceso de notificación de algunas providencias e impedido el acceso al expediente a quienes tenían la facultad de interponer recursos, y adicionalmente cuestiona el hecho de que la Corte se hubiese abstenido de investigarlo o de compulsar copias para tales efectos, cuando lo que se dijo en ese pronunciamiento fue que esta Corporación no tiene competencia para pronunciarse sobre la conducta de dicho funcionario, quien carece de fuero constitucional, y que se abstenía de expedir copias para su eventual investigación penal o disciplinaria ante el hecho de que el denunciante anunció haber remitido copias de su escrito al Consejo Superior de la Judicatura, la Procuraduría y la Fiscalía General de la Nación.

También explicó la Corte, que el proceso de notificaciones es de resorte exclusivo de la Secretaría, no de los funcionarios encargados de tomar las decisiones judiciales, y, en esa medida, al no existir hecho concreto que soportara el inicio de investigación en contra de los aforados que fueron denunciados por Ortiz Lozano, la decisión no podía ser otra que inhibitoria. No obstante lo anterior, sin aportar prueba nueva que permita arribar a una conclusión diversa de la asumida, el denunciante omite hacer referencia a este concreto planteamiento.

Tiene presente la Corte que, de conformidad con la normatividad que regula el rito penal, el denunciante carece de facultad legal para invocar nulidades; lo cual sería razón suficiente para abstenerse de resolver la petición elevada en ese sentido. Debe aclararse, sin embargo, que el señor *Hildebrando Ortiz Lozano* temerariamente da a entender que algunos Magistrados de esta

Sala fueron vinculados al proceso número 698 que hizo trámite en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes en el cual actuó como denunciante, sugiriendo que por ese motivo debieron declararse impedidos, lo cual, además de no ser cierto, tampoco es respaldado con medio distinto de la insular afirmación de haber instaurado denuncia penal, circunstancia esta que, por sí sola, no configura la causal de inhibición referida en el artículo 103 numeral 10 del C. de P. P., modificado por el artículo 15 de la Ley 81 de 1993.

En estas condiciones, encontrándose ausentes los requisitos establecidos en el artículo 328 del Código de Procedimiento Penal que soporten una eventual revocatoria de la resolución inhibitoria y disponer la apertura de instrucción, la Sala se abstendrá de resolver la petición incoada por el denunciante en este asunto.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de resolver las peticiones presentadas en memorial suscrito por el denunciante *Hildebrando Ortiz Lozano*, por las razones anteriormente anotadas.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

IMPEDIMENTO / RECUSACION /ACCION DE REVISION-
Procedencia / EJECUTORIA

1. La naturaleza y el funcionamiento propios de la institución de los impedimentos y recusaciones, por cuanto apuntan al cumplimiento y efectividad del principio de imparcialidad que concierne a la función jurisdiccional, suponen que ya se ha determinado la competencia por la concreción y/o la concurrencia de los factores que legalmente la delimitan (objetivo, territorial, funcional, etc.). Es decir, como el instituto en cuestión se orienta a eliminar de la actividad judicial los motivos de duda sobre la objetividad, el interés personal y la rectitud de los funcionarios que la impulsan y definen, todo ello presupone que ya está determinada la competencia conforme con las prefiguraciones legales. Con razón, la doctrina pacíficamente sostiene que los impedimentos y las recusaciones son mecanismos de saneamiento de la competencia del órgano jurisdiccional, porque, más allá de la concreción de facultades legales, se trata de asegurar la "capacidad subjetiva del juez".

*2. tanto para expresar la procedencia de la acción de revisión como para asignar competencia, la ley procesal penal se refiere claramente a "**sentencias ejecutoriadas**" (arts. 68-2, 70-3 y 232).*

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., diez de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallo*

Aprobado Acta No. 152 Proceso No. 13154

Vistos

Se ocupa la Corte del impedimento manifestado por los doctores *Carlos Alejandro Chacón Moreno y José Rafael Labrador Buitrago*, magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por cuyo mérito pretenden separarse del conocimiento de la acción de revisión propuesta en favor de la señora *Mariela del Carmen Echeverría de Sanguino*, condenada dentro de un proceso penal,

según demanda presentada por medio de abogado designado para el efecto.

ANTECEDENTES

Se inició una investigación penal en virtud de la denuncia formulada por el Subgerente de Asuntos Internos del Banco de la República, noticia en la cual dio cuenta de exportaciones ficticias llevadas a cabo por la empresa comercial denominada "*Sociedad Industrial Sanguino Hermanos Ltda.*", en forma directa o a través de otras empresas o personas naturales dedicadas a esa actividad, valiéndose de documentación falsa para obtener valores equivalentes al porcentaje que sobre el monto de la correspondiente exportación reconoce el mencionado ente oficial en la operación de los denominados Certificados de Reembolso Tributario -*CERT*.

Estos hechos fueron examinados en primera instancia por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta, despacho que los subsumió dentro del concurso de hechos punibles de *exportación ilícita, uso de documento público falso, falsedad en documento privado y estafa*, cometidos en perjuicio del Banco de la República y Bancoldex, y, tras determinar su responsabilidad a título de coautores, condenó a la pena principal de 8 años de prisión y multa de $4.000.000.oo a *Alvaro León Sanguino Santander, Rafael Bayona Núñez y Efraín Enrique Quiñones Higuera*, mientras que a *Julio Mario Sanjuán Sanguino, Fanny Esther Sanguino de Peralta, Mariela del Carmen Echevarría de Sanguino, Gloria Esperanza Villalobos Sanguino, Efraín Sanguino Santander, Graciela Berbesi de Hernández, Ana Victoria Cuadros Bueno, Carlos Julio Rincón Hernández, María Nelly Jaimes Esquivel, Eliécer Hernández Maldonado y Alvaro José Peralta Ochoa* les impuso 6 años y 1 día de prisión e igual sanción de multa.

A todos los condenados se les derivó además la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por igual período al indicado como privación de la libertad, y la obligación civil de resarcir los perjuicios causados.

La sentencia de primer grado fue impugnada únicamente por los defensores de *Alvaro León Sanguino Santander, Rafael Bayona Nuñez* y *Graciela Berbesi de Hernández*, pues los demás intervinientes procesales guardaron silencio al respecto.

El Tribunal Superior de Cúcuta, en Sala de Decisión Penal integrada por los magistrados *Carlos Alejandro Chacón Moreno y José Rafael Labrador Buitrago* y el conjuez *Crisanto Esteban Jaimes Díaz*, mediante proveído del 15 de agosto de 1996, confirmó integralmente el fallo recurrido.

El 7 de abril del presente año, el abogado defensor de los intereses de la señora *Mariela del Carmen Echeverría de Sanguino*, formula ante el Tribunal Superior del mismo distrito judicial acción de revisión "*contra la sentencia ejecutoriada emanada del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cúcuta, de fecha siete de marzo de 1996...*", con fundamento en dos causales establecidas en el artículo 232 del C. de P. P., porque "*el Banco de la República no tenía la legitimación para formular la respectiva denuncia penal contra la firma 'Sanguino Hermanos y Compañía', por los presuntos hechos punibles, que culminó con la sentencia condenatoria de marras*" (numeral 2º), y porque "*el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa*" (numeral 5º).

Los magistrados *Carlos Alejandro Chacón Moreno* y *José Rafael Labrador Buitrago*, integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cúcuta a la cual se le asignó el conocimiento de la acción de revisión instaurada, manifestaron su impedimento para conocer del asunto, invocan la causal establecida en el artículo 103-6 del C. de P.P. y exponen las siguientes razones:

a. Que en la misma condición de ahora, les correspondió desatar el recurso de alzada contra la sentencia que es objeto de la acción de revisión.

b. Aunque la señora *Mariela del Carmen Echeverría de Sanguino* no impugnó la sentencia de primera instancia y por eso el fallo de segunda no se refirió específicamente a su situación jurídica, es entendido que "*al analizarse la prueba en su conjunto y al concluir que los procesados eran responsables penalmente, es evidente que sobre este aspecto existe ya un criterio jurídico probatorio, que ha de incidir en la decisión que haya de tomar la Sala de Revisión*"

c. La demanda de revisión se sustenta sobre las causales previstas en los numerales 2 y 5 del artículo 232 del C. de P.P., de acuerdo con datos y aspectos jurídicos que fueron debatidos y decididos en forma definitiva por el Tribunal en sede de apelación, razón por la cual es evidente la existencia de un criterio sobre el particular "*que elementalmente no podrá ser modificado, vulnerándose en esa forma la imparcialidad que esencialmente debe de imperar al resolver sobre la acción impetrada*".

El tema propuesto fue abordado por otros dos magistrados de la misma Corporación, quienes estimaron que era infundado el impedimento expresado por los doctores *Chacón Moreno* y *Labrador Buitrago*, después de considerar que "*... a la Sala no le es dado marginarse del conocimiento de esta Acción de Revisión que se refiere a la situación de sujeto procesal distinto de aquellos por los que*

examinó el proceso y quien pretende atacar el fallo de primer grado, el que en su caso no fue materia de valoración de la Segunda Instancia, circunstancia que manifiesta el hecho de haber quedado en firme antes de surtirse la alzada a que hace alusión la Sala de Decisión que conoció del asunto".

Se cita al efecto jurisprudencia de esta Corte sobre la naturaleza jurídica del motivo de impedimento pergeñado en el numeral 6º del artículo 103, con el fin de insistir posteriormente en que los magistrados que lo aducen "*no profirieron el fallo contra el que se dirige la acción y ninguna intervención de las allí comprendidas han tenido en desarrollo del proceso*".

SE CONSIDERA

Es importante destacar, como primera inquietud que genera el caso, que la naturaleza y el funcionamiento propios de la institución de los impedimentos y recusaciones, por cuanto apuntan al cumplimiento y efectividad del principio de imparcialidad que concierne a la función jurisdiccional, suponen que ya se ha determinado la competencia por la concreción y/o la concurrencia de los factores que legalmente la delimitan (objetivo, territorial, funcional, etc.). Es decir, como el instituto en cuestión se orienta a eliminar de la actividad judicial los motivos de duda sobre la objetividad, el interés personal y la rectitud de los funcionarios que la impulsan y definen, todo ello presupone que ya está determinada la competencia conforme con las prefiguraciones legales. Con razón, la doctrina pacíficamente sostiene que los impedimentos y las recusaciones son mecanismos de saneamiento de la competencia del órgano jurisdiccional, porque, más allá de la concreción de facultades legales, se trata de asegurar la "capacidad subjetiva del juez".

Pues bien, es fácil advertir que los magistrados se han excusado de conocer de la acción de revisión propuesta, no por razones de incompetencia derivada de los supuestos que contempla la ley, sino porque dictaron la sentencia cuyo examen se sugiere, dentro de una manifestación que, a pesar del conflicto de intereses planteado, de todas maneras lleva implícita la idea de que el Tribunal de Cúcuta es el órgano competente para conocer de esa extraordinaria pretensión.

Esta misma tesis de competencia del Tribunal para sustanciar y decidir la acción incoada la reivindica la Sala Dual que proveyó sobre el impedimento de sus compañeros de Corporación, si se quiere de manera explícita, porque para sustentar que éstos no han comprometido su criterio en la sentencia adoptada, llegan a sostener abiertamente que para los no impugnantes el fallo de primer grado quedó "en firme antes de surtirse la alzada" (fs. 180).

Pero es necesario precisar que tanto para expresar la procedencia de la acción de revisión como para asignar competencia, la ley procesal penal se refiere claramente a "*sentencias ejecutoriadas*" (arts. 68-2, 70-3 y 232). Esta referencia implica lo siguiente:

1. Esa facultad o poder extraordinario para rogar la revisión está caracterizada legalmente a partir de un factor objetivo (*sentencia ejecutoriada*), y no por la contingencia subjetiva de que un determinado sujeto procesal haga uso del derecho a recurrir o lo decline conforme con sus intereses.

2. Las decisiones judiciales quedan *ejecutoriadas* o están *en firme*, de acuerdo con los artículos 197 y 223 del Código de Procedimiento Penal, cuando no se interponen recursos dentro del término legal o, si se trata de decisiones inimpugnables, el día en que sean autorizadas con la firma del funcionario judicial responsable, o si es el caso, una vez se resuelvan las impugnaciones o se surta el grado jurisdiccional de la consulta.

De modo que, independientemente de la actitud omisiva de algunas partes, la impugnación de una sola de ellas difiere la ejecutoria de la sentencia para todos, máxime que los fallos de primera instancia siempre son apelables en el *efecto suspensivo*, mecanismo de acuerdo con el cual, por regla general, se detiene su cumplimiento y, obviamente, también se paraliza la competencia del inferior para ejecutarlo hasta cuando se decida lo pertinente por el superior funcional (C. P. P., arts. 203-1° y 204-a).

3. Por excepción, el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal habilita el *cumplimiento inmediato* de las providencias relativas a la libertad, detención y demás medidas preventivas, no porque ello signifique una ejecución parcial de la sentencia (cuando tales medidas se adoptan dentro de ella), sino porque, en el caso de las medidas cautelares personales y reales, se trata justamente de prevenciones y no de un ejercicio definido y propio del derecho a castigar y a imponer obligaciones con la vocación de lo irrevocable, facultad ésta que sólo surge por la configuración en firme del fallo. Y en el evento de la realización inmediata de la libertad ordenada en la sentencia, ni menos que se trataría de una forma de ejecutarla por fragmentos, pues simplemente el contenido del fallo modifica el estado cautelar personal de antes y resulta ser la concreción sin dilaciones de un derecho fundamental, que las más de las veces se ve reforzada por otra garantía básica que es la presunción de inocencia que se revela en una sentencia absolutoria de primer grado.

4. Esta unidad de ejecutoria para procurar la uniformidad de ejecución, se justifica para evitar resoluciones judiciales que sean

contradictorias en sus consecuencias, pues, bastante preocupante y complicado sería que el *ad quem* o esta Sala de Casación, según el caso, decretara la nulidad de toda o la mayor parte de la actuación procesal, incluida la sentencia de primer grado, pero a la hora de cumplir lo resuelto por el superior emergiera el absurdo de que el *a quo* ya había declarado la ejecutoria y ordenado en concordancia el cumplimiento de su decisión en lo que atañe a los no recurrentes.

5. La sistemática de nuestra legislación procesal penal no tolera las ejecutorias ni las ejecuciones parciales de las sentencias, como sí es de usanza por expresa permisión legal en ordenamientos jurídicos como el español, pues para inferirlo bastan las siguientes citas:

5.1 De conformidad con el inciso 2° del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, "*si se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura sólo podrá ordenarse* ***cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación***" (se ha hecho énfasis). La regla general surge sin esfuerzos dialécticos y es diamantina: el fallo se cumple cuando esté ejecutoriado; y la salvedad no es propiamente tal sino un aditamento que de manera simple confirma la regulación unívoca, pues, en el evento de que se niegue la condena condicional en la sentencia de primer grado, pero además en el curso de la instancia se había dictado medida de aseguramiento de detención sin excarcelación, no se cumple el fallo sino que la privación de la libertad se sigue rigiendo por esa determinación provisional que afecta el derecho fundamental, mientras queda en firme la decisión final por la evacuación de los recursos propuestos (apelación o casación).

5.2 Ni siquiera en el evento de la sentencia absolutoria de primer grado, se propician por el legislador posibles contradicciones entre los fallos de instancia, a pesar de que una decisión de tal talante significa una manifestación seria y final de la presunción de inocencia, pues en tal caso, mientras está pendiente el recurso de apelación o la consulta, la libertad que se ordena ***es provisional*** y, por ende, expuesta a cualquier modificación por parte del *ad quem* (C. de P. P., art. 415, numeral 3°).

6. Se ha interpretado literal y aisladamente el artículo 217 del Estatuto Procesal Penal, en lo que atañe a la limitación funcional del superior en sede de apelación, que lo constriñe a examinar "***únicamente los aspectos impugnados***", pues no puede soslayarse que el *ad quem* no sólo se ocupa de los posibles errores de juicio cometidos en la providencia, sino que también y privilegiadamente

revisa los yerros de procedimiento, dado que cuenta como deber propio decretar de oficio las nulidades que advierta en la actuación procesal (arts. 304 y 305). De otra parte, *"los aspectos impugnados"* no siempre pueden escindirse de otros temas ventilados en el iter procesal, sin perjuicio de su propia esencia o de la naturaleza misma del proceso, y entonces se impondría una decisión que, por razón vinculante, toca más asuntos de los propuestos, siempre que no haya violación del principio de *no reformatio in pejus*, si es que se trata de sentencia condenatoria y de apelación única en favor del procesado.

7. Es que, si se aclara un poco más la confusión en la que incurren los magistrados, una cosa es que la situación del no recurrente, por regla general (queda a salvo la nulidad o la razón vinculante), sea inmodificable y permanezca conforme con las definiciones de primera instancia, gracias a la limitación funcional que consagra el citado artículo 217, pero otra bien diferente es la ejecutoria y ejecutividad del fallo que sólo se alcanzan y se propician con la decisión de segunda instancia o de casación. Una vez resueltas las impugnaciones, el respectivo fallo proyecta retroactivamente sus efectos ejecutorios y ejecutivos sobre las determinaciones de la sentencia de primer grado (o de segundo, si se trata de casación) que no fueron cuestionadas o que se refieren a sujetos procesales no recurrentes, decisiones que por obvias razones estaban suspendidas en su cumplimiento.

8. El sistema de la casación también tiene sus propios matices que conducen al mismo lugar, esto es, a la afirmación de la unidad de ejecutoria y de ejecución de la sentencia. En efecto, cómo pensar en la ejecutoria personalizada de los fallos de primera y segunda instancia, en relación con las partes no recurrentes, si el debate de casación contiene entre sus previsiones legales la posibilidad de que prospere la demanda sobre la base de que la sentencia se haya dictado dentro de un juicio viciado de nulidad o que forzosamente la Corte deba decretar la invalidez de oficio (C. P. P., arts. 220-3 y 228). Y no importa que el artículo 197 esté formalmente dispuesto en un capítulo atinente a los *"recursos ordinarios"*, pues la verdad es que su contenido abarca también la ejecutoria de las decisiones de casación. Además, la regulación de este recurso extraordinario consagra el *efecto extensivo* de la sentencia, según el cual la decisión se puede proyectar a los no recurrentes, sin detrimento del *principio de no agravación*, extensión que procesalmente se legitima mediante la previa notificación del auto admisorio de la demanda a los no impugnantes (*idem*, arts. 227, 243 y 245).

9. Por la circunstancia de que alguno de los interesados no haya interpuesto recursos, no es coherente afirmar que dicha

contingencia ha lugar a dos fallos cuya firmeza y ejecutividad se sitúan en distintos contextos, máxime si se reconoce que obedecen a instancias o sedes jurisdiccionales marcadas por la jerarquía funcional. Si la sistemática del ordenamiento procesal penal colombiano se decide por la unificación o comunidad de los términos para recurrir, y por ello éstos se cuentan a partir de la "***última notificación***", no resulta consistente derivar de tan inequívoca tendencia la dispersión de la ejecutoria y ejecución de las sentencias de primera o segunda instancia, pues, todo lo contrario, tal inferencia sería inconciliable con la premisa (C. P. P., arts. 196 y 223).

De modo que, tras una visión sistemática del asunto de competencia que subyace en esta declaración de impedimento, le parece a la Corte que el Tribunal Superior de Cúcuta no detenta facultades para conocer de la acción de revisión propuesta. Sin embargo, como la admisión o rechazo de la demanda está supeditada al cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, norma cuyo encabezamiento destaca que el escrito sea dirigido "***al funcionario competente***", significa que la misma ley procesal, dentro del tema de la revisión, ha construido una recíproca implicación entre los institutos de la competencia, de un lado, y los impedimentos y las recusaciones, de otra parte. En efecto, como se dijo antes, los últimos presuponen la definición previa de la primera, pero, como una eventual inadmisión de la demanda debe adoptarse siempre por "***auto interlocutorio de la Sala***", entonces la decisión de tal jaez sólo podría tomarla el órgano judicial ya purificado y no expuesto a la incredulidad de las partes, sobre todo porque una tal determinación admite los recursos ordinarios (art. 235, inciso 2° *idem*).

A pesar de la señalada hipótesis de incompetencia del Tribunal para tramitar y decidir la acción de revisión, lo dicho en el acápite anterior exige que esta Sala se pronuncie sobre el incidente de impedimento planteado, con el fin de que cualquier determinación sobre los presupuestos de admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda sea producida por un órgano judicial imparcial.

Por lo tanto, resulta una falacia entender que una es la sentencia del Juzgado 4º Penal del Circuito y otra la del Tribunal Superior de Cúcuta para escindir el fallo único y demandar sólo una parte de él con desconocimiento de la ejecutoria que se presenta ante el juez colegiado. De aceptarse esta proposición y de prosperar, por ejemplo y en sentido hipotético, la causal segunda del artículo 232 del C. de P.P. "*por falta de querella válidamente formulada*", se llegaría no sólo a la invalidación del fallo de primera instancia frente al cual se dirige la acción excepcional, sino que también comprendería el de segunda que fue el que le impartió el sello de la ejecutoria.

En efecto, si como viene de decirse, el fallo cuya acción de revisión se intenta constituye una unidad con el pronunciado por el Tribunal, y por una razón vinculante el juez de la apelación tocó con todos los aspectos relacionados con los presupuestos de hecho, de prueba y de procedibilidad que fueron comunes a todos los procesados en ambas instancias, deviene razonable y por ende fundado el impedimento manifestado por los magistrados *Carlos Alejandro Chacón Moreno y José Rafael Labrador Buitrago*, pues son aquellos factores no apartables frente al contenido de los artículos 103-6 y 236 del C. de P. P. los que comprometen su imparcialidad en el asunto propuesto.

Estas consideraciones son suficientes para dirimir el incidente formulado, razón por la cual se declarará fundada la manifestación hecha por los funcionarios que se excusan. En consecuencia, se devolverá el proceso a la oficina de origen para que allí se de cumplimiento a lo establecido en el artículo 106 del C. de P.P., en relación con la integración de la Sala de Decisión Penal que debe pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda presentada conforme lo prescribe el artículo 235 *idem*.

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

RESUELVE:

DECLARAR FUNDADO el impedimento aducido por los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, doctores *Carlos Alejandro Chacón Moreno y José Rafael Labrador Buitrago* para conocer de la acción de revisión presentada en los términos antes indicados.

En consecuencia, vuelva el proceso a la oficina de origen para que se proceda de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa este proveído.

Cópiese y cúmplase,

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Manrique Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION - Prueba

En cuanto a lo previsto en el numeral 4, es importante precisar que, durante el trámite jurisdiccional ante la Corte, la pertinencia de la prueba solicitada debe tener relación directa con los requisitos sustanciales y formales para conceder u ofrecer la extradición y con el objeto mismo del concepto que emite la Corporación antes de la decisión del Gobierno (C. P. P., arts. 549 y 558).

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., diez de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 152. Proceso No. 13701

Se ha dispensado el trámite previsto en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal y, en uso de sus facultades, el defensor de requerido *Sergio Esteban Stofenmacher Gandelman* hace petición de pruebas. En relación con la procedencia de la solicitud y la posibilidad de decretar pruebas de oficio, de acuerdo con el precepto antes citado, se pronunciará la Sala.

ANTECEDENTES

Para atender el mandato del artículo 555 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia y del Derecho ha enviado a esta Corporación el expediente relacionado con la solicitud de extradición del ciudadano *Sergio Esteban Stofenmacher Gandelman*, súbdito de la República Argentina, quien es requerido por el Gobierno de los Estados Unidos de América. En la misma nota remisoria, el Gobierno Colombiano comunica que el requerido se encuentra capturado con fines de extradición, desde el 28 de julio del año en curso, conforme con resolución expedida por el Fiscal General de la Nación.

Dentro del término legal, el defensor del señor *Sotofenmacher Gandelman* propone lo siguiente:

1. Que se tenga como prueba la copia que aporta del documento denominado "**FIRST SUPERSEDING INDICTMENT CR 97-57 A 22DK**" (Primera Resolución de Acusación Sustitutiva), expedida dentro del proceso de Estados Unidos de América contra *Sergio Siofenmacher y Kenneth Williams*, de acuerdo con la cual se varían los cargos inicialmente presentados en perjuicio de su asistido y que fueron los que sirvieron de base al pedido de extradición, pues tal cambio puede tener incidencia en la aplicación de los principios de la "doble incriminación" y de la equivalencia de la decisión adoptada en el extranjero.

2. Que cómo consecuencia de la aceptación de dicho documento con fines probatorios, que está redactado en el idioma inglés, consecuentemente se ordene su traducción .

3. Que se solicite a la Embajada de los Estados Unidos de América que, por su conducto, el Gobierno de ese país certifique si en el caso examinado ha sido presentada la "*First Superseding Indictment CR 97 A WDK*", ante el Tribunal Federal de Primera Instancia de los Estados Unidos, Distrito Central de California, Gran Jurado, en febrero de 1997.

4. Que por el mismo medio se envíe el texto completo, debidamente traducido al español, "de las normas que tipifican los delitos de conspiración, estafa, falsedad así como la prescripción de tales conductas, en el ordenamiento penal de los Estados Unidos de América".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. En relación con las peticiones plasmadas en los numerales 1 y 2, caben las siguientes observaciones:

Ambas se sustentan en el escrito que en copia aporta el peticionario, el cual, no obstante que se halla redactado en lengua inglesa, por la misma manifestación del aportante y por variadas trazas, corresponde a un documento público otorgado por funcionarios extranjeros. En efecto, el encabezamiento y la nota relacional se refieren al Tribunal Federal de Primera Instancia de los Estados Unidos para el Distrito Central de California ("United States District Court For The Central District Of California") y a la Primera Acusación Sustitutiva ("First Superseding Indictment"); y el encabezamiento contiene la expresión "El Gran Jurado acusa: ..." ("The Grand Jury Charges: ..."), notas todas pertenecientes al quehacer de la justicia federal.

De modo que, acorde con el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 118 del Decreto 2282

de 1989), tal documento, por ser público, debió presentarse debidamente autenticado por el cónsul de Los Ángeles (California), expresión que haría presumir que fue sustanciado conforme con la ley de los Estados Unidos. No basta que la señora *Claudia Stofenmacher de Levy*, al parecer una ciudadana que no detenta funciones oficiales, se hubiese presentado ante un Notario Público de aquella ciudad para certificar la autenticidad de un documento público, pues ni es la autora del escrito oficial ni está autorizada para dar fe de su genuinidad (fs. 25), facultad que, según la experiencia de los intercambios judiciales, corresponde al Secretario del Tribunal Federal de Primera Instancia.

Así entonces, por ser inconducentes, en la medida en que no se ajustan a las previsiones legales, se rechazarán las pruebas pretendidas por medio de los numerales 1 y 2 analizados.

B. Sin embargo, como ese escrito informal sumariamente da cuenta de una "primera acusación sustitutiva", la Sala de oficio ordenará que, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se averigüe la existencia de ese primer procesamiento reemplazante y, si es del caso, que se aporte la copia debidamente autenticada y el correspondiente abono de firmas (C. P. P., art. 540), ya que cualquier variación sobre el particular eventualmente puede incidir en el examen de la correspondencia de imputaciones delictivas o principio de la doble incriminación. De esta manera, también se satisface la inquietud dispuesta en el numeral 3 de la petición.

C. En cuanto a lo previsto en el numeral 4, es importante precisar que, durante el trámite jurisdiccional ante la Corte, la pertinencia de la prueba solicitada debe tener relación directa con los requisitos sustanciales y formales para conceder u ofrecer la extradición y con el objeto mismo del concepto que emite la Corporación antes de la decisión del Gobierno (C. P. P., arts. 549 y 558).

Así entonces, como el auto de procesamiento inicial se refiere a los delitos de Conspiración, Falsedad en declaraciones ante el Departamento de Educación, Conversión o apropiación de Fondos de dicho Departamento y Participación en Transacciones Monetarias con Propiedad Delictivamente Obtenida, infracciones de cuya regulación y pena legal se aportó la respectiva copia (Documento de Prueba 8, fs. 86 a 90), resulta superfluo pedir prueba de lo que ya se conoce, de un lado, y, de otra parte, es impertinente allegar copia de las disposiciones relativas a un hecho punible de "estafa" no mencionado en dicha acusación. Claro que si la resolución sustitutiva contiene otros cargos, junto con su copia auténtica se enviará la prueba de la positivización y sanción de esos nuevos delitos en la legislación de los Estados Unidos de América.

D. Ahora bien, el pretender los datos legales sobre prescripción de las respectivas conductas delictivas en el ordenamiento jurídico de Los Estados Unidos, también es discordante con los objetivos del trámite judicial de la extradición, pues la intervención de la Corte no se orienta a una revisión del proceso penal que con toda autoridad y soberanía adelantan los jueces extranjeros, sino que se trata de realizar confrontaciones objetivas para hacer expedita la asistencia y cooperación jurídica entre los distintos Estados, máxima razón de ser de la figura en cuestión. De tal manera que, si alguna duda asiste al peticionario sobre la vigencia de la acción penal por cualquiera de los delitos atribuidos, es cuestión que debe hacer valer en el respectivo proceso y ante la autoridad extranjera competente.

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

RESUELVE:

Primero. Por ser ilegal su exhibición, se rechaza como prueba la copia del documento aportado por el solicitante y que él identifica como "FIRST SUPERSEDING INDICMENT CR 97-57 A WDK".

Segundo. Denegar por impertinente la solicitud de copias de los textos legales relacionados con los delitos de conspiración, estafa y falsedad, así como las referentes a la prescripción de la acción penal prevista para tales conductas delictivas en la legislación de los Estados Unidos de América.

Tercero. Se abre la actuación judicial a pruebas y, dentro del término de diez (10) días, más el de la distancia, de oficio se ordena la práctica de las siguientes pruebas:

a. Por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se averiguará sobre la existencia de la primera acusación reemplazante (***"First Superseding Indicment CR 97-57 A WDK"***), al parecer dictada dentro del juicio de los Estados Unidos de América contra los ciudadanos *Sergio Stofenmacher y Kenneth Williams*, en el mes de febrero de 1997, y, si es del caso, se expedirá y remitirá una copia auténtica del documento, sujeta al abono de las respectivas firmas responsables.

b. En el evento de que se haya modificado la acusación, por medio de la inclusión de nuevos cargos o violaciones a la ley penal de los Estados Unidos, la autoridad respectiva expedirá copia de las demás normas violadas, previa aclaración en la solicitud de que ya se conocen los textos de descripción y pena relativos a los delitos de conspiración, el hacer declaraciones falsas dentro de la Jurisdicción del Departamento de Educación, la conversión de

Fondos del mismo Departamento y la Participación en Transacciones Monetarias con Propiedad Delictivamente Derivada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Maníilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*, *Nelson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

CONFESION / NARCOTRAFICO / CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA / DERECHO DE DEFENSA / NULIDAD

1. Es imperativo legal del artículo 297 del C. de P. P. previo a la valoración de la confesión en los términos en que lo ordena el artículo 298 del mismo estatuto, que el juez practique las pruebas tendientes a confirmar la veracidad de la confesión y las circunstancias del delito, lo que no implica forzosamente que esas pruebas arrojen ese resultado.

*Si en el proceso existe como **prueba única la confesión** y el investigador no ha cumplido con ese previo imperativo, el juez **no puede apreciarla** en la forma en que lo ordena el artículo 298 del mismo estatuto. La apreciación de tal prueba en estas condiciones equivale a concederle "ex-ante" un valor que legalmente no posee.*

2. El tipo penal de circunstancia específica agravante del mínimo punitivo consagrado en el numeral 3o. del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, es un tipo subordinado del contenido en el artículo 33 de la misma normatividad, por ello la duplicación del mínimo de la pena que prevê hace referencia a "los artículos anteriores", esto es, los artículos 33 a 37- que son todos, descripciones de conductas delictivas de diversa naturaleza dentro de la actividad de narcotráfico, que atentan contra el mismo bien jurídico.

*Precisamente por su condición de subordinado del tipo agravante de que se trata, no puede aplicarse de manera independiente, pues únicamente adquiere entidad jurídica **en referencia y sólo así**, con los tipos básicos a los cuales alude. De tal suerte, el vocablo "cantidad incautada", empleado por el legislador para imprimir mayor drasticidad a la pena mínima de los delitos definidos en los artículos 33 a 37 de la ley en mención, no puede limitarse al significado gramatical del verbo incautar. Este, haciendo parte del tipo subordinado, pierde también su autonomía y debe ser interpretado dentro del contexto de la normatividad represora del narcotráfico, que no*

por haberlo empleado solo en la redacción del agravante, excluye de sus efectos la mayor parte de las conductas delictivas que se reprimen, como que las más de las veces la incautación del estupefaciente no llega a materializarse.

3. Toda actuación judicial que conlleve desconocimiento del derecho de defensa así se origine en la propia sentencia constituye un vicio "improcedendo" atacable en casación por la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P., en armonía con el artículo 304-3 ibídem. Sin embargo, planteada la cuestión como una desarmonía entre la acusación y el fallo, nada impide su ataque por la vía de la causal 2ª como lo ha hecho el actor en el presente caso, pues en ambos eventos se llega al mismo resultado, la casación del fallo y la sustitución del mismo directamente por la Corte si el desconocimiento del derecho de defensa tuvo ocurrencia en la sentencia impugnada.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diciembre diez (10) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Paez Velandia*

Aprobado Acta No.152. Proceso No.9066

Conoce la Corte del recurso de casación incoado contra la sentencia proferida el 7 de septiembre de 1993 por el Tribunal Nacional, en la que se condena a *Alvaro Hernán Uscátegui Ramírez* a la pena principal de setenta y seis (76) meses de prisión y multa de veinte salarios mínimos mensuales y a la accesoria correspondiente, como autor responsable del delito tipificado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y de porte ilegal de arma de uso privativo de la fuerza pública.

En la misma providencia se cesa procedimiento en favor del mismo procesado por el delito de uso de documento público falso; se ordena expedir copias para que se investigue otro delito contra la fe pública en que el mencionado pudo incurrir, y se adoptan otras determinaciones pertinentes.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Así los reseña la sentencia impugnada, con apego al contenido procesal:

"Da cuenta la investigación, primero, del abandono súbito e inesperado de las filas del ejército nacional, del Capitán *Alvaro Hernán Uscátegui Ramírez*, quien a la sazón —**8 de agosto de 1990**—, se desempeñaba como Oficial Instructor en la escuela

Militar de Cadetes José María Córdoba, y luego, de su captura efectuada el 21 de diciembre de 1991 —en el corregimiento Subia de la comprensión municipal de Silvania, aclara la Corte—, por miembros de la Unidad Investigativa de Orden Público especial, adscrita a la Dirección de Policía Judicial e Investigación de esta capital, quienes en el procedimiento respectivo, decomisaron al capturado un revólver calibre .357 Magnum, sin salvoconducto, un vehículo marca chevrolet, color negro, de placas CAP-885, una motocicleta marca honda 250 centímetro (sic) de placas LDK-50, 3 radios marca yaesu, de series 16063868, 1E380567 y 1E401009, y dos cargadores para batería de los mismos, la Cédula de Identidad Venezolana No. 5'021.142 y el Pasaporte Venezolano No. 0448409 a nombre de *Pedro Antonio Romero*, con fotografía del capturado.

La investigación por el delito de Abandono del Servicio del imputado *Uscátegui Ramírez*, fue adelantada por la Justicia Penal Militar con arreglo al Código respectivo, y concluyó con sentencia de condena a 18 meses de arresto, según constancias procesales. (fls.126 y ss. c. o. 01).

A su vez, uno de los Juzgados de Instrucción de Orden Público de esta capital, que para la época investigaba los delitos de competencia de la llamada Justicia de Orden Público, entre ellos, el de Porte Ilegal de armas de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas y conexos, adelantó las correspondientes investigaciones, las cuales concluyeron con Resolución Acusatoria, proferida ya en vigencia del nuevo Estatuto procesal Penal -23 de julio de 1992- por uno de los Fiscales Regionales de Santafé de Bogotá." (fls. 35-36 cd. Tr.).

El vocatorio fue confirmado por la Fiscalía de segunda instancia el 29 de octubre de 1992 por varios delitos así: porte ilegal de arma de uso privativo de la Fuerza Pública (D. 2266 de 1986 y D.L. 2266 de 1991), infracción al estatuto de estupefacientes (Ley 30 de 1986 y D.2271 de 1991) y, falsedad en documento público en la modalidad de uso de documento público falso (fls. 1-12 cd. ppl. 3).

Rituada la etapa del juicio por el Juez Regional competente (fls. 52 y ss. cd. ppl. 2), se profirió fallo condenatorio por los mismos hechos punibles materia de la acusación (fls. 165-177 cd. ppl. 2), que el Tribunal Nacional modificó, quedando según su criterio tasada la pena en los términos conocidos, mediante la sentencia que ha sido recurrida extraordinariamente por la defensa (fls.34 y ss. cd. Tr.).

La Demanda

Un cargo principal y dos subsidiarios formula el profesional demandante contra la sentencia de segunda instancia:

Primero. Es violatoria de la ley sustancial, en forma indirecta, por aplicación indebida de los artículos 26, 41 y 45 C. P. y de los 33-3 y 38 de la Ley 30 de 1986 y correlativa falta de aplicación de los artículos 1°, 2° y 7° C. P., debido al error de derecho en que incurrió el Tribunal en la evaluación de la prueba de confesión.

Sobre la base de que el Tribunal consideró **prueba única** y la tuvo como fundamento de su decisión **condenatoria**, *la confesión*, en que el procesado refirió hechos que le perjudicaban y que así mismo los dio por ciertos pese a su posterior **retractación** y, a que durante la investigación no se practicaron otras pruebas tendientes a confirmar o infirmar aquel dicho, luego de extensas disquisiciones sobre el objetivo del precepto 297 del C. de P. P. y la **obligación** del funcionario investigador de practicar las pruebas "que puedan conducir a determinar la veracidad de la confesión y averiguar las circunstancias del hecho", asevera el censor, que a la evaluación **aislada** de ese medio de prueba en la forma en que lo dispone el artículo 298 de la misma codificación, esto es, teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica aplicables al testimonio, el juez:

"... **sólo debe proceder ... después de haber cumplido con el imperativo legal que le obliga a practicar todas las pruebas necesarias para establecer la veracidad de la confesión y la forma en que los hechos investigados acaecieron**, aunque como resultado del cumplimiento de dicha obligación no hayan podido ser aportadas nuevas pruebas a la investigación. Cualquier valoración de la confesión sin el cumplimiento de la formalidad previa consagrada en el artículo 297 del código procedimental penal, supone conceder ex-ante a la confesión un valor que legalmente no posee." (fl.113 cd. Tr.).

Insiste en que la **existencia** de la retractación implicaba la **inexistencia** de la confesión **como prueba única** y que en los casos en que medie aquélla o la cualificación de la confesión, la "valoración probatoria efectuada por el juez debe ser especialmente rigurosa" para poder aceptar la confesión y descartar la retractación o la cualificación. Deben pues, en su criterio:

"... **existir en el proceso otros medios de prueba que permitan dar prevalencia a unas afirmaciones sobre las otras, es decir, deben existir en el proceso otros medios de prueba que permitan, por ejemplo, determinar que lo afirmado en la confesión es cierto , mientras lo señalado en la retractación carece de solidez**".

Concretándose al caso en estudio el profesional critica severamente que el fallador aceptase como cierto el hecho confesado por

el procesado de haber contribuido a embarcar 1.500 kilos de cocaína "sin que ningún otro medio ratifique esa aseveración", lo que considera imposible, hasta el extremo de preguntarse cómo puede ello hacerse?

"... solo o de un momento a otro, esto es, sin una adecuada infraestructura humana, material y vehicular, por ejemplo".

Y volviendo cíclicamente sobre el tema, esta vez para destacar la exigencia investigativa para establecer la veracidad de la confesión prevista en el artículo 297 C. de P. P., concluye luego de larga exposición en la que dice conferir plena razón a conocido tratadista nacional:

"... puede afirmarse que el artículo ... —siguiendo en ello a la doctrina— consagra un requisito legal previo a la valoración de la confesión, por manera que sin su previo cumplimiento resulta ilegal cualquier valoración de dicho medio probatorio.".

Afirma que en el proceso no se practicaron otros medios de prueba tendientes a "acreditar la veracidad de la confesión y establecer la forma en que los hechos ocurrieron", por lo que el fallo debió ser favorable al acusado, no por aplicación del principio de favorabilidad ni por observancia de las reglas sobre carga de al prueba, "sino por inexistencia de un requisito legal previo a la valoración de la confesión", el del artículo precitado.

Añade que aunque la **confesión** debe ser evaluada según el artículo 298 del estatuto procesal de conformidad con las reglas de la sana crítica, también a éste debe someterse lo que denomina la "confesión favorable al sindicado", es decir, la **retractación**; pero como en estos casos se trata de dos expresiones provenientes de la misma persona, tales reglas de apreciación, aplicables al testimonio, "ven radicalmente reducida su utilidad": no puede entonces el funcionario dar preeminencia a una de ellas "sin un medio de confrontación" que lo son las pruebas distintas que el funcionario tiene la obligación de practicar.

Seguidamente dedica prolijos argumentos a cuestionar las razones argüidas por el Tribunal para conferir **credibilidad** a la confesión y negársela a la retractación, para arribar a la insistente conclusión del deber de práctica de todas las pruebas necesarias para corroborar la validez de aquélla, pues solo previo el cumplimiento de este requisito, podrá apreciarse adecuadamente la confesión y efectuar una valoración conjunta del acervo probatorio, ya que precisa:

"... está visto que una simple confrontación entre confesión y retractación no ofrece ningún parámetro válido para conceder validez a la una en perjuicio de la otra".

Agrega que al no haberse llenado la exigencia probatoria tantas veces mencionada, el Tribunal "debería haberse abstenido de valorar la confesión".

Considera entonces, que el Tribunal admitió y le concedió valor a un hecho aducido al proceso irregularmente con omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción, e incurrió por tanto, en error de derecho "por violación de los ritos de formación del medio probatorio". Transgredió, por consiguiente, a través de la violación del artículo 297 del C. P. P. , los artículos 26, 41, 45 del C. P. y 33 y 38 de la Ley 30 de 1986 al darles indebida aplicación y dejó de aplicar los que correspondían, es decir, los 1o, 2o., 3o. y 7o. del C. P.

Completando la sustentación advierte que se trató de un error "fundamental" porque recayó "sobre **el único medio probatorio**" que sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria, error que de no haberse cometido, habría acarreado la absolución de su procurado del delito contra la salud pública y añade, que no se trata de una "simple divergencia de criterios entre el fallador y el recurrente", sino de "una ostensible disparidad de criterios entre la sentencia condenatoria y una clara disposición legal... ".

Como petición consecuente, depreca al finalizar la demanda, la casación parcial del fallo, para que por sustitución se imparta absolución al procesado por el delito en referencia.

Segundo. La sentencia es violatoria, en forma directa, del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, por aplicación indebida, y por falta de aplicación de los artículos 1º, 2º, 3º y 7º C. P. al haber considerado que, según precisa:

"... se configura la agravante prevista en el artículo 38, numeral 3º de la Ley 30 de 1986 cuando la cantidad de sustancia estupefaciente (que en este caso era cocaína) **'transportada o sacada del país'** era superior a cinco kilos .... cuando en realidad la mencionada disposición legal solo permite agravar la pena cuando 'la cantidad **incautada**' sea superior a determinado número de kilos.".

Afirma que al procesado **no le** fue **incautada** cantidad alguna de estupefaciente ni él confesó que eso hubiera sucedido, lo que implica la inexistencia del presupuesto fáctico de aplicación del artículo 38 mencionado y por ende, su violación directa, al seleccionar equivocadamente esta norma y hacerla operante sin recoger el concreto hecho punible.

Si no hubo incautación, no podía el fallador dar aplicación a la agravante, y al hacerlo, omitió la de las normas sustanciales que

"realmente regulaban el caso", que lo eran los artículos 2º y 3º del C. P. sobre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y el artículo 7º "que prohíbe la aplicación analógica de las normas incriminadoras".

A continuación, retomando los argumentos esbozados en el cargo primero para cuestionar la inaplicación de estas mismas disposiciones y del artículo 1º C. P., concluye que su cliente **no podía tenerse como inmerso en las descripciones típicas de los artículos 33 y 38 de la Ley 30 de 1986** y por consiguiente no debería haber sido condenado, por el delito de "narcotráfico agravado por la cantidad de cocaína incautada". Añade:

"De acuerdo con dichas normas, además, el juez no puede crear tipos, ni agregarle elementos, ni extender en desfavor su tenor literal claro, ni aplicar analógicamente los tipos existentes".

Luego de detenerse en el error del fallador, consigna largas explicaciones sobre el tema de la interpretación de la ley penal, y con apoyo en conocidos criterios al respecto, antes de explicar el sentido gramatical del verbo **incautar**, afirma que en el caso en estudio y de acuerdo al método gramatical de interpretación es imposible hablar de "cantidad incautada", no habiendo mediado ésta.

Ampliando sus razonamientos, advierte que a pesar de ser el del artículo 38 de la Ley 30 de 1986 un tipo subordinado al básico del artículo 33 del mismo estatuto, no se supedita a los mismos verbos rectores de éste; y considera, con apoyo en connotados tratadistas internacionales, que:

"Sin embargo, el simple hecho de que una conducta que no esté expresamente descrita en la ley penal aparezca tanto o más digna de reproche, como otras que sí lo están, no confiere autorización al juzgador para erigir o extender la prohibición taxativa del tipo penal mediante el desconocimiento del claro sentido del tenor literal de una expresión tan clara como la de incautar, incapaz de mover a equívoco alguno.".

A continuación explica reiterativamente los efectos de la subordinación de tipos penales en punto a la interpretación y aplicación de la ley penal y advierte contra el error que implica "el uso de un procedimiento analógico de integración del tipo penal y de indebida extensión del ámbito de la circunstancia agravante", que como interpretación 'correctiva' de la ley:

"... no puede efectuarse lícitamente con argumentos meramente políticos o doctrinales, pues frente a ella la ciencia jurídica exige, por razones de seguridad jurídica, motivos claros de derecho

positivo, como sería, en este caso, que alguna otra disposición legal hubiera usado la palabra 'incautarse' en una acepción irregular más amplia que la que le confieren las reglas usuales del idioma y que constituye su indiscutible sentido 'natural y obvio'.".

Tras cuestionar largamente la aplicación indiscriminada del método de interpretación extensiva de la ley y enfatizar en que ella no puede tener lugar en el caso en estudio, porque la expresión 'incautar' es clara y por tanto obliga a permanecer en el terreno de la interpretación gramatical, objeta específicamente la interpretación analógica "cuando ella desfavorece al reo", adecuando sus reflexiones al caso y advirtiendo, nuevamente con apoyo en reconocidos tratadistas, que al juez —cuya función no es la de legislar— le está vedado "colmar las lagunas de tipos con la analogía", en detrimento del acusado, so pretexto de llenar "vacíos o lagunas" legislativos para aplicar la justicia material.

Añade que en el presente caso el Tribunal "en su afán de conseguir una interpretación extensiva del tipo penal (en realidad una aplicación analógica prohibida) pretendió colmar una supuesta laguna legislativa" y lo hizo mediante una interpretación perjudicial al procesado "contra los claros, expresos y estrictos criterios de los artículos 1º, 2º y 7º del Código Penal", incurriendo así en la vulneración del **principio de legalidad** consagrado en la C. N. y en la ley penal y procesal.

Al aplicar al procesado la causal 3ª en referencia por haber transportado o sacado del país una cantidad de cocaína superior a los cinco kilogramos, el Tribunal Nacional le atribuyó un agravante legalmente inexistente y así, mediante "aplicación analógica e incluso interpretación extensiva desfavorables" de la norma **creó** un tipo penal o una circunstancia agravante, careciendo de función para ello y dándole aplicación no obstante ser posterior a la conducta desplegada por el procesado.

Enseguida de puntualizar la estrecha relación entre los métodos de interpretación de la ley y la vigencia del principio de legalidad, reitera la transgresión legal que en su criterio contiene el fallo acusado, y consecuente, solicita subsidiariamente la casación parcial para que en fallo sustitutivo se declare que al procesado no le puede ser impuesta la agravante específica motivo de la objeción.

Tercero. También subsidiario. Con apoyo legal en la causal 2ª del artículo 220 del C. de P. P. sostiene el censor que no existe consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia.

Para sustentar el reparo advierte de inicio que jurisprudencialmente se ha reconocido que en la providencia en que el Estado formula los cargos al acusado deben mencionarse las circunstancias

específicas de agravación de los delitos y que solo esas pueden ser tenidas en cuenta en la sentencia condenatoria, porque atribuir circunstancias de esa naturaleza que no hayan sido "previa y expresamente mencionadas en la resolución de acusación constituye una flagrante violación al derecho de defensa.

Refiriéndose al caso en estudio afirma que en la resolución acusatoria no se imputó al procesado la circunstancia específica de agravación del numeral 3o. del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, y así expresamente lo reconoció el Tribunal, no obstante lo cual en la sentencia tal circunstancia se le dedujo, con el argumento de que no acarreaba desconocimiento del derecho de defensa "porque el procesado la conocía suficientemente, debido a que los hechos que la fundamentarían fueron admitidos por él en su confesión"..

Luego de transcribir el aparte de la sentencia en que el Tribunal así reflexionó, sostiene que cuando el sindicado confiesa, se refiere a hechos "y de ninguna manera a una calificación jurídica que pueda de alguna manera suplantar o suplir las funciones o fallas del juez competente"; que la formulación de una resolución acusatoria tiene como finalidad informar al afectado las razones para iniciarle un proceso penal público y contradictorio según el artículo 29 de la C. N. "y con las bases universales del proceso acusatorio". Si el cargo no está formalizado "no existe en el juicio y puede por tanto ser desentendido por la defensa"; la "única forma" de adecuada defensa en un juicio penal es el conocimiento exacto de los cargos que se formulan al procesado. "Finalmente -añade- constituye un exabrupto jurídico pretender tácitamente que el sindicado pueda renunciar, incluso tácitamente, a los ritos del debido proceso legal".

Tras reconocer que por lo general en el interrogatorio de la indagatoria el acusado se entera de "las razones por las cuales se está adelantando la investigación penal", sin calificación jurídica, afirma:

"... el acusado no tiene la carga de defenderse de lo que él conoce, o cree o dice conocer, sino frente a los cargos que oficialmente se le formulan por el Estado en el pliego acusatorio. Así como no hay delito putativo, tampoco existen cargos judiciales putativos".

A continuación y para insistir en la transgresión del derecho de defensa a su procurado, censura reiterativa y extensamente la posición del fallador de segundo grado sobre el asunto, dado que ni el procesado ni su defensor conocían la "inexistente ley previa" que permitía aumentar la pena cuando la cantidad de cocaína "transportada o sacada del país" exceda de los cinco (5) kilos, porque el

agravante en discusión sólo está previsto legalmente para los casos de 'incautación', solicitando al terminar su discurso, la casación de la sentencia impugnada:

"... en la exacta medida de la discordancia, esto es, prescindiendo de la agravante que, con deslealtad para la defensa e infracción de los usos interpretativos universales de la ley penal, se acogió a la hora de nona, cuando ya no podía ser controvertida.".

El Ministerio Público

En la opinión del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal el cargo tercero de la demanda, fundado en la causal 2a. del artículo 220 C. de P. P., **debe ser aceptado**, y por ello, la sentencia de segundo grado **casada parcialmente** "única y exclusivamente en cuanto hace relación a la exclusión de la agravante de que trata el numeral 3o. del artículo 38 de la Ley 30 de 1986", según precisa, impuesta al acusado en el fallo.

Descarta el **cargo primero**, que además, encuentra formulado antitécnicamente, porque al atribuirle error de derecho a la prueba de confesión aduciendo que no se practicaron otras pruebas, que habrían servido para verificar su veracidad, se hace consistir el error en un factor extraño a la prueba en sí misma, lo que además no podría configurar el dicho error porque lo que en definitiva cuestionaría el actor sería la falta de actividad del Estado en la labor investigativa, lo cual sería causal de nulidad por quebrando del debido proceso, más aún si el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 297 C. de P. P. se pregona como obligatorio, aunque para la Procuraduría es potestativo dado que la obligación investigativa está básicamente contenida en la norma que precisa el objeto de la investigación, el artículo 334 de la misma normatividad.

Encuentra que el actor no demuestra el error de derecho que pregona y, en síntesis, que se limita a censurar la valoración realizada por el Tribunal de la confesión del procesado y a tratar de acondicionar a ese yerro la omisión probatoria de que habla con el argumento, carente de solidez, de que para poder apreciarla deben mediar las pruebas previstas en el artículo 297 citado, siendo éste un razonamiento equivocado porque todas las pruebas "deben ser libremente valoradas por el juez en virtud del sistema de libre persuasión".

Encuentra contradictorio el aserto del demandante sobre la existencia de la confesión como prueba única pero simultáneamente afirmar que existieron dos elementos de juicio que debieron confrontarse, como fueron la confesión y la retractación, pues en verdad se trató de una sola prueba vertida en la indagatoria, rendida

en ocasiones distintas en sentido recíprocamente adverso; y siendo así, su valoración, a la manera de la del testimonio, debía adelantarse bajo la sana crítica judicial, frente a la cual los juicios del demandante "no tienen la fuerza de anular la sentencia". Fuera de lo anterior, lo cierto es que el instructor sí ordenó la práctica de pruebas adicionales a la de confesión, aunque no se obtuvieron los datos de veracidad que exige la ley.

Tampoco al **cargo segundo** de la demanda, violación directa del artículo 38-3 de la Ley 30 de 1986 hace eco el funcionario.

Considera que tal precepto es tipo subsidiario del 33 de la misma normatividad, que describe alternativamente varias conductas en diversos verbos rectores y, que hallándose referido y supeditado a éste por agravar las penas descritas en los artículos que le preceden, lo único que hace es agregar "unas circunstancias nuevas que cualifican uno de los elementos del tipo básico".

Admitiendo que la expresión gramatical usada en el artículo 38-3 es la que el casacionista arguye, considera sin embargo, que la norma debe interpretarse entendiéndose que la agravación "no se limita a la incautación de droga en cuanto la autoridad la aprehenda, o la decomise, sino a que la conducta típica realizada se cumpla sobre una cantidad de droga superior a cinco kilos, en tratándose de cocaína". Para reforzar su rechazo a la interpretación literal del precepto en comentario, advierte que de no ser como lo plantea, quedarían sin la agravación punitiva otras conductas —que ejemplifica— esencialmente idénticas y de daño al mismo bien jurídico y, en respaldo de su posición acude al criterio del mismo demandante sobre la interpretación "en sentido amplio de la ley" registrado en una de sus obras de teórica nacional del derecho penal. Añade que por razones de política criminal "resultaría un contrasentido interpretar de manera gramatical la norma en comento", ejemplificando casos que considera apropiados al de debate.

El respaldo del Procurador al **cargo tercero**, subsidiario, por inconsonancia entre la resolución acusatoria y la sentencia deviene de la consideración de que efectivamente se vulneró el derecho de defensa al implicado, al modificar en la sentencia el tipo penal en el cual se fundaba el cargo que se le había formulado por tráfico de narcóticos, imputándole la agravante específica del numeral 3o. del artículo 38 de la Ley 30 tantas veces mencionada.

Para el efecto, destaca cómo en la resolución acusatoria, aunque se refirió la conducta realizada por el procesado en la que constaba su participación en el tráfico de una gran cantidad de kilogramos de cocaína, no se calificó jurídicamente este aspecto,

sino que esta calificación solo se hizo en la sentencia de primera instancia, para cuya confirmación el Tribunal transcribió la confesión avalando así la imputación de la agravante para efectos de la dosificación punitiva, sancionando al afectado por un cargo que le era desconocido.

Tras reconocer que la jurisprudencia ha mantenido constante el criterio de que las agravantes específicas deben ser formuladas expresamente en el pliego de cargos para garantizar la defensa y reflexionar extensamente sobre el tema, establece el funcionario la diferencia entre "conocer el hecho (fenómeno natural" que es lo que sucede en la persona que confiesa y, "conocer procesalmente el hecho desvalorado por el acusador (fenómeno jurídico procesal)" para arribar a la conclusión de que el conocimiento primeramente mencionado no exonera al juez "de su deber de formularlo como cargo (desvalor atribuido por el Estado al fenómeno de hecho)", pues ello sería "antiprocesal y afecta las garantías fundamentales del debido proceso y cercena la defensa".

Acorde con su planteamiento conviene con el casacionista, que en el caso presente existe la incongruencia pregonada, que debe remediarse mediante la casación parcial excluyendo de la imputación de la sentencia la agravante 3ª del artículo 38 de la Ley 30 de 198.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Pese a la coadyuvancia del Ministerio Público en esta sede respecto de uno de los cargos formulados al fallo de segundo grado por el señor defensor, ninguna de las objeciones está llamada al éxito, según a continuación pasa a verse:

Cargo Primero. Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión.

El razonamiento respecto del error que así conceptualiza el abogado recurrente para la confesión recibida en este asunto se traduce en que:

1. *Es imperativo legal* del artículo 297 del C. de P. P. previo a la valoración de la confesión en los términos en que lo ordena el artículo 298 del mismo estatuto, que el juez practique las pruebas tendientes a confirmar la veracidad de la confesión y las circunstancias del delito, lo que **no** implica forzosamente que esas pruebas arrojen ese resultado.

Si en el proceso existe como **prueba única la confesión** y el investigador no ha cumplido con ese previo imperativo, el juez **no puede apreciarla** en la forma en que lo ordena el artículo 298 del

mismo estatuto. La apreciación de tal prueba en estas condiciones equivale a concederle "ex-ante" un valor que legalmente no posee.

II. En este proceso, *junto con la confesión* se produjo la *retractación* de parte del acusado, es decir, *no existió un único medio de prueba* y además no se practicaron las pruebas referidas por el artículo 297 precitado, sin embargo de lo cual el Tribunal, actuando como si sólo existiera la primera y sin ese requisito probatorio previo, la apreció **aplicándole las reglas de valoración** a que remite el artículo 298 del C. P. P. confiriéndole plena **credibilidad** y por tanto, condenando al acusado por delito contemplado en la Ley 30 de 1986.

Lo que el Tribunal debió hacer, colocado ante esas dos alternativas probatorias provenientes de la misma persona, igualmente válidas e, imposibilitado así para aplicar correctamente los criterios de sana crítica del artículo 298, era **abstenerse** de valorar esa prueba de confesión y **conferirle crédito a la retractación**, "por inexistencia de un requisito legal previo a la valoración".

Al no resolver así, incurrió en "error de derecho por violación de los ritos de **formación del medio probatorio**", y le confirió una presunción de veracidad que no admite prueba en contrario.

III. Sólo cuando —precisa el actor—, "... después de cumplida esa obligación legal, **permanezcan dentro del proceso como únicos medios de prueba la confesión y la retractación** puede el funcionario, **válidamente**, seleccionar entre ellas y entonces deberá forzosamente hacerlo en el sentido de favorecer al sindicado **otorgado credibilidad a su retractación**, pues en materia penal la carga de la prueba está en la cabeza del Estado.".

Pues bien: Antes que todo, y en razón de la conceptualización que el casacionista hace de la clase de error que en su criterio cometió el Tribunal Nacional al evaluar la prueba de confesión que según dice, sirvió de **único fundamento** a la sentencia de condena, conviene recordar brevemente que por error de derecho para los efectos de este recurso extraordinario se entiende en términos generales el que resulta de la **inobservancia** por el fallador, de las normas **reguladoras de la prueba**.

Puede darse, según se ha repetido insistentemente, cuando por esa inobservancia **evalúa en forma trascendente** para la decisión adoptada en la sentencia una prueba inválida o jurídicamente inexistente, o cuando le niega el valor categórico predeterminado en la ley a la prueba, o le confiere el que por ley no le corresponde.

El problema planteado en el caso de autos, se refiere, no a la inobservancia de los ritos de formación o incorporación al proceso

de la prueba de confesión, ni a la concesión o denegación de un valor predeterminado en la ley a la misma, sino a uno de los factores que **permiten al juez la formación del criterio** para su apreciación.

Este punto, si bien encuentra su ubicación en la normatividad reguladora de la prueba de confesión, toca, por su naturaleza, **en el específico evento**, con su **eficacia** probatoria, **no con su validez** como elemento de juicio valorable en el fallo, en efecto:

El artículo 298 manda al juez tener en cuenta las reglas de la sana crítica y los criterios para la apreciación del testimonio, cuando de evaluar la confesión y "determinar su mérito probatorio" se trata y, esa norma a la cual hace la remisión, el artículo 294, lo que hace es señalar pautas de sana crítica para la orientación valorativa de esa prueba, que contribuyen a hacerla más o menos digna de crédito, pero sin categorizarles ningún valor. Para la formación de su criterio en la apreciación de la prueba de **confesión**, el juez, pues, debe tener en cuenta, dentro de la sana crítica probatoria aplicable por mandato del artículo 254 del mismo estatuto a todos los medios de prueba legalmente reconocidos que en ejercicio de la libertad de prueba prevista en el artículo 253 hubiera recopilado para la investigación, **especialmente** estos factores:

"lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o los sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del declarante, a la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio",

La inobservancia en la evaluación del testimonio -en este caso, de la confesión de acuerdo a la remisión precedentemente anotada- de estas pautas de crítica racional, por consiguiente, **no acarrea la invalidez de la prueba**, pues esta sanción está diferida ***exclusivamente*** a las transgresiones rituarias **específicamente** señaladas por el legislador con ese efecto.

Ahora bien; por cuanto hace al artículo 297, aplicable en los casos en que se produce la confesión, resulta evidente que **no se trata de una norma que determine la validez de la prueba de confesión, o que le preestablezca un valor obligado**, sino de un mandato de **actividad probatoria**, reiterativo de la obligación investigativa impuesta al funcionario judicial para el cumplimiento de los fines de la investigación.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el señor defensor demandante sostiene que hubo "**violación de los ritos de formación del medio probatorio (ilegalidad intrínseca)**" -fl. 118-) respecto de la prueba de confesión, que no podía evaluarse para

otorgarle crédito por no haberse dado cumplimiento al requisito probatorio previo del artículo 297 del c. de P. P.; lo que debió hacerse, fue conferirle credibilidad a la retractación producida y absolver al acusado de la imputación del delito tipificado en la Ley 30 de 1986.

Pues bien, examinado el proceso y puntualizado por qué el precitado artículo **297, no es norma rituaria** de formación o producción de la prueba de confesión, ni de incorporación de la misma al proceso; ni que confiera a ese elemento de juicio, sea o no prueba única en el proceso un determinado valor que deba el juez respetar; y claro como es, que el precepto 298 sobre valoración de esa prueba **no** le confiere atributos de **validez** que inobservados la tornen legalmente inapreciable, ya que las condiciones para valoración que prevé miran únicamente a su **eficacia probatoria**, resulta imperativo afirmar que en este caso la prueba de confesión **no nació viciada**, pues fue espohtáneamente rendida por el acusado, ante funcionario competente, previa advertencia de las previsiones del artículo 380 del C. de P. P. vigente para cuando se cumplió la diligencia de indagatoria y en presencia del defensor (fl. 51), lo que implica que el **cargo primero** en estudio, formulado a la sentencia por el casacionista, no solo parte de un supuesto equivocado, sino que, al cuestionar la **credibilidad** que se confirió a la confesión en su proceso de evaluación judicial sin que en esa aceptación de la prueba mediasen errores aducibles en casación, se sustrae al recurso extraordinario y deviene **técnicamente impróspero**.

Pero tampoco en lo intrínseco del reclamo, asiste la razón al profesional.

El investigador, en cumplimiento del deber que le imponía el artículo 360 de la misma normatividad —hoy artículo 334 C. P. P.— con fundamento en las diligencias adelantadas por la Policía Judicial, **ordenó** en el auto de apertura de investigación (fl. 49) la práctica de las pruebas tendientes al cumplimiento del objeto de la investigación, específicamente, la de **indagatoria** del procesado.

Es de destacar que ante la Policía el procesado, a quien se le había decomisado una serie de documentos referentes a cuentas con varias personas y comprobantes de cuentas bancarias a nombre de otras, entre ellas, Carlos Alberto Pretel (fls. 63 81), así como documentos de identidad venezolano con otro nombre, una vez capturado y enterado de los derechos que en esas condiciones le asistían (fl. 23), **había rendido una versión libre y espontánea pero sin la asistencia de defensor (fls. 11-20 cd. ppl. 1)**. También ante ese cuerpo, habían declarado —sin juramento— sus empleados Luzmila Isabel Polo (fl. 31), Nestor Lizarazo (fl. 35) y Carlos Alberto Pretel (fl.36), lo mismo que su cónyuge.

Como en su injurada el acusado confesara largamente (fls. 50-62), no solo su participación en delito contra la salud pública -Ley 30 de 1986-, sino en otros hechos punibles,en versión que para el funcionario mereció credibilidad, con fecha 30 de diciembre de 1991 (fl.89), profirió en su contra auto de detención. En la misma providencia ordenó la práctica de numerosas pruebas (fls. 102-104), como bien lo advierte el Ministerio Público, entre ellas, ampliación de indagatoria, verificación de su situación patrimonial a través de sus declaraciones de renta, testimonios de las personas a las que mencionó como implicadas con él en los ilícitos, testimonios de los periodistas de los medios que hicieron publicaciones respecto de la captura y actividades del procesado.

En su extenso relato confesional el acusado había especificado extensamente todas sus actividades desde cuando desertó de las filas del ejército, explicando que salió del país con la colaboración de una organización dedicada al narcotráfico a la que se vinculó por intermedio de un Mayor en la misma institución que también desertó, de nombre Darío Antonio Pacheco y quien a su vez lo contactó con un tal Juan Pablo o "Juan Pablito". En esa organización sirvió en la tarea de cargar aviones con cocaína a Puerto Rico y Venezuela —país éste a donde se fue a vivir junto con su familia— y después desde tierra a unos veleros en calidad de buzo, decidiendo regresar al país luego de haber viajado al Brasil e intentar radicarse en Panamá, en donde tuvo gran tropiezo sentimental al hallar a su esposa con un extraño que posteriormente resultó violentamente muerto.

Hallándose detenido en la cárcel Modelo de la capital de la República el jefe de la Sección Jurisdiccional de Orden Público solicitó al Director del Establecimiento la adopción de medidas tendientes a garantizar su integridad por haber sido amenazado (fls. 119-123 cd. ppl. 1)

La retractación ocurrió después de haberse enterado de lo que algunos periódicos publicaron respecto de su conducta, temeroso de la reacción de las organizaciones de narcotraficantes y de la posibilidad de un secuestro al señalársele como dueño de la cuantiosa fortuna tomada de una de las propiedades del extinto Gonzalo Rodríguez Gacha (fl. 137). Explicando los motivos de su nueva versión, en la que afirmó que todo lo relatado respecto del narcotráfico había sido "falso e invención" suya, replicó:

"... Lo hice... porque quería acogerme a las medidas de seguridad que da la jurisdicción de Orden Público, ... porque hasta el momento es el único medio existente de justicia existente en el país que no han logrado corromper y el único que no obedece a presiones de ningún tipo por queni (sic) nunca tuve la oportunidad antes de

llegar a indagatoria de hablar a solas con mi abogado y pensé que imputándome ese delito podría acogerme a algún beneficio ...todo esto no es más que una lamentable telarañas (sic) tejida por el destino y la prensa" (fl. 139).

No obstante su ahora declarada inocencia, en otra ampliación de indagatoria suministró más concretos datos sobre las actividades de narcotráfico y una de las personas a ellas dedicada en la organización que dijo haber tenido la oportunidad de conocer bastante bien (fl. 143). Ante esta manifestación el juzgado investigador ordenó (fl. 147) establecer también la identidad y los antecedentes de esa persona (fls. 219, 220, 255, 258, 259), lo que no aportó resultado positivo (fls. 260, 336, 337), aunque la Dirección Antinarcóticos reportó la existencia de antecedentes de narcotráfico en alguien que pudiera ser un homónimo (fl. 279).

En desarrollo de la investigación ofició también el juzgado a los periódicos que publicaron datos más específicos sobre la conducta del acusado (fls. 233, 236) obteniendo algunas respuestas que no aportaron mayor ayuda (fls. 237, 238, 310) y la afirmación de un periodista de que los datos y fotografías le habían sido suministrados por el propio acusado (fl. 277); también había ordenado el Despacho allegar los antecedentes que éste pudiera registrar (fls. 244-246); y, obtener los datos para ubicar al oficial del ejército junto con el cual huyó el procesado del país y según narró, se dedicó al narcotráfico (fls. 249, 271, 273 y ss.). Así mismo, hizo seguimiento a una de las cuentas bancarias que con su falsa identidad venezolana tenía en Venezuela (fls.281-283) y a dos cuentas más abiertas a nombre, una de ellas, del individuo que había declarado ante la Policía Judicial en versión sin juramento (fl. 293) y respecto de la cual se habían incautado unos desprendibles de movimiento (fl. 66). También procurando éxito en la investigación oyó el testimonio de Francisco José Robledo Echeverry, al parecer mandatario del acusado en algunas de sus ilícitas actividades (fls. 318, 320, 330 294, 295).

En estas condiciones, la única lógica inferencia, es que el juez investigador adelantó toda la actividad probatoria que racionalmente podía realizar para establecer la veracidad de las versiones del procesado, aunque no obtuvo concretos resultados, efecto éste de común ocurrencia, como el mismo defensor lo reconoce en su demanda de casación cuando luego de reiterar la obligación judicial de practicar las pruebas previstas en el artículo 297 del C. de P. P. previamente a la evaluación de la confesión, afirma:

"... aunque como resultado del cumplimiento de dicha obligación no hayan podido ser aportadas nuevas pruebas a la investigación" (fl. 113 cd. Tr.).

Así la situación procesal, la afirmación del profesional de inobservancia por parte del juez investigador, de procurar establecer la veracidad de la confesión del implicado **resulta adversa a la realidad.**

Razón le asistió al juzgador de la primera instancia, al hablar en su fallo de la existencia, junto a la confesión rendida en la indagatoria, de "**prueba indirecta**" (fl.171 cd. ppl. 2), que si bien, no especificó ni analizó, como hubiera sido lo correcto, realmente sí obraba dentro del proceso; tal, el manejo por terceros de sus cuentas bancarias, presumiblemente de fondos provenientes de su ilícita actividad de narcotráfico y de sus no muy claros tratos comerciales con el testigo Robledo Echeverry. Y es de destacar que la omisión de la apreciación de tales probanzas —error que para el señor demandante pasó desapercibido—, en nada menguó, para el funcionario, la eficacia probatoria de la confesión, que por sí sola encontró digna de credibilidad, por contraste con la retractación, a la que, formado ya su criterio valorativo de la prueba desfavorable, no le dedicó particular atención.

También razón asistió al Tribunal Nacional -que pese a haber analizado tan completamente la confesión en la providencia en la que la Fiscalía confirmó la resolución acusatoria (cd. ppl.3), no se tomó el trabajo de verificar la actividad investigativa del juez y le formuló en la sentencia impugnada severa censura por su "abulia"-, **pues** su estudio probatorio de la sentencia refleja el fruto de la crítica racional de la prueba de confesión, que frente al principio de la libertad de prueba, fue el fundamento principal tenido como de suficiente entidad para soportar la condena.

Carente, pues, de solidez y de seriedad la acusación, también por su aspecto esencial, se declara **imprósperа.**

Cargo Segundo. Primero subsidiario. Violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida, del artículo 38 numeral 3º de la Ley 30 de 1986 y correlativa falta de aplicación de los artículos 1º, 2º, 3º y 7º del C. P..

Consistió el error del fallador en imputarle al acusado en la sentencia la agravante específica mencionada y así incrementarle la pena, a pesar de no haber habido incautación de cantidad alguna de sustancia estupefaciente, mediante la errada adecuación de la norma que la contiene a los hechos procesalmente reconocidos, error originado en la interpretación que realizó del verbo **incautar**, del tipo subordinado del numeral 3º del artículo 38 de la ley en cita, al hacerlo operante para las diversas conductas previstas en el artículo 33 de ese mismo estatuto, en el cual se hallaba inmerso el comportamiento del acusado.

En criterio del censor el Tribunal debió hacer interpretación gramatical y no otra, del precepto contenido en el numeral 3º del artículo 38 de la ley de que se habla, que reconoce tipo subordinado del artículo 33 de la misma normatividad, confiriéndole al verbo rector de esa figura jurídica: "incautar" el significado natural y obvio de su acepción gramatical, porque el vocablo es absolutamente claro.

El Tribunal, so pretexto de una interpretación extensiva del vocablo, realizó una interpretación analógica de la ley en perjuicio del acusado, que no tenía cabida, por la imposibilidad que representa hacerle significar al verbo incautar "transportar o sacar del país", que fue la conducta confesada por el implicado, con lo que, pretendiendo llenar un vacío legal, lo que hizo el fallador fue transgredir el principio de legalidad de delitos y penas, creando indebidamente un tipo penal "o de circunstancia agravante", pues se convirtió en legislador, cuando tal no es su función.

En verdad, como lo admite el casacionista, el tipo penal de circunstancia específica agravante del mínimo punitivo consagrado en el numeral 3º del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, es un tipo subordinado del contenido en el artículo 33 de la misma normatividad, por ello la duplicación del mínimo de la pena que prevé hace referencia a "los artículos anteriores", esto es, los artículos 33 a 37- que son todos, descripciones de conductas delictivas de diversa naturaleza dentro de la actividad de narcotráfico, que atentan contra el mismo bien jurídico.

Precisamente por su condición de subordinado del tipo agravante de que se trata, no puede aplicarse de manera independiente, pues únicamente adquiere entidad jurídica en referencia y sólo así, con los tipos básicos a los cuales alude. De tal suerte, el vocablo "cantidad incautada", empleado por el legislador para imprimir mayor drasticidad a la pena mínima de los delitos definidos en los artículos 33 a 37 de la ley en mención, no puede limitarse al significado gramatical del verbo incautar. Este, haciendo parte del tipo subordinado, pierde también su autonomía y debe ser interpretado dentro del contexto de la normatividad represora del narcotráfico, que no por haberlo empleado solo en la redacción del agravante, excluye de sus efectos la mayor parte de las conductas delictivas que se reprimen, como que las más de las veces la incautación del estupefaciente no llega a materializarse.

Conferir al vocablo en discusión la restrictiva significación y alcance en los términos que propone el casacionista, no pasaría de ser mera retórica limitante de una actividad natural e imperativa del juez, cual es la de interpretar la ley haciendo uso de su discerni-

miento para poder aplicarla, es decir hacerla operante a los fines sociales propuestos por el legislador.

Del contenido del texto del agravante 3° en comentario:

"Artículo 38. El mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores se duplicará en los siguientes casos:...

"3. Cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de marihuana; a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachis; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaina o metacualona".

Fluye claro que lo que el legislador quiso reprimir con mayor severidad, es la cantidad de sustancia estupefaciente manipulada por el agente, de la cual tenga probada noticia el proceso; no simplemente de la cantidad decomisada, pues es apenas lógico entender que el uso de la palabra 'incautada' no lo fue con el alcance restrictivo que le da el casacionista, sino para significar con ella "la droga o sustancia ilícita sometida a conocimiento de un Tribunal o autoridad competente para lo de su cargo, así no se halle aprehendida materialmente", o sea que el "tomar posesión" que utiliza el Diccionario de la Real Academia de la lengua como acepción de 'incautarse' lo entendió el legislador en sentido figurado con alcance jurídico, no material.

Ahora, si el legislador empleó un término impreciso, ello no impide al juez realizar su proceso intelectual interpretativo, para encontrar en la ley su verdadero alcance mediante el método teleológico que el mismo casacionista en su conocida obra acertadamente citada por la Procuraduría (fls. 64-65 cd. Corte) aconseja, buscando la verdadera voluntad implícita en la disposición, que tal fue lo que en el caso materia de estudio realizó el Tribunal.

Si por los términos de su confesión el Tribunal llegó a la convicción de que las cantidades de cocaína que el acusado ayudó, en compañía con personas que no fue posible identificar a lo largo de la investigación, a transportar y sacar del país, fueron superiores a cinco (5) kilogramos —ello explica la infraestructura material y operativa propia de una bien montada organización dedicada al ilícito negocio que puso en conocimiento de la autoridad— era apenas obvio, que el incremento punitivo del mínimo no se hiciese esperar, por resultar evidente u objetivamente incuestionable.

En estas condiciones, resulta indiscutible que el ejercicio por el juez, del trabajo interpretativo, cuando el texto de la ley lo requiere para hacerla operante al fin que persigue, no puede constituir, como dice entenderlo el profesional demandante, el

desconocimiento del principio de legalidad del delito y de la pena. Es sencillamente, el cumplimiento del deber connatural al juez, que ejercido con responsabilidad, va formando los criterios de interpretación propios de la jurisprudencia y va suministrando pautas generales de orientación al legislador para la comprensión de las situaciones que requieren de su manifestación funcional.

Por lo demás, esta discusión ya ha sido resuelta por la jurisprudencia. En efecto, en sentencia de 18 de septiembre de 1996, con ponencia del Doctor Juan Manuel Torres Fresneda, dijo la Corte :

"...tampoco puede perderse de vista que la ley no puede interpretarse aislando las expresiones de su contexto, esto es, que para el caso concreto, toda la labor crítica interpretativa recaiga sobre la definición del verbo "incautar", como si se tratara de una expresión suelta dentro del texto y sistemática legal, ya que lo que interesa en la función hermenéutica es buscar el sentido de la norma y no la de las expresiones independientemente consideradas. Así, lo primero que corresponde determinar es la razón de ser del numeral 3o. del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, esto es, que se trata de una circunstancia agravante de la pena del tipo básico descrito en el artículo 33 y que como tal dispone el aumento de la pena por la cantidad de droga o sustancia constitutiva del objeto material del delito.

"Esto significa que el verbo **incautar** objeto de la censura, si se tomare aisladamente, no sería aplicable a todos aquellos eventos en que se probare la existencia del corpus delicti, no obstante que haya desaparecido su materia posteriormente, o a aquellas hipótesis típicas de que trata el referido artículo 33 como la de "financiación", o inclusive en punto de los sujetos determinadores, o en el caso de la venta en el cual la sustancia, una vez hecha la negociación, se encuentra en poder del adquirente, quien pudo haberla consumido, etc.

"Trátase en consecuencia, de que en la sistemática de la ley, el "incautar" no es nada menos que una típica imprecisión legislativa, que no obvia el encuentro de su real sentido, el cual no es otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga objeto del delito exceda las cantidades previstas en el artículo 36.3 del Estatuto Nacional de Estupefacientes".

Bajo estas consideraciones, **el cargo no prospera.**

Cargo Tercero. Segundo subsidiario. Se sustenta en la causal **2ª del artículo 220 del C. de P. P.**: La sentencia no guarda consonancia con los cargos formulados en la resolución acusatoria, porque, no habiendo sido imputada al procesado la incautación de cantidad superior a cinco kilogramos de cocaína, esta circunstancia específica

agravante, se le atribuyó en la sentencia y con base en ella se le agravó la pena en los términos del numeral 3o. del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, conculcándosele su derecho de defensa.

Sea lo primero puntualizar, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia, que toda actuación judicial que conlleve desconocimiento del derecho de defensa así se origine en la propia sentencia constituye un vicio 'improcedendo' atacable en casación por la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P., en armonía con el artículo 304-3 ibídem. Sin embargo, planteada la cuestión como una desarmonía entre la acusación y el fallo, nada impide su ataque por la vía de la causal 2ª como lo ha hecho el actor en el presente caso, pues en ambos eventos se llega al mismo resultado, la casación del fallo y la sustitución del mismo directamente por la Corte si el desconocimiento del derecho de defensa tuvo ocurrencia en la sentencia impugnada. En consecuencia, se analizará el cargo así propuesto.

En concreta referencia al reclamo del casacionista, confiere la Corte la razón al Tribunal, al tener en cuenta el agravante del numeral 3º del artículo 38 de la Ley 30 de 1986 para la tasación de la pena impuesta al procesado.

Este confesó, como se ha dicho a lo largo de esta providencia con base en el contenido procesal, que participó en el cargue y transporte de **cocaína**, tanto por vía aérea como alcanzándola a veleros, para congraciarse con la **organización dedicada** a esa ilícita actividad, que fue la que le ayudó a salir del país luego de su deserción de las filas del ejército junto con un compañero de profesión militar a raíz de un allanamiento a una de las propiedades de uno de los más caracterizados narcotraficantes que han asolado al país. La versión confesional obviamente pone al descubierto que la cantidad de droga no podía ser inferior a la que justifica la reprensión agravada de la causal 3a. del artículo 38 de la citada Ley 30, dada la espectalidad de la organización a la cual se vinculó y, cuya existencia nada de inverosímil tiene vista la contundencia de la versión inculpatoria libre, espontánea y suficientemente detallada.

Habiéndose fundamentado tanto la resolución acusatoria en ambas instancias, como la sentencia, en su confesión, a la que se le confirió absoluta credibilidad, al punto que sirvió para reconocer el tiempo de rebaja autorizado por la ley, no puede hoy pregonarse que el cargo no se le atribuyó por el Estado en el acto acusatorio, con toda la trascendencia de la imputación.

Que ella no se le hubiera conceptualizado jurídicamente, no es razón para que se afirme su no deducción y conocimiento por parte

de acusado y defensor, ni para que se pregone, como lo hace el censor y lo prohija la Procuraduría, de cuya opinión se separa en este tópico la Corte, que simplemente se imputó un hecho y que ello es insuficiente para la adecuada defensa, pues no se trata de un hecho que modifique la adecuación típica de la conducta investigada y juzgada, sino uno de los denominados por la jurisprudencia y la doctrina como evidentes con la sola narración del aspecto fáctico del proceso, como ocurre con la cuantía en los delitos contra el patrimonio económico.

Es que la Ley de procedimiento, que en su artículo 442 preceptúa los requisitos formales de la resolución acusatoria, no exige las discriminaciones que echan de menos defensor y Ministerio Público, máxime cuando todos los delitos que reprime la legislación colombiana en lo referente a tráfico de narcóticos y sus respectivas agravantes están tipificados en la Ley 30 de 1986. Resulta entonces incongruente exigir las precisiones de que se habla, con el alcance que el casacionista pretende, cuando la misma norma, da por suficiente para el conocimiento de la imputación por el acusado y la defensa, la mención genérica de la ubicación normativa del delito previa la "indicación y evaluación de las pruebas allegadas a la investigación". Pretender cosa diferente es rendir culto a las formas sacrificando lo sustancial, comportamiento proscrito hoy por la propia Constitución en su artículo 228.

No compartidas las razones esgrimidas por el demandante en pro de la casación parcial que depreca en este cargo, se declara impróspero.

La Prescripción de la Corte Penal

Observa la Corte que el procesado *Alvaro Hernán Uscátegui*, fue condenado por un concurso material de delitos, el de infracción a la Ley 30/86 y el porte de arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas tipificado en el artículo 2° del Decreto 3664/86 incorporado como legislación permanente por el Decreto 2266/91, con pena privativa de la libertad máxima de 10 años, de acuerdo con la resolución acusatoria proferida en segunda instancia el 29 de octubre de 1992.

Según los artículos 80 y 84 del C.P., el delito de porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, prescribe en 5 años, contados a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria, los cuales acaban de cumplirse, lo que impone su declaratoria y consecuente cesación de procedimiento, debiéndose si redosificar la pena impuesta por el concurso, pues solamente queda condenado por infracción a la Ley 30/86.

La sentencia, al dosificar la pena partió de 64 meses, que corresponden a la infracción del artículo 33 de la Ley 30/86 aumentados en el doble por el numeral 3° del artículo 38 y disminuídos por la confesión en una tercera parte, más 12 meses por el concurso, lo que indica que ha de disminuirse este último incremento, quedando en definitiva 64 meses de prisión por el delito referido en la Ley 30/86.

En mérito, la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, parcialmente acogido el concepto del Ministerio Público,

RESUELVE:

1. NO CASAR la sentencia recurrida.

2. DECLARAR PRESCRITA la acción penal en cuanto se refiere al Porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, y en consecuencia, disponer la cesación de procedimiento por dicha infracción.

3. Fijar como pena privativa de la libertad definitiva la de sesenta y cuatro (64) meses de prisión al procesado *Alvaro Hernán Uscátegui* como responsable del delito de la Ley 30/86 a que se hizo referencia en la parte motiva. Las demás determinaciones del fallo impugnado, quedan sin modificación alguna. En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Dídimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

CALIFICACION DEL MERITO DEL SUMARIO

Constituye una garantía del derecho a la defensa y a la legalidad del proceso, el deber del funcionario en adecuar de manera concreta la conducta imputada al procesado, pues de lo contrario se dejaría abierta la posibilidad de que su ataque no cobije todos los cargos probatoriamente evidenciados al momento de la calificación.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., diciembre diez (10) de mil novecientos noventa y siete (1997)

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 152. Proceso No. 10362

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila), el tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante el cual revocó la sentencia absolutoria que el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa ciudad, había proferido el veintiocho (28) de agosto de ese año en favor del Pbro *Julio César Giraldo Giraldo* a quien le impuso en su lugar la pena principal de 36 meses de prisión, multa de $1.574.oo pesos y la suspensión del ejercicio de conducir vehículos por dieciséis (16) meses, como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones a título de culpa.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Aquellos, tuvieron ocurrencia al finalizar la tarde del día 18 de junio de 1990 en la vía Neiva - Juncal, cuando al regreso de un paseo organizado en la localidad de Alpujarra para despedir y recibir a los alcaldes saliente y entrante, chocaron el bus marca Chevrolet de placas VXE 220, 1969, afiliado a Coomotor de propiedad de José Edgar Gómez y conducido por Omar Rincon y el campero Susuki SJ 410 de placas GD 6421 de propiedad de José Francisco

Guzmán Correal y conducido por el Presbítero *Julio César Giraldo Giraldo*, en el cual perdieron la vida Herminda Tovar de Rojas y Nohora Consuelo Rojas Tovar, la primera al llegar al Hospital General de Neiva y la segunda días después y resultaron lesionados Yudi Rojas Tovar, Rolando Rojas Gómez, Henry Celis, Luz Marina Gómez de Osorio y el conductor Giraldo Giraldo, quienes se encontraban en el mencionado vehículo.

La investigación fue iniciada por el entonces Juzgado Sexto de Instrucción Criminal el 19 de junio de 1990, teniendo como base la diligencia de levantamiento de cadáver de la señora Herminda Tovar de Rojas, el informe suscrito por el Comandante de la Estación de Policía Vial del Huila y el respectivo croquis.

Fueron vinculados mediante indagatoria Omar Rincón Rincón y el Sacerdote *Julio César Giraldo Giraldo* y durante esa etapa se aportaron numerosos elementos de prueba. Al momento de calificar el mérito del sumario, la Fiscalía Cuarta Especializada de Neiva en providencia del diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), profirió resolución acusatoria en contra del Presbítero *Giraldo Giraldo*, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales culposas. Allí mismo le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, con derecho a la libertad provisional.

Respecto del indagado Omar Rincón Rincón decretó en su favor preclusión de investigación.

Apelada la decisión por la defensora del acusado, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, mediante providencia de enero trece (13) de mil novecientos noventa y tres (1993), la confirmó en su integridad.

El asunto pasó al conocimiento del Juzgado Octavo Penal del Circuito que en cumplimiento del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal dispuso la práctica de varias diligencias, luego de lo cual celebró la correspondiente audiencia pública y dictó el fallo de primer grado el veintinueve (29) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994), en el cual absolvió a *Julio César Giraldo Giraldo* de todos los cargos por los cuales se le había vinculado al proceso.

Apelada la decisión, el Tribunal Superior de Neiva, la revocó y en su lugar impuso al encausado la condena al inicio reseñada.

La Demanda de Casación

Dos cargos formula el censor contra la sentencia de segundo grado, así:

Primer cargo.

El fallador incurrió en error de hecho en la apreciación de los testimonios de Rolando Rojas Gómez, Angel Alberto Cuellar, Manuel José Castillo González, Luz Estella Jiménez de Florian, Yudy Fernanda Rojas Tovar, Luz Marina Gómez de Osorio, Henry Celis Peña, José Glenn Osorio Lozano, Edgar Gómez Rodríguez, Oscar Fernando Quintero Ortiz, el agente de la policía Nepomuceno Moreno, las indagatorias de Omar Rincón y *Julio César Giraldo Giraldo*, las diligencias de inspección judicial y los peritazgos al otorgarles un sentido que no corresponde a su contenido fáctico, con lo cual se infringieron de manera indirecta los artículos 329, 330 y de 26 del Código Penal, al condenar.

Dice que la sentencia ubica el comportamiento del procesado en tres aspectos:

1. "El Estado de Embriaguez"

2. Adelantar por el lado derecho y

3. Sobrepasar en curva

Sobre "El Estado de Embriaguez" manifiesta que el hecho de celebrar, bailar, contar chistes, ser temperamentalmente alegre no son demostrativos de ese estado por parte del sacerdote, como se dice en la sentencia que 'tomo aguardiente en significativa dosis', afirmación que califica de vaga e imprecisa y carece de respaldo probatorio.

De un lado el procesado aceptó haberse tomado un trago de aguardiente en la población de Baraya; dijo en su indagatoria '...no consumí licor, de Baraya en adelante porque solo mientras tocó la banda dos piezas le recibí un trago de aguardiente a una persona...luego me tomé un aguardiente, y no fue más...'.

El testigo Manuel José Castillo González en su declaración dijo: '...Yo lo vi en Baraya que se tomó el sacerdote un aguardiente...y estaba en ese momento en sano juicio...'. 'Tampoco vi que el sacerdote se acercara al bus de Coomotor a brindar aguardiente, pues yo iba al lado de la puerta de salida y no vi nada de eso...'.

Laureano Heredia dijo: '...En Baraya yo lo vi que se tomó unos agurdientes, y de Baraya hacia Betania no me di cuenta si tomaría licor... y durante el almuerzo yo lo vi en forma normal, su estado anímico era bueno...Tampoco me di cuenta que se acercara al bus y brindara aguardiente'.

Rolando Rojas Gómez, afirmó '...Ahí en Baraya el sacerdote se tomó unos tragos, por el camino no tomó nada, ni yo tampoco y

durante el almuerzo estaba en sano juicio...su estado anímico era bueno...'.

Otros testigos, agrega el censor, son categóricos en afirmar que no lo vieron embriagado, entre ellos:

José Glenn Osorio Lozano quien manifestó: '...él estaba alegre, yo no le noté si estaba embriagado...' y que no vio si el sacerdote le pasaba licor a los pasajeros del bus.

Yudy Fernanda Rojas sostuvo: '...yo no lo vi tomando aguardiente, agua no más...'

Henry Celi Peña dijo : '...yo no sé si ellos iban tomando más ahí, lo que sí comíamos era mandarinas, a mí me pasaban mandarina...'

Luz Marina Gómez de Osorio afirmó en su ampliación 'No, yo no me di cuenta de eso, no me di cuenta si estuviera tomando o no yo no ví que el padre hubiera acercado el carro de él a bus para brindar licor, ni de recibir licor...'

Luz Stella Jimenez de Florian dijo : '...yo sinceramente no me di cuenta de eso...'

Angel Alberto Cuellar manifestó '...El padre *Julio César Giraldo* sí estaba tomando aguardiente...'

Según el censor, los únicos testigos que podrían respaldar la afirmación del Tribunal, son el conductor del bus Omar Rincón Rincón y el ayudante Edgar Gómez Rodríguez, hijo del propietario del vehículo, quienes de forma insistente hacen resaltar que el sacerdote se encontraba embriagado porque venía ingiriendo licor desde tempranas horas, lo cual no corresponde a la realidad, frente a los testimonios ya citados y analizados.

Se advierte en el conductor del bus el interés de distorsionar la verdad, porque de esa forma elude su responsabilidad y en el ayudante para favorecer los intereses patrimoniales de su padre. Tales afirmaciones fueron acogidas por el Tribunal sin mayor análisis y no corresponden a la realidad, sino al interés personal de estos en el resultado del proceso.

Además, mientras las víctimas del accidente, entre ellas el sacerdote Giraldo eran trasladadas al hospital por la gravedad de sus lesiones, en el sitio de los hechos quedaron el conductor del bus y su ayudante quienes informaron en forma parcializada lo relacionado con la causa del accidente "induciendo al error que se destaca en la sentencia acusada".

De otra parte al padre *Giraldo* no se le practicó examen de alcoholemia, lo cual impide predicar en la forma equivocada que lo

hace el Tribunal, que el sacerdote se encontraba en estado de embriaguez, al punto que en la resolución de acusación no se hace mención a la agravante prevista en el artículo 330 numeral 1° del Código Penal.

Hace referencia a lo manifestado por el Fiscal acusador en la diligencia de audiencia pública, quien sostuvo que al implicado no se le agravó el hecho punible porque no contaban con la prueba técnica y científica que a su juicio, era la adecuada para deducir la circunstancia de agravación.

Por ello al libelista le resulta extraño que en la sentencia se haga tal afirmación, cuando según la doctrina y la jurisprudencia que el estado de embriaguez se prueba con el resultado del examen clínico que practique el forense y en su defecto, con el examen de alcoholemia y no por medio de testigos.

Como respaldo de la anterior afirmación, acude el demandante al estudio realizado por funcionarios del Instituto de Medicina Legal, denominado Actualización del Dictamen Medico Forense por Embriaguez, donde se plantea la necesidad de tales exámenes y del cual resulta que: **"la *prueba testimonial* para acreditar la sobriedad o embriaguez de un individuo de primer grado, *no es* idónea aunque el testigo sea versado en la materia"**.

Respecto del "adelantamiento por el lado derecho y sobrepasar en curva", inicia diciendo el demandante que el sacerdote *Julio César Giraldo Giraldo* sostuvo en su indagatoria y en la diligencia de inspección judicial : 'Después del retén observé el Toyota de Jaime Osorio detras de mi. **Al llegar al lugar del accidente vi por el retrovisor como el bus quería adelantarse**, sentí un golpe y las vueltas a continuación que dio mi carro. Es todo lo que recuerdo hasta hoy'.

Lo anterior, agrega el libelista, es confirmado por los siguientes testigos:

Laureano Heredia, cuando manifestó 'Viniendo de Betania a Neiva uno de los pasajeros del bus un señor *OBER González* hizo parar el bus y se bajó y compró una botella de aguardiente y tomaron ahí las personas que venían en el bus....ahí me di cuenta que el jeep de la parroquia y que conducía el párroco venía detrás del bus y el otro jeep de Jaime Osorio también venía detrás del bus, **ya llegando casi como a un kilómetro y medio de Neiva se sintió como si hubiera pegado al jeep al de la parroquia y miramos hacia adelante y fue cuando vi que el jeep estaba dando volteretas saliendo de la carretera...**

Rolando Rojas Gómez dijo: 'A mi me contó esto un señor que se llama *Alberto Cuéllar* que iba en el bus y luego nos vinimos adelantico donde hay un reten de la policía, el bus de coomotor nos pasó y más adelantico, el jeep donde íbamos se le aprejó (sic) el bus para pasarnos, y en una curva, yo no se si sería que el cura Julio César se le pegó mucho al bus y no lo alcanzó a pasar y como el bus era de esos chatos los músicos venían sentados encima del motor pues esos buses tienen el motor adelante al pie del asiento del chofer...'

Manuel José Castillo González manifestó: 'Vi el carrito del padre que iba al lado derecho, lo pude observar por la puerta del bus por que yo iba en el primer puesto al lado derecho, al pie de la puerta, entonces el bus, en una curva fue a adelantar el carrito del cura y creo que le dio un medio golpecito en el bomper del bus y luego le dió golpe, y creo que con el primer golpecito lo mandó hacia la mitad de la carretera y luego le dio el otro y lo mandó al lado contrario...el chofer no vio el carro del cura porque como iba mucha gente adelante tapando la visibilidad del chofer no se dio cuenta de lo ocurrido pues inclusive el chofer dijo luego qué fue lo que pasó'.

En la inspección judicial este mismo testigo afirmó:

'Es que el bus venía por el lado de allá, es decir por la otra calzada, o sea por el carril izquierdo y el padre venía por el lado derecho...yo vi avanzar al padre, pero no se decir si iba adelantar el bus o era el bus que lo iba a adelantar, no puedo decir en ese caso.'

Yudy Fernanda Rojas Tovar manifestó:

'...y después cruzamos y nos atropelló el bus, eso fue en una curvita, el carro de la parroquia se adelantó a cruzar, en una vueltica y ahí el bus le dio por la parte de atrás...'

Henry Celis Peña, al preguntársele si el sacerdote se adelantaba con exceso de velocidad a cada momento zigzagueando delante del bus , contestó 'Yo no estoy de acuerdo con eso porque el padre iba bien, iba por la vía, pero al momento del accidente si no sé como fue, eso si no lo sé decir...'

Angel Alberto Cuellar dijo:

'El padre se le quedaba, se le pasaba y en una curva se le fue a pasar al bus, el bus le dio con la parte de adelante, yo creo que le dio en la parte que lleva la llanta de repuesto y el campero empezó a dar vueltas...el bus iba por el lado de el y al llegar a la curva el bus se abrió un poquito para pasar la la curva y ahí fue

cuando el padre vio un clarito y se metió por ahí y ahí fue cuando el bus le dio porque como venía en curva seguro no lo alcanzó a ver...'

En la diligencia de inspección judicial agregó:

'Yo venía delante del bus en compañía de los buses, yo venía parado, al pie del chofer, los músicos venían sentados al pie del chofer, encima de donde viene el motor, los músicos miraban hacia atrás venía mirando hacia adelante del bus venía adelante donde lo cuadraron, el padre venía en la parte de atrás, un poquito adelante el padre se le pasó al bus, pero **como el bus venía abierto hacia la parte de allá el padre se le metió por este lado, o sea el derecho porque vio el espacio que le dejaba el bus, al coger la curva el padre se abrió un poquito para coger la curva bien, y fue cuando el bus le pegó pasito hacia la parte de atrás del jepp y fue cuando fueron a dar a la parte izquierda mirando hacia Neiva**'

Cuando se le preguntó si el procesado adelantaba el bus en curva, contestó: '**en curva no**, en recta sí, como veníamos en paseo pues él esperaba y luego se iba adelante, pues veníamos en gallada teníamos que ir todos juntos, para no dejarnos solos nos esperaba...se adelantó fue en el momento antes del accidente por la parte, porque el bus le dejó un campo, pues tenía el campo necesario para pasar, **al llegar a la curva fue cuando le dió el bus**'

Sobre la ubicación de los vehículos dijo:

'Cuando yo vide (sic) así paso. Se deja constancia que **el testigo está indicando el bus por el carril izquierdo mirando a Neiva, con la punta delantera del bomper hace contacto o golpea al campero con la punta tracera izquierda de éste, y que enseguida viene el volcamiento**'.

José Glenn Osorio Lozano indicó:

'**No el cura iba adelante del bus**...íbamos llegando a Neiva, **el cura venía adelante manejando el suzuki, nosotros veníamos detrás del suzuki en el carro de Jaime cuando nos alcanzó el bus y nos pasó y siguió a adelantar el carro del cura y llegaron a una curva y todavía no lo había adelantado y entonces en la curva lo cerró, el cura se salió un poquito a la derecha y volvió y entró a la izquierda y ahí fue cuando el bus le pegó y lo volcó**...'

Según el censor, contra esta serie de testimonios, solamente surge como prueba en contrario la versión del conductor del bus, Omar Rincón Rincón quien dijo que el sacerdote trató de sobrepasarlo por el lado izquierdo y allí se produjo la colisión; y la de su

ayudante Edgar Gómez Rodríguez, en el mismo sentido pero que luego rectificó, en la diligencia de inspección judicial al aceptar que al momento de la colisión el procesado se desplazaba por el lado derecho de la calzada.

Con el álbum fotográfico en el que se ilustran las versiones de los testigos y del sacerdote que participaron en la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de los hechos, se confirma que al momento del accidente, el campero conducido por su representado se desplazaba por el carril derecho de la vía hacia Neiva. Así como también resulta inverosímil la versión del ayudante del bus, en cuanto al taxi que venía en sentido contrario, porque por el ancho de la vía necesariamente hubiera colisionado con el bus.

Para respaldar lo anterior, agrega el libelista, basta revisar el dictamen pericial practicado a los vehículos, donde se destaca:

En cuanto al jeep:

'...**Presenta en la parte posterior izquierda adherencias de pintura roja y azul lo mismo que en el estribo del mismo lado y en la llanta posterior izquierda**'

La gráfica No 6 del álbum fotográfico señala las abolladuras en la puerta izquierda parte inferior y '**los sitios donde se encontraron muestras de pintura roja y azul causados al parecer por fricción**'. En la gráfica No 7 se observa que el guardafango trasero izquierdo presenta abolladuras y muestras de pintura roja, donde señalan las flechas.

Respecto al bus:

'Solamente se observa que este automotor **presenta en la defensa delantera lado izquierdo fricciones de pintura gris, direccional del mismo lado destruido y a continuación de las fricciones presenta huellas de impacto de llantas**'

En las gráficas 11 y 12 se aprecian muestras de pintura en la parte superior izquierda de la defensa del bus y un cocuyo roto. Según la gráfica 13, se observan daños en la defensa delantera del bus. Las flechas señalan manchas de color negro, al parecer causadas por las llantas.

Para el libelista, lo anterior significa que el campero recibió el impacto por el lado izquierdo, pues allí se localizan las huellas de la pintura que correspondía al bus, y de ello se concluye en forma indiscutible que el jeep se desplazaba por el lado derecho de la calzada cuando fue golpeado por el bus que avanzaba por el lado izquierdo de la misma.

La referida prueba técnica nunca plasmó las siguientes afirmaciones hechas por la Fiscalía en la resolución de acusación:

"Al folio 20 obra el acta de Inspección Judicial practicada a los vehículos que colisionaron y allí se describe que el campero suzuki que fue el que más daños sufrió, presentaba adherencias de pintura y fricción en la parte posterior izquierda, es decir, **el costado opuesto del conductor** y el bus Chevrolet daños superficiales en la defensa delantera, costado derecho con adherencias de pintura gris, **o sea el costado que corresponde al del conductor de dicho vehículo.** Lo anterior puede apreciarse con las fotografías que lo ilustran a partir del folio 41".

El error de interpretación en la prueba referida es tan evidente y de ello hay que destacar que si bien es cierto el campero presenta huellas de pintura al lado izquierdo, lo que no corresponde a la realidad es que se diga que las fricciones se encuentran al costado opuesto del conductor, pues en la mayoría de los vehículos éste se encuentra al lado izquierdo.

Tampoco es cierto, agrega, que las adherencias de pintura gris que se dice tenía el bus, se encontraran al lado derecho, tal como se observa en el acta de inspección y la gráfica No 12. Lo mismo sucede con la ubicación del conductor quien se encuentra ubicado al lado izquierdo del automotor y no al lado contrario.

Se afirma también en la sentencia que el testigo José Glenn Osorio llegó tarde al lugar del accidente y por ello le niega credibilidad a su dicho, pero lo cierto es que éste marchaba detrás del campero y dada su posición pudo observar lo acontecido y por ello afirma que vio cuando el bus golpeó al campero que transitaba por su vía, o sea la derecha.

A su modo de ver, la prueba demuestra con claridad que el campero se desplazaba antes del accidente y en el momento de su ocurrencia, por el lado derecho de la calzada. Por lo tanto, era el conductor del bus quien se desplazaba por el lado izquierdo y a quien correspondía tomar todas las precauciones para evitar el accidente en el momento que intentó adelantar, porque era lógico que en recta o en curva no podía pasar al carril derecho cuando éste se hallaba ocupado por el otro vehículo. Las huellas de pintura localizadas en la parte posterior lateral izquierda del campero prueban que la maniobra del bus al adelantarse fue imprudente, pues lo golpeó invadiéndole la calzada y produciendo el accidente.

Para el casacionista, "Interpretar en otro sentido, la prueba allegada al proceso es distorsionarlo porque se está haciendo producir a ésta efectos diferentes a los que verdaderamente expresa,

en un falso juicio de identidad por errónea apreciación de la misma, violándose en consecuencia indirectamente y por aplicación indebida, los arts 329, 330 y 26 del Código Penal que fueron el fundamento de la sentencia condenatoria".

De no haberse incurrido en el error que se predica del fallo, la decisión hubiera sido de absolución para su representado.

Segundo Cargo.

Acude el censor a la causal segunda de casación, porque según él en la calificación y en la parte considerativa de la resolución no se dijo que el procesado debía responder por la embriaguez como agravante de la conducta que se le atribuyó como autor material del delito de homicidio en accidente de tránsito, agravándole la situación jurídica al aplicarle el artículo 330 numeral 1.° del Código Penal.

En este sentido, se presenta la falta de consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia.

Explica que en el término de la causa no hubo modificación alguna en la actuación jurídica contenida en el acto calificatorio y por tanto el Tribunal se excedió al hacer más gravosa la situación del procesado.

Al expediente nunca se aportó prueba de tal naturaleza que como bien se sabe, es la única idónea para establecer el grado de alcohol que circula por la sangre y establecer unas consecuencias.

Solicita por lo tanto, que conforme al artículo 229 numeral 1º del C de P.P., se case el fallo impugnado y se dicte el de reemplazo.

Respuesta del Ministerio Público y Consideraciones de la Sala

Segundo Cargo.

Estima el actor que el fallador de segundo grado ha incurrido en error de hecho al apreciar erróneamente la prueba que lo llevó a determinar la responsabilidad penal a título de culpa del sacerdote *Julio César Giraldo Giraldo* en los delitos de homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito, por los cuales había sido absuelto en primera instancia.

El falso juicio de identidad, motivo invocado por el libelista para derrumbar el fallo del Tribunal, consiste en que el juzgador altera el contenido objetivo de la prueba otorgándole un alcance que no tiene. Para demostrarlo, es su deber realizar una comparación entre dicho contenido y el análisis que al respecto efectuó el fallador y lógicamente determinar la incidencia que el supuesto error tuvo en la decisión final.

Tales pautas no fueron agotadas en su totalidad por el recurrente y por lo tanto no hubo demostración del yerro enunciado. El demandante se limitó a resaltar apartes de algunos testimonios y de allí se dedicó a atacar el análisis probatorio efectuado en la sentencia, mas no los hechos que para el fallador se desprendieron de las pruebas.

Por ello estimó la Delegada que no le asiste razón al libelista en sus reparos, porque la sentencia de segundo grado contiene un estudio sistemático de las pruebas, donde expone con claridad la razones que tuvo para determinar la responsabilidad penal a título de culpa del sacerdote *Julio César Giraldo Giraldo* en los delitos de homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito, apartándose de los planteamientos del fallador de primer grado.

Esta falla de orden técnico, perdura en la demostración de la censura e impide de plano su prosperidad porque en sede de casación resulta inaceptable atacar el convencimiento del juzgador respecto del acopio probatorio. Bien se sabe que en esa materia, el funcionario encargado de su análisis es autónomo para formar su apreciación y otorgar el valor que considere de acuerdo a los parámetros de la sana crítica. Solo en el evento de que estos sean desconocidos (la experiencia, la lógica y la ciencia) es viable su controversia.

En la sentencia objeto de censura, se analizó la abundante prueba testimonial así como la gráfica y pericial de lo cual el fallador estimó que se podían deducir importantes elementos de juicio que concretó en:

"a) El padre *Giraldo Giraldo*, un hombre reconocido entre la feligresía del pueblo donde ejercía su función sacerdotal (Alpujarra) como activo y de temperamento alegre y festivo, se integró ese día de tal manera a la celebración que bailó, contó chistes, molestó y tomó aguardiente en significativa dosis.

Al mando del jeep en plena ruta y por repetida ocasión, se acercó al bus —necesariamente por el lado derecho— para pasarle al ayudante una botella de aguardiente". (fl 53 cdno Tribunal).

Pretende el libelista, inicialmente, desvirtuar el estado de embriaguez del procesado *Giraldo Giraldo*, mediante el análisis personalísimo de los testimonios por él resaltados para concluir que de ellos no se puede deducir el alicoramiento del Presbítero, pues quienes así lo quieren hacer ver, como el conductor del bus y su ayudante, solo tienen interés en distorsionar la verdad: el primero, para eludir su responsabilidad y el segundo para favorecer los intereses patrimoniales de su padre. Tales testigos, según el

demandante, suministraron en forma parcializada lo ocurrido en el accidente de tránsito.

Contrario a lo anterior, encuentra la Sala, con la Delegada, en las reflexiones del juzgador el completo y ponderado análisis de los elementos de juicio para concluir con la responsabilidad del presbítero. Para demostrarlo veamos lo que con acierto resaltó el Ministerio Público de la sentencia objeto de censura:

"El Tribunal, reseña en primer lugar el estado de alicoramiento del clérigo, respaldado en los siguientes testimonios:

Rolando Rojas Gómez: vió al sacerdote *Julio César Giraldo*, en la población de Baraya, tomando unos tragos de aguardiente;

Angel Alberto Cuéllar, observó que en el municipio de Betania "el padre estaba como prendido", hablaba cosas raras, echaba agua con totuma, le ahogó a él una cachucha y casi hace voltear la embarcación; y

Manuel José Castillo González, vió al sacerdote tomando aguardiente, en un comienzo.

En segundo lugar se refiere el ad - quem al comportamiento del sacerdote cuando "Al mando del jeep en plena ruta y por repetida ocasión, se acercó al bus -necesariamente por el lado derecho- para pasarle al ayudante una botella de aguardiente". Para esto tuvo en cuenta:

Lo expresado por los sobrevivientes del campero conducido por el padre *Giraldo*, señores: *Rolando Rojas Gómez* y *Henry Celis Peña*. Aquel sostiene: "Cuando veníamos de Betania para Rivera, el sacerdote como le había quedado como una media de aguardiente en la botella, entonces se la pasó al ayudante ... de bus que venía en la puerta del bus, y esto ocurrió andando los dos carros". *Henry Celis*, afirma que iba sentado sobre la llanta de repuesto del campero conducido por el sacerdote, rumbo a Neiva. *Hernández* que iba en el interior, le pasó un trago de aguardiente Cristal y "yo pillé una sola vez y el padre le pasó la botella ahí a alguien en el bus... por ahí unas dos veces que yo los pillé para que voy a decir que una sola vez, el padre iba arrimando el carro y se ubicaba bien al pie de la puerta y el padre pasaba y recibía la botella cuando estaba de frente los vehículos". Agrega que el sacerdote es de ambiente y toma lo normal.

Angel Alberto Cuéllar ratifica lo anterior, diciendo que iba parado en la parte delantera del lado derecho del bus y de camino "bien atrás el padre nos sacó una botella y nos la pasó", pero él desconoce si era de agua bendita o de aguardiente.

Al señalar el fallador el segundo grado que el sacerdote *Giraldo Giraldo* trató de superar el bus por el lado derecho, aprovechando un pequeño espacio que este dejó en la carretera para tomar la curva, atendió lo expresado por:

Rolando Rojas Gómez, quien explica que en una semicurva el sacerdote "se le aparejó al bus para pasarlo...yo no se si seria que el cura *Julio César* se le pegó mucho al bus y no lo alcanzó a pasar, y como el bus era de esos chatos, los músicos venían sentados encima del motor ... traia sobrecupo", el conductor no alcanzó a ver hacia la derecha "donde iba a cruzarlo el otro carro" y entonces lo golpeó y lo hizo volcar (aunque aclara que como viajaba en los puestos de atrás del campero, no alcanzó a mirar en detalle lo ocurrido).

Angel Alberto Cuéllar, dice que el sacerdote de camino "recateó" el bus (lo esperaba y lo adelantaba), "después en una curva se fue a pasar adelante y el chofer del bus no lo alcanzó a ver, porque era una curva y ahí fue donde le dió al bus con la parte de adelante y echó a rodar el carro donde venia el padre ... El bus iba por el lado de él y al llegar a la curva el bus se abrió un poquito para pasar la curva y ahí fue donde el padre vió un clarito y se metió por ahí y ahí fue cuando el bus le dió porque como venía una curva seguro no alcanzó a ver...".

Manuel José Castillo, venía sentado en el primer puesto de la derecha del bus, inmediato a la puerta de acceso y vió cuando adelantó el carro del sacerdote, sintió después un par de "golpecitos" y escuchó que alguien gritó "pare, pare porque hubo un accidente". En la parte delantera del bus iba gente parada y sentada. "Yo vi cuando el padre pasó por el lado derecho"; "es que el bus transitaba por el lado izquierdo".

Consigna el Tribunal: "...Momento previos al accidente los testigos *Manuel Castillo González y Angel Alberto Cuéllar* (para no citar al ayudante *Edgar Gómez Rodriguez*, tachado de parcialidad por interés) vieron desde sus privilegiadas posiciones (repárense fotografías de Fls. 166-168) al jeep conducido por Giraldo Giraldo adelantar por el carril derecho del bus, lado hacia el cual el motorista tenía comprometida su visibilidad a consecuencia de la invasión de pasajeros y músicos. Así también lo declaró el implicado -Fl. 92- cuando afirma que el bus golpeó al jeep por el lado izquierdo, y se resalta con las fotografías de folios 43 y 44 del cuad. 1, que ubican en ese lateral 'muestras de pintura roja y azul causadas al parecer por fricción'.

"5. Se reúnen así tres comportamientos desplegados por el conductor Giraldo Giraldo ese día de paseo y festividad, y que de

manera incuestionable entran en el proceso causal del accidente en reseña:

"a) Ubicarse al mando del automotor en estado de alicoramiento, que lo llevó a realizar maniobras como aparejar al bus que les hacia compañia, para repartir y recibir aguardiente, adelantamiento que efectúo por lado prohibido —derecho—,

"b) Tratar de superar al bus por el lado derecho aprovechando un pequeño espacio que éste dejó en la carretera para tomar la curva, y,

c) Adelantar en curva, actividad cuyo riesgo se incrementó desmesuradamente si se efectúa —como aquí— por el lado precisamente donde se cierra la ruta, porque se pierde visibilidad frente a vehiculos que transiten en sentido inverso o a obstáculos imprevistos que invadan la via, y se pierde la perspectiva de la ruta.(fls 54 a 55 cuad Tribunal)"

De lo anterior emerge con claridad que el libelista lo que ataca son las conclusiones del fallador, más no la interpretación por él otorgada al contenido fáctico de las pruebas la cual dejó intacta al no poner en evidencia un desacierto que pueda calificarse de ostensible o manifiesto, sino la simple oposición de opiniones que en sede de casación no son recibo. No basta la simple referencia de apartes entresacados de los testimonios y presentar sobre ellos una apreciación personal para predicar una desfiguración probatoria, porque en esta sede no hay posibilidad de revivir debates en los que se pueda discutir la credibilidad que se le asignó a determinado medio de prueba.

Tampoco consulta los fines de la causal invocada el hecho de pregonar la ausencia del examen de alcoholemia para tratar de desvirtuar la ingerencia de bebidas alcohólicas por parte del sacerdote en el ámbito del error de hecho por tergiversación, por tratarse de proposiciones que se excluyen entre si por completo.

Pero al margen de esta observación, no está por demás recordar que en materia probatoria, nuestro estatuto procesal penal no exige la práctica de una determinada prueba para llegar a la verdad de lo que se pretende establecer. No existen elementos de juicio imprescindibles y el instructor , de acuerdo con el principio de la libertad probatoria, puede acudir a aquellos medios que le ofrezcan mayor probabilidad de demostrar la realidad de lo acontecido, acorde a las circunstancias que rodeen la investigación.

En este caso, no es que se deseche la aptitud del examen referido para determinar el grado de alcohol ingerido por el procesado, pero

para el efecto, también resultó idónea la prueba testimonial recopilada, por tratarse de las personas que pudieron darse cuenta de ello, antes del ocurrido el accidente. Los datos por ellos suministrados permitieron al fallador concluir, sin lugar a dudas, que se encontraba en estado de alicoramiento.

La falta de razón y fundamento de la censura, no permiten su prosperidad.

Segundo cargo.

Estima el libelista que existe incongruencia entre la resolución acusatoria y la sentencia, porque en aquella no se le atribuyó al procesado el estado de embriaguez como agravante de la conducta de homicidio culposo.

A juicio del Ministerio Público, el cargo no debe acogerse. Para ello pone de presente que de acuerdo al contenido de la resolución acusatoria, es claro que en ella se analizó la ingestión de bebidas embriagantes por parte del procesado *Giraldo Giraldo*. Además, que la defensora del encausado apeló tal decisión y encaminó la sustentación a desvirtuar su estado de alicoramiento. A su turno, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva, la confirmó en su integridad luego de hacer un estudio de las pruebas aportadas al plenario. En la diligencia de audiencia pública se interrogó al procesado sobre el particular y el tema fue tratado por quienes en ella intervinieron. Todo ello para concluir que no constituye violación de ningún derecho la deducción debidamente fundamentada en la sentencia objeto de reproche, pues si en ella se agravó la pena por haber actuado bajo el influjo de bebidas embriagantes, se debe tener en en cuenta que en la parte motiva de la resolución se hizo mención del estado de alicoramiento del procesado, con antelación al accidente. Por lo tanto, éste pudo defenderse probatoriamente de esa imputación.

Contrario a la opinión de la Delegada, estima la Sala que al Pbro. *Giraldo Giraldo* se le desconoció el derecho a la defensa por no haberse deducido expresamente la causal de agravación contenido en el numeral 1º del artículo 330 del Código Penal en la resolución acusatoria, que como pieza fundamental del proceso debe contener la calificación de la conducta de acuerdo a lo allí establecido y conforme a las disposiciones legales respectivas.

Es por ello que la jurisprudencia no ha cesado en afirmar que dicho acto procesal, proferido con las debidas formalidades es ley del proceso y posibilita la defensa del acusado quien, mediante esa decisión, conoce las imputaciones que se le formulan y por ende adopta las medidas que considere necesarias para su defensa;

además limita los poderes del juzgador al momento de proferir la sentencia definitiva.

En el caso en estudio emerge, sin lugar a dudas, el desconocimiento del derecho a la defensa del aquí procesado en la medida que el estado de embriaguez como circunstancia de agravación del homicidio culposo que modifica el quantum punitivo a imponer, no le fue deducida en el calificatorio, al punto que el mismo Fiscal acusador fue contundente al expresar, en la diligencia de audiencia pública, que conforme a la prueba testimonial se ha sostenido que el presbítero consumió licor, pero no se le agravó el hecho punible que se le atribuye, por no contar con la prueba técnica o científica que a su modo de ver es la adecuada para edificar la agravante.

Constituye una garantía del derecho a la defensa y a la legalidad del proceso, el deber del funcionario en adecuar de manera concreta la conducta imputada al procesado, pues de lo contrario se dejaría abierta la posibilidad de que su ataque no cobije todos los cargos probatoriamente evidenciados al momento de la calificación.

En estas condiciones y de acuerdo al contenido del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal se casará parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar se dictará la que deba reemplazarla. Como esta determinación supone una nueva dosificación punitiva, se hará la disminución a la pena de treinta y seis (36) meses de prisión que se impuso en el fallo, en cuatro (4) meses, proporción que corresponde a la agravante ilegalmente deducida.

Casación Oficiosa

Encuentra la sala que en el caso en estudio, se desconocieron las normas sobre competencia respecto de las lesiones personales atribuidas al sentenciado y de las que resultaron víctimas Luz Marina Gómez y Henry Celis a quienes se les fijó una incapacidad de veinte (20) y seis (6) días respectivamente.

En efecto, el artículo 1º numeral 10 de la ley 23 de 1991 en concordancia con la Ley 228 de 1995, establece que las lesiones personales preterintencionales y culposas que impliquen una incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta (30) días son de competencia de los Jueces Penales Municipales.

Como quiera que para la época en que se resolvió la situación jurídica del procesado (noviembre 10/92) ya había entrado en vigencia esta normatividad, es criterio de la Sala mayoritaria que en estos eventos se rompa la unidad procesal decretando la nulidad parcial a partir del auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación y en su lugar se compulsen copias de lo pertinente, a

fin de que dichas autoridades continúen con el trámite que corresponde y adopten las decisiones a que haya lugar.

Esta determinación, al igual que la anterior, implica necesariamente la modificación de la pena que le fue impuesta al presbítero *Giraldo Giraldo*, para lo cual la Sala tendrá en cuenta que el fallador incrementó en ocho (8) meses la pena del homicidio culposo en razón del concurso con el de las lesiones personales. En tal circunstancia y teniendo en cuenta la incapacidad que se fijó por estas concretas lesiones y que a diferencia de las demás no tuvieron ninguna consecuencia, la Sala considera pertinente hacer una reducción de quince (15) días a la pena principal impuesta al encausado *Julio César Giraldo Giraldo*.

Así mismo, se revocará la decisión de condenar al procesado a pagar la suma de $10.000.oo por concepto de perjuicios materiales y 3 gramos oro por los morales, que se le fijaron a consecuencia de las lesiones causadas a Henry Celis Peña.

Concluyese de lo anterior que como la nueva dosificación que corresponde hacer a la Sala comprende la reducción de cuatro (4) meses de pena por exclusión de la agravante del artículo 330 numeral 1º del Código Penal y de quince (15) días por las lesiones personales causadas a Henry Celis Peña y Luz Marina Gómez de Osorio cuyo conocimiento, según se vio corresponde a otras autoridades, la pena a imponer en definitiva es la de treinta y un (31) meses y quince (15) días. Así mismo, se rebaja la multa que se le había impuesto, a $1.500.oo y la suspensión del ejercicio de conducir vehículos a 15 meses y 15 días.

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. DESESTIMAR el primer cargo de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Segundo. CASAR la sentencia en cuanto hace relación al segundo cargo, en el sentido de excluir del fallo la circunstancia de agravación punitiva contenida en el artículo 330 numeral 1º del Código Penal que implica para el procesado una reducción de 4 meses de la pena que le había sido impuesta.

Tercero. CASAR PARCIAL Y OFICIOSAMENTE el fallo impugnado, decretando la nulidad de la actuación a partir del auto que cerró la investigación, únicamente respecto de las lesiones personales

causadas a Luz Marina Gómez y Henry Celis Peña y en su lugar expedir copia de lo pertinente con destino a los Juzgados Penales Municipales de Neiva, para los efectos puntualizados en la parte motiva de esta decisión. Así mismo, revocar la condena al pago de perjuicios materiales y morales que se le fijaron al presbítero, en razón de las lesiones causadas al mencionado Celis Peña.

Cuarto. Como consecuencia de las anteriores determinaciones, fijar al procesado *Julio César Giraldo Giraldo* la pena definitiva de treinta y un (31) meses y quince (15) días, como autor de los delitos de Homicidio y Lesiones Personales por los cuales fue llamado a responder en juicio. Se rebaja la multa a $1.500 y la suspensión del ejercicio de conducir vehículos a 15 meses y 15 días.

Quinto. En todo lo demás, dejar sin modificación el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Carlos Augusto Galvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*, *Nilson Pinilla (Aclaración de voto)*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO
PROCESO No. 10362

El suscrito ha venido considerando en anteriores oportunidades, a cuyos argumentos me remito por mantener plena vigencia y en gracia de brevedad (e.g. cas. 8423 jun. 14/95, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; cas. 9400 enero 24/96, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; cas. 9564 agos. 28/96, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia; cas. 9543 sept. 11/96, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar; cas. 9684 agos. 28/97, M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda, entre otras), que es viable, jurídico y acorde con la prevalencia del derecho sustancial, que *frente a la época* del diligenciamiento analizado, las contravenciones especiales, que también son ***hechos punibles*** (art. 18 C.P.) y admiten concurso (arts. 26 y 27 C.P.), pueden ser investigadas y juzgadas en conjunto con otros hechos punibles, así se trate de delitos, en cuanto haya conexidad (arts. 87 y Ss. C. de P. P.).

Como con dicha interpretación también se preserva la anhelada eficiencia de la administración de justicia, debo con el respeto de siempre reiterar el criterio anterior frente a la decisión de la mayoría que, casando parcial y oficiosamente el fallo, dispuso decretar "la nulidad de la actuación a partir del auto que cerró la investigación, únicamente respecto de las lesiones personales causadas a Luz Marina Gómez y Henry Celis Peña y en su lugar expedir copia de lo pertinente con destino a los Juzgados Penales Municipales de Neiva".

Con todo comedimiento,

Nilson Pinilla Pinilla.
Magistrado

[Fecha ut supra].

PREVARICATO / DOLO

Si la causal de inculpabilidad está plenamente demostrada, esto es, la ausencia de dolo en el actuar de la funcionaria resulta contradictorio afirmar que existe duda en cuanto a si la procesada actuó con culpabilidad dolosa. Si bien una y otra determinación conllevan a la absolución de la procesada, cada una entraña aspectos y consecuencias diferentes entre sí.

De un lado las causales contenidas en el artículo 40 del Código Penal, impiden el nacimiento del hecho punible por ausencia del elemento culpabilidad, que por su carácter netamente subjetivo, operan únicamente en relación con el sujeto agente, en el sentido de que le impiden tener conciencia de la ilicitud de su acción, o descartan la intención de realizar el tipo.

En el caso del error, tanto el de tipo como el de prohibición, excluyen el dolo ya que debido a la errada apreciación fáctica o la equivocada apreciación de una norma, el sujeto actúa creyendo que lo hace conforme a derecho, bien porque considere que en su conducta no se dan los elementos del tipo, bien porque crea que ella está amparada por una causal de justificación.

Por su parte, el principio del in dubio pro reo, hace referencia a la duda que se le presenta al funcionario judicial, sobre la responsabilidad del sujeto con base en el material probatorio recaudado en el proceso y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., diciembre diez (10) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 152. Proceso No. 11061

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Delegado ante el Tribunal y el Procurador 157 de asuntos penales

contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, por medio de la cual absolvió a la Doctora *Ligia María Mosquera Murillo* de los cargos formulados en su contra por los delitos de Detención Arbitraria y Prevaricato.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Aquellos tuvieron origen en la denuncia presentada por el Doctor Silvio Elías Murillo Moreno, quien puso en conocimiento que el día dos (2) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), en horas de la noche en el Municipio de Tadó (Quibdó), agentes de la Policía Nacional capturaron al Señor John Jaime Arias Agamez quien portaba un revolver calibre 38 sin salvoconducto, pero fue dejado en libertad con el compromiso de que se presentara el día siguiente; como así no lo hizo, los citados agentes, sin que mediara orden de autoridad competente, procedieron nuevamente a su aprehensión el día domingo 4 de abril, y lo pusieron a disposición de la Fiscalía Seccional de Tadó, al día siguiente.

Agregó que la funcionaria en cuestión, sin ninguna justificación, esperó hasta el último día para indagar a su representado; que de conformidad con el artículo 371 inciso 3º del Código de Procedimiento Penal, existía la obligación de dejarlo en libertad, después de la indagatoria ya que, según experticia, el arma decomisada no era de las de uso privativo de las fuerzas militares, pero la citada Fiscal, contrario a ello, resolvió dejarlo privado de la libertad.

Refiere el demandante un caso en el que la citada funcionaria, cuando se desempeñaba como Fiscal en el Municipio de Tadó, le otorgó la libertad al sindicado, caso que era similar a éste por cuanto se trataba del mismo delito, de donde se desprende su comportamiento prevaricador.

Dijo también que la Dra. *Mosquera Murillo* trató de insinuar una pregunta capciosa a su representado Arias Agamez, lo cual originó un altercado entre ellos dos y además le coartó el derecho de defensa a su patrocinado cuando al final de la diligencia solicitó el uso de la palabra para dejar una constancia a lo que la citada funcionaria se negó.

Agregó que su prohijado recobró la libertad gracias a una solicitud de Habeas Corpus que él mismo impetró ante el Juzgado de Familia de Itsmina.

Por los anteriores hechos, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Quibdó, ordenó la apertura de instrucción penal contra la Dra. *Ligia María Mosquera Murillo*, a quien, luego de ser escuchada en diligencia de indagatoria, se le profirió medida de

aseguramiento consistente en conminación, por el delito de Prolongación Ilícita de la Libertad y detención preventiva por el punible de Prevaricato por acción, con derecho a la libertad provisional mediante caución prendaria, el 13 de julio de 1994.

Contra la anterior providencia el defensor de la procesada interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Fiscalía Delegada ante la Corte el dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), en el sentido de confirmar la decisión del a quo, pero modificándola en lo relativo a las medidas de aseguramiento, ya que no tenía objeto imponerle una doble, sino que bastaba, para garantizar su comparecencia al proceso, la aplicable al delito de mayor gravedad, esto es, la de detención preventiva.

El dos de noviembre del año en mención, se declaró cerrada la investigación y luego de surtidos los respectivos trámites procesales, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal calificó el mérito del sumario el once (11) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995), formulando acusación penal en contra de la Doctora *Ligia María Mosquera Murillo*, como probable autora de los delitos de Detención Arbitraria (prolongación ilícita de la privación de la libertad) y Prevaricato, al tiempo que declaró precluida la investigación en cuanto al reato de privación ilegal de la libertad.

La Fiscalía Delegada ante la Corte, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada contra la providencia anterior, la confirmó en su integridad.

Practicadas algunas pruebas dentro de la etapa de juzgamiento, se llevó a cabo la respectiva diligencia de audiencia pública al cabo de la cual se dictó sentencia de primer grado, en la que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó absolvió la Doctora *Ligia María Mosquera Murillo* de los cargos que se le imputaron dentro del proceso.

Contra la anterior providencia, interpusieron recurso de apelación el Procurador Judicial 157 y el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Quibdó, el cual sustentaron así:

Considera el *Procurador 157 Judicial Penal* que si bien la tipicidad de la conducta desplegada por la procesada *Ligia María Mosquera M.* y la antijuridicidad de aquella se presentan en forma nítida, no comparte la tesis del Tribunal, consistente en que la Dra. Mosquera confundió la figura de la flagrancia con la captura en flagrancia, porque ya ha reincidido en algunos casos respecto del mismo delito y en igualdad de condiciones, profiriendo providencias con los mismos hechos, algunas veces ceñida a derecho y otras interpretando lo contrario.

Según él, a una funcionaria de esta trayectoria no se le puede aceptar el error, ya que "la norma a aplicar no ofrece ninguna clase de duda ni forma distinta de aplicación, la norma es muy clara y simple en su tenor literal, por consiguiente no requiere ni siquiera de ser abogado para su correcta interpretación simplemente basta saber leer".

Tampoco comparte el memorialista lo dicho por el Tribunal "como medio de justificación", porque en la actualidad existe un sin numero de abogados con mala preparación que proceden sin intención, pero también existe otro tanto de profesionales capacitados, pero que no han tenido la oportunidad de demostrar su idoneidad.

Hace mención de la providencia aportada al proceso en la cual la Fiscalía Delegada ante la Corte, toma una decisión favorable a la Dra. *Ligia María Mosquera Murillo* basada en la tesis de un error de interpretación, para argumentar que aun cuando era un caso parecido, con ello se está es probando su reprochable conducta.

Tampoco acepta los argumentos del Tribunal relacionados con que el fuerte altercado que la Señora Fiscal tuvo con el defensor pudo generar una alteración nerviosa ya que, a su juicio, el funcionario judicial debe tener "actitud legal, serenidad, en todos sus actos, experiencia jurídica" que en el proceso se encuentra probada con diez años de labores que le deben dar una formación humanística, intelectual y calidad humana para ordenar sus ideas respecto de los principios jurídicos.

Se muestra igualmente inconforme con la providencia recurrida, ya que allí se absolvió a la funcionaria por no estar demostrado su actuar doloso frente al prevaricato por acción, aplicándosele el principio del in dubio pro reo en su favor. Al respecto afirma el Señor Procurador en lo Judicial, que los hechos, las pruebas y copias de los interlocutorios no admiten duda, cuando es el mismo defensor del sindicado quien al formular la solicitud de libertad le advierte a la Señora Fiscal la forma como capturaron a su prohijado, que el delito es excarcelable y que si no se le concede la libertad se producirá una detención arbitraria, además de mencionar una situación procesal de similares circunstancias.

Que aparte de ello, se tomó hasta el último día para oír al sindicado en indagatoria y, por el altercado con el defensor de Arias Agamez, le niega la libertad a sabiendas de que los siguientes días eran de vacancia judicial por semana santa.

Finalmente se refirió al auto por medio del cual la Doctora *Mosquera Murillo* definió la situación jurídica de Arias Agamez con medida de aseguramiento de caución prendaria, cuando conforme

al ordenamiento penal debia concederle la libertad previa suscripción del acta de compromiso; sostiene que allí se configuró el punible de prevaricato por acción.

Por su parte el *Fiscal Delegado ante el Tribunal* al sustentar el recurso de apelación, comenzó por referirse a un pronunciamiento de la Sala (M.P. Ricardo Calvete Rangel) en el que se dice que:

"Los jueces, como profesionales del derecho, han tenido la formación académica de rigor, teniendo oportunidad de conocer, por lo menos, las bases fundamentales de las disciplinas jurídicas, hechos que los capacita mínimamente para por lo menos aplicar correctamente la ley; afirmar que pese a tener los conocimientos de cualquier abogado, no se encuentran capacitados para tomar decisiones que no necesitan conocimientos especializados en grado sumo, ni dotes especiales de análisis y creatividad , es darle curso a cualquier Juez de la República, so pretexto de desconocer la ley, tome decisiones que contrarien el derecho y atropellen a los ciudadanos, poniendose (sic) en peligro la tranquilidad de la comunidad".

Acto seguido afirma que en las infracciones dolosas el dolo lo determina la dirección y el fin de la acción; en el caso sub judice, asegura que dicha finalidad no fue otra que la de oponerse a las pretensiones de la defensa, pues si bien la discusión suscitada el día de la indagatoria en el Despacho de la Fiscal alteró el animo de ésta, ello se produjo no en el sentido de obnubilar su pensamiento sino de "cerrarse a la banda" y simplemente no acceder a la petición de libertad hecha por el abogado., quien la habia solicitado amparado en el artículo 371-3 del Código de Procedimiento Penal.

A juicio del recurrente, si la funcionaria hubiese leído el contenido de tal disposición; no hubiese originado esta investigación; señala que hubo Ignorancia intencional, para afirmar que no es factible la aplicación del in dubio pro reo, ni siquiera bajo el argumento de error invencible, ya que en tratándose de una norma escrita en leguaje llano y claro, la Dra *Mosquera Murillo* no la aplicó porque la ignorara, sino porque no quiso salir de su estado de ignorancia.

Si se aceptara que los conceptos de flagrancia y captura en flagrancia, aun despues de 10 años de ejercicio profesional, se tornaron confusos en la mente de la Señora Fiscal, admitiría que la aplicación del numeral 5° del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal se imponia y daba lugar a la expedición de la medida de aseguramiento de detención preventiva; pero en lo que no está de acuerdo es en la inaplicación inmediata del artículo 371 ibidem.

La excarcelación entonces no debia ser extraña a la funcionaria, porque ya lo habia hecho en anterior oportunidad en el caso de Juan Bautista Meneses Prado y por tanto nada impedia que repitiera tal proceder en el caso de Arias Agames.

Solicita finalmente la revocatoria de la sentencia absolutoria y que en su lugar se profiera sentencia condenatoria.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

Manifiesta el defensor de la implicada absuelta, que ambos apelantes incurren en el sofisma llamado petición de principio, que consiste en dar por demostrado lo que se tiene que demostrar, pues siempre han insistido en partir primero del delito de prolongación ilícita de la libertad, para luego dar por existente el delito de prevaricato, y así se dice que como su representada prolongó ilicitamente la libertad de *John Jairo Arias Agames*, entonces cometió delito de prevaricato.

Pero a su juicio, el análisis debe hacerse en forma inversa y en esto se encuentra de acuerdo con lo que dice el Tribunal del Chocó, esto es, que primero debe estudiarse si hubo prevaricato y luego analizarse si hubo prolongación ilicita de la libertad.

El delito de prevaricato exige además de una providencia contraria a derecho una conciencia del obrar ilícto. En el caso de la Dra Mosquera, ella tiene como concepto de flagrancia que "**Entre la captura en flagrancia y la libertad del individuo, debe haber una actuación del Fiscal o del Juez que obren de manera ilegitima.**

"**El obrar ilegitimo de la autoridad policiva no desvirtúa la captura en flagrancia**" (Negrillas dentro del texto).

Por tanto, habiendo sido el procesado objeto de captura en flagrancia el 2 de abril, luego erróneamente liberado por la policia y posteriormente capturado el 4 de abril, dicha actuación ilegal no desvirtuaba la captura en flagrancia.

Agrega el defensor que al parecer su representada confunde la Flagrancia, con la captura en flagrancia, pero que, según lo enseña la Corte Suprema de Justicia, en el delito de prevaricato no se trata de determinar "cual es el derecho que es, sino el derecho que el sujeto sabía y nó aplicó a sabiendas de que no era".

A su juicio, la Dra *Mosquera* si bien no desnaturalizó la flagrancia, si lo hizo con la captura en flagrancia, pero aún teniendo el criterio de que la actuación de la policia habia sido ilegal, también pensó que estaba frente a un sujeto capturado en flagrancia.

Desde este momento —afirma— sus errores son explicables, pues si estaba frente a un sujeto capturado en flagrancia, pensó que podía tomarse los cinco (5) días para resolver su situación jurídica y ahí sí determinar lo relativo sobre la libertad, una vez analizados los criterios objetivos y subjetivos para definir si procedía el beneficio de la libertad provisional.

Considera que también influyó en el criterio de su defendida, las circunstancias de que el hecho se produjera en una zona de alteración del orden público, el de ser el sujeto desconocido en la región y que no se le conocieran sus antecedentes.

Tales factores son aceptados por el Tribunal Superior de Quibdó para decir que el caso que tenía en sus manos la Dra. *Mosquera*, en realidad era distinto al del Señor Juan Bautista Meneses Prado, antecedente éste señalado por el Fiscal recurrente.

Mas adelante hace referencia a los alegatos presentados por el Señor Procurador Judicial 157 y del Fiscal Delegado ante el Tribunal, encontrándose en total desacuerdo con los argumentos puntualizados por el primero, pero explicando, respecto del segundo, que plantea la tesis del prevaricato por dolo eventual.

Pasa así ocuparse del planteamiento causalista del error en el que se sostiene que error invencible de tipo o de prohibición genera absolución tanto cuando existe como cuando es vencible, a no ser que se trate de delito previsto de manera culposa, tesis que es la sostenida por la Corte Suprema de Justicia.

Lo que ha hecho el Tribunal Superior de Quibdó es aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: "el prevaricato necesita dolo: en caso de que exista culpa, no puede sancionarse porque el hecho no está previsto de manera culposa sino dolosa."

Solicita finalmente, la confirmación de la absolución para su prohijada.

La Sentencia Recurrida

La providencia que ahora se ataca, comienza indicando que como el debate en este asunto se ha centrado en la culpabilidad, empezará la Sala a referirse a los criterios de tipicidad y antijuridicidad que se presentan en forma nítida y que ese aspecto es aceptado por la defensa.

La Corporación comparte el criterio de la defensa en cuanto a que las hipótesis delictivas deben plantearse a la inversa de lo realizado por la Fiscalía, en el sentido de que primero debe determinarse si se dió una equivocada interpretación de la ley y así como

consecuencia verificar si hubo prolongación ilícita de la libertad, mas allá de lo jurídicamente posible.

No hay discusión respecto de que la actuación de la procesada *Mosquera Murillo* se adecúa en su aspecto material a lo descrito en los artículos 149 y 273 del Código Penal, prevaricato por acción y prolongación ilícita de la privación de la libertad, ya que debió, en el caso de Jhon Jairo Arias Agamez, darle aplicación al inciso 3o del artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, que la obligaba a dejarlo en libertad una vez rindiera indagatoria, pues la medida a imponer era la de detención con excarcelación.

En cuanto a la antijuridicidad, tampoco se discute que con su obrar la Dra *Mosquera Murillo* causó daño a bienes jurídicos tutelados como la administración de justicia, componente de la administración pública y la libertad individual.

En lo que respecta a la culpabilidad, el Tribunal analiza la tesis planteada por el defensor, esto es, la inculpabilidad de la conducta realizada por la Dra *Mosquera Murillo*, sosteniendo que ésta desde un principio confundió la flagrancia con lo que se denomina captura en flagrancia y ante esta concepción equivocada sobre el tema, pensó que se debía aplicar el numeral 5o del artículo 397 del C de P.P., y por tal razón proceder a la detención preventiva, caso en el que la excarcelación no se presentaba automáticamente en nuestra legislación, teniendo que tomar tal decisión al resolver la situación jurídica, pues debía analizar tanto los factores objetivos como subjetivos, para saber si tenía derecho al beneficio.

Se hace mención allí de lo que el ente acusador ha sostenido, esto es, que no se puede aceptar el error en cuestiones tan simples que constituyen el núcleo de la cotidiana actividad del funcionario judicial, más cuando la norma es clara y no ofrece dudas en su aplicación. A ello se auna el hecho de que el defensor del procesado le haya mostrado a la funcionaria, antes de la diligencia de indagatoria, la procedencia de la excarcelación; que además existe un indicio de mala justificación en su contra, al tratar de restarle importancia al altercado que tuvo con el citado defensor en la misma diligencia, siendo ésta la causa para que obrara caprichosa y voluntariamente al no proceder a la excarcelación inmediata, ya que para ello solo le bastaba una providencia sustanciatoria.

Al respecto considera la Sala del Tribunal que hay normas que en su tenor literal y en su significación contextual son claras pero que ello no obsta para que algunos funcionarios encuentren dificultad en su interpretación "pues no es acertado partir de la premisa convirtiendo esto en un axioma, que todos los funcionarios

judiciales tengan las bases mínimas de conocimiento y discernimiento respecto del derecho sustancial como de la hermenéutica adecuada para la interpretación y aplicación de la normatividad imperante".

Se considera que si bien existe un gran número de abogados que por su falta de estudio y preparación cometen toda clase de actuaciones torticeras, ello no significa que procedan con intención de violar la ley y ante tales situaciones es necesario mirar cada caso en particular, para establecer si la contrariedad con la realidad obedece a la intención que el funcionario cuestionado tenga de ese obrar injurídico.

Estima entonces admisible la tesis de la defensa respecto de una posible confusión de la Dra *Ligia María Mosquera Murillo* sobre el concepto de flagrancia, que incidió en el entendimiento de la norma que debía aplicarse de modo que interpretó mal la que equivocadamente escogió, es decir, el artículo 397, numeral 5o del C de P.P.

Para el Tribunal, la providencia proferida por la Fiscalía Delegada ante la Corte por hechos similares contra la misma Dra *Mosquera Murillo* con posterioridad a los que aquí se están investigando, es una demostración de que en ella existe una gran confusión en cuanto a la detención y las implicaciones de la flagrancia.

También consideró que probablemente el altercado presentado entre la Dra *Mosquera Murillo* y el defensor del procesado, provocado según declaraciones, por éste, pudo determinar una alteración nerviosa e incidir en su lucidez mental para actuar, llevándola aún más a confusión.

Y en cuanto al memorial presentado por dicho defensor del aprehendido antes de la indagatoria de su prohijado, se encuentra que allí se invoca el artículo 383 del C de P.P., y no el 371-3 ibidem. luego el defensor se refería a que la captura se produjo y se prolongaba con violación de las garantías constitucionales o legales, por lo que ninguna luz daba el memorial en comento, respecto de la norma que se debía aplicar.

Referente a la situación relacionada con el proceso adelantado a un señor Meneses Prado, cuando la procesada se desempeñaba en el Municipio de Condoto y quien fue dejado en libertad al momento de su indagatoria, la situación es análoga o semejante, pero nó exacta, pues eran diversas las circunstancias que la impulsaron a obrar en diferente forma. Condoto era un Municipio tranquilo y Meneses era conocido en la zona; Tadó no lo era y Arias Agamez era un desconocido.

Además la funcionaria *Mosquera Murillo* no sobrepasó los términos legales para definir la situación jurídica.

Para finalizar, acepta el Tribunal la presencia de la duda en cuanto a si la procesada actuó con culpabilidad dolosa en la conducta y por lo tanto determina que debe aplicarse el in dubio pro reo en su favor y absolverla de los cargos formulados, "pues si se acepta que no está demostrado su obrar doloso respecto al ***prevaricato por acción*** que se le imputa y que su conducta pudo obedecer a error vencible o invencible, a la misma conclusión hay necesariamente que llegar respecto de la hipótesis delictiva de ***prolongación ilícita de privación de libertad***".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El asunto que motivó el recurso de apelación que nos ocupa se centra en el elemento culpabilidad, respecto de la conducta desplegada por al Dra *Ligia María Mosquera Murillo*, ya que tanto la tipicidad como la antijuridicidad de su comportamiento se encuentran debidamente acreditados.

Sabido es, que el delito de prevaricato por acción, implica el proferimiento, por parte del funcionario público, de resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, de tal manera que lo resuelto por éste sea evidentemente notorio y ostensiblemente opuesto al texto legal.

Esta corporación ha sostenido de manera reiterada, que la verdadera esencia del tipo de este punible, se constituye en "la ocurrencia de un actuar malicioso dentro del cual el sujeto agente se aparta de manera consciente del deber funcional que le estaba impuesto, como la existencia objetiva de una decisión abiertamente opuesta a aquella que le ordenaba o autorizaba la ley". (Segunda instancia, 94-07-07, MP Dr Dídimo Páez Velandia).

Sobre los anteriores supuestos, debe la sala entrar a determinar si la conducta de la Dra *Mosquera Murillo* estuvo acompañada de ese actuar doloso que al tenor del artículo 36 del Código Penal, implica el conocimiento del hecho punible y el querer de su realización, o si, por el contrario, la procesada actuó amparada bajo alguna causal de inculpabilidad contemplada en el artículo 40 del Código Penal.

En el caso que nos ocupa, a la procesada, en su condición de Fiscal Seccional de Tadó (Chocó), le correspondió adelantar una investigación penal en contra del sujeto Jhon Jairo Arias Agamez y en el entendido de que se trataba de un caso de captura en flagrancia, omitió dar aplicación al artículo 371, inciso 3º del Código de

Procedimiento Penal, que le obligaba a dejarlo en libertad una vez rindiera indagatoria; contrario sensu, le imprimió el trámite previsto en el numeral 5º del artículo 397 ibdem, que determina que la detención preventiva procede:

"Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión."

Indudablemente que la situación del imputado *Arias Agamez*, como ilegal portador de un arma de fuego de defensa personal, lo hacía merecedor de la medida de caución, teniendo en cuenta que la pena prevista para ese delito va de uno (1) a Cuatro (4) años de prisión. Sin embargo, la Señora Fiscal, de acuerdo al informe de policía por medio del cual lo dejaron a disposición junto con el arma, consideró que estaba frente a un caso de captura en flagrancia.

El informe decía :

"Comedidamente me permito dejar a disposición de ese Despacho, al señor *Jhon Jairo Arias Agamez*, c.c. No 8.049.905 de Caucacia (Ant), natural de Sincelejo (Sucre), edad 20 años, soltero, profesión minero, residente en la Mina la Candelaria (Cértegui), alfabeta, hijo de *Eduardo Arias* y *Nilsa Agamez*; a quien se le incautó un revolver, marca ***Llama Martial*** calibre 38-L No IM 4129 B, con seis (6) cartuchos para el mismo, quien no posee salvoconducto del arma.- Hechos ocurridos en la Discoteca Los Angeles, de esta localidad.-" (f 48,c.o No 1).

Por su parte, los agentes del orden que intervinieron en la captura del citado Arias Agamez, se ratificaron de lo allí expuesto en sus declaraciones, sin que en ningún momento pusieran en conocimiento de la Señora Fiscal las circunstancias ocurridas con posterioridad a su primera aprehensión, esto es, que esa misma noche fue dejado en libertad y que dos días después fue nuevamente capturado. (Fls 55 y ss, c.o No 1).

No obstante, aun cuando la Señora Fiscal se enteró del procedimiento irregular por parte de los policiales, esto es, la posterior retención del sindicado, la citada funcionaria continuó considerando que no había lugar a otorgar el beneficio de la libertad, bajo los siguientes argumentos que plasmó al momento de definirle a éste su situación jurídica:

"...si bien es cierto que la Policía de la localidad de Cértegui, lo dejó en libertad la noche de los hechos, fue en razón a que este sujeto se comprometió a hacerse presente el día siguiente al cuartel, según lo manifestó el mismo sindicado en su diligencia de indagatoria, y en razón de que debía presentarlo al Comando de la Estación de Policía de esta localidad, pero esto no significa que el

señor Arias Agamez, no haya cometido el hecho punible, y que por demás fue sorprendido en estado de flagrancia en un establecimiento público ingiriendo licor, poniendo en peligro la seguridad de las personas que como él se encontraban divirtiéndose. Luego fue una situación de tolerancia por parte de la Policía y no de ilegalidad de la detención de este sujeto." (F.79 c.o No 1).

Como se vé, la errada convicción de que la captura en flagrancia continuaba vigente para el sindicado Arias Agamez, propició que la funcionaria no lo dejara en libertad y de esa forma negara las pretensiones de su apoderado, quien a la postre invocó como fundamento de su petición el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la **Libertad inmediata por captura o prolongación ilegal de privación de la libertad**, y no el 371 inciso 3o que es sobre el cual se presenta el reclamo en este proceso.

Esa errónea postura se ha venido prolongando en el tiempo; inclusive, ya iniciado este proceso, la señorita Fiscal tuvo oportunidad de explicar su actuación, y de ello fácilmente se colige que antes de evidenciarse dolo en su conducta lo que de ella se desprende es el equivocado entendimiento de la realidad fáctica y por ende la confusa aplicación de los preceptos legales, lo que a la postre le impidió a la procesada captar la ilegalidad de su conducta.

Es así como en diligencia de versión explicó que :

"Se profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva porque fue sorprendido en flagrancia, aclaro, porque fue capturado en flagrancia portando el arma en lugar público sin su debido salvoconducto, pero como el delito ameritaba beneficio de excarcelación porque el cuantum punitivo es de uno a cuatro años de prisión, por ello se le concedió la libertad con caución prendaria." (143 c.o No 1).

Más adelante en diligencia de injurada sobre el punto manifestó:

"...pero como a partir del día 8 de abril el despacho suspendía actividad por semana santa, para continuar a partir del día 12, la cual se le resolvió su situación jurídica mediante auto interlocutorio 015 de fecha 12 de abril de 1993, de acuerdo a lo establecido en el artículo 367 del C de P.P., recayendo en contra del sindicado medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por efecto de la, corrijo, de haber sido sorprendido en flagrancia, pero concediéndole beneficio de excarcelación o libertad provisional mediante caución prendaria..." (f.172 c.o No 1).

Y para darle más contundencia a lo que se ha venido resaltando, en un escrito que presentó ante la Fiscalía que la investigaba, expresó:

"Pues entiendo que el litigante sabe que inclusive los ciudadanos de bien pueden capturar sin orden a los delincuentes sorprendidos en flagrancia, y ponerlo a disposición de los funcionarios competentes, lo que en (sic) ninguna manera los habilita para poner en libertad a la persona capturada en dicho estado de flagrancia, porque el día seis sábado o domingo (sic) pues para los funcionarios de instrucción todos los días y horas son hábiles, para cuando de recibir capturado se trata, máxime cuando la suscrita está en un sitio muy distante de donde ocurrieron los hechos, y el informe del operativo nada dice de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y la suscrita no se los podía inventar y por esa razón no podía atender el memorial del litigante antes de la providencia que resolviera la situación jurídica del encartado" (f 159 c.o No 1).

Si se mira el contenido de los apartes anteriormente resaltados, es fácil establecer que en todos ellos la funcionaria en cuestión pretendía demostrar que estando frente a una situación de captura en flagrancia, como ella lo creía, había obrado conforme a derecho, sin que de esa equivocación sea dable inferir siquiera un solo hecho indicativo de un obrar malicioso. Su actuar, si bien, podría calificarse como inaceptable pero ello en manera alguna sería posible trasladarlo al campo de una conducta prevaricadora, porque la clara confusión en que se encontraba, la excluye de plano.

Los recurrentes esgrimen varias tesis, coincidentes algunas, para derrumbar la sentencia absolutoria.

Por una parte, el Procurador 157 Judicial Penal, manifiesta que la procesada absuelta ya había proferido providencias en el mismo sentido y en casos iguales y ello es una muestra de su actuar doloso; pues bien, a lo largo del expediente se ha hecho alusión a dos casos que fueron resueltos por la procesada.

De un lado, el de Juan Bautista Meneses Prado, del que no se puede afirmar que es igual a este, pues los pormenores que rodearon el hecho que se le imputó si bien presentan alguna analogía, su captura no ocurrió en las mismas circunstancias que la de Arias Agamez, lo que explica que el procedimiento allí aplicado no se admitiera asimilable éste por cuanto, según se desprende, el mismo fue dejado en libertad al momento de rendir indagatoria. En este caso, la diferencia radica en que el día en que los agentes del orden dieron captura a *Arias Agamez* (2 de abril de 1993) por portar un revólver sin salvoconducto, lo dejaron en libertad con el compromiso de que se presentara al día siguiente. Como así no lo hizo procedieron a su aprehensión dos días después (4 de abril), fecha en que fue puesto a disposición de la fiscalía, y se siguió el trámite que ya se conoce.

Otro, fue el proceso seguido en contra del Señor Ivan Perea S, por el cual se le adelantó investigación a la Dra *Mosquera Murillo*, pero en la apelación de la medida de aseguramiento proferida en su contra, la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, la exoneró de responsabilidad (fls. 583 y ss)

La citada providencia permite deducir que la funcionaria ha mantenido ese error de interpretación que aquí se evidencia, ya que allí se estimó también, que concurría en su comportamiento causal de inculpabilidad al confundir la situación de flagrancia contenida en el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, con la captura en flagrancia de que trata el art 371 ibídem.

Otro argumento del memorialista, es el relativo a que el artículo 371 inciso 3°, norma que se debió aplicar, es muy claro; sin embargo, este no es motivo para que desaparezca la causal de inculpabilidad que nos ocupa, pues no es descartable que un juez no pueda en un momento dado interpretar un precepto y, si ofrece imprecisiones, equivocarse de buena fé; pero aparte de ello, lo que incidió en este caso en particular, fue la errada apreciación de las circunstancias en que se dió la aprehensión del sindicado lo que llevó a la funcionaria a dar aplicación a una norma que no era la llamada a regular el caso, más no que el artículo citado le hubiera ofrecido dificultad en su interpretación.

Por su parte, el Fiscal Delegado ante el Tribunal, hizo referencia a un pronunciamiento de esta Corporación, respecto de la formación académica que deben tener los jueces y la oportunidad que tienen de conocer las bases de las disciplinas jurídicas para aplicar la ley. Al respecto, estima la Sala, que cada caso en particular merece un especial análisis, porque no es una regla general que la persona que posea amplia preparación académica y conocimiento de las disciplinas jurídicas para aplicar la ley, no pueda equivocarse en sus interpretaciones, al punto que, como aquí ocurrió, considere jurídicamente válida su actuación.

También replica el recurrente que el dolo está demostrado al oponerse la funcionaria a las pretensiones de la defensa. Como ya dijo, el aquí denunciante, Dr. Silvio Elías Murillo Moreno, al solicitar la libertad de su prohijado, hizo alusión al artículo 383 del Código de Procedimiento Penal y nó al artículo 371 inciso 3o de la misma obra como equivocadamente lo sostiene el Fiscal Delegado ante el Tribunal, y la Fiscal, al no considerar que se configuraba la situación plasmada en dicha norma, no accedió.

Frente a lo anterior, pierde trascendencia el argumento del Tribunal sobre la probable alteración anímica de la Dra. *Ligia María*

Mosquera Murillo por el altercado con el defensor sobre el cual con alguna razón protesta el Fiscal Delegado.

Bajo las precedentes consideraciones, estima la Corte que la Fiscal *Ligia María Mosquera Murillo*, actuó amparada por causal de inculpabilidad, error de tipo, al estimar que la posterior captura de Arias Agamez constituía, luego de ser dejado en libertad, captura en flagrancia. Por lo tanto se confirmará en este sentido la sentencia objeto de apelación.

Lo que no encuentra razonable la Corte, es que el Tribunal Superior de Quibdó al tiempo que reconoció la inculpabilidad de la Dra *Mosquera Murillo*, le dió aplicación al principio del in dubio pro reo. Esto, porque si está demostrada la ausencia de dolo en su actuar resulta un contrasentido aceptar la presencia de la duda sobre el mismo aspecto. En efecto el Tribunal afirmó que:

".... debe aplicarse pues en este caso el principio del ***in dubio pro reo***, en su favor y absolverla de los cargos formulados en su contra, pues si se acepta que no está demostrado su obrar doloso respecto al ***prevaricato por acción*** que se le imputa y que su conducta pudo obedecer a error vencible o invencible, a la misma conclusión hay que llegar respecto a la hipótesis delictiva de ***prolongación ilícita de la privación de la libertad***".

Lo anterior por cuanto, si la causal de inculpabilidad está plenamente demostrada, esto es, la ausencia de dolo en el actuar de la funcionaria resulta contradictorio afirmar que existe duda en cuanto a si la procesada actuó con culpabilidad dolosa. Si bien una y otra determinación conllevan a la absolución de la procesada, cada una entraña aspectos y consecuencias diferentes entre sí.

De un lado las causales contenidas en el artículo 40 del Código Penal, impiden el nacimiento del hecho punible por ausencia del elemento culpabilidad, que por su carácter netamente subjetivo, operan únicamente en relación con el sujeto agente, en el sentido de que le impiden tener conciencia de la ilicitud de su acción, o descartan la intención de realizar el tipo.

En el caso del error, tanto el de tipo como el de prohibición, excluyen el dolo ya que debido a la errada apreciación fáctica o la equivocada apreciación de una norma, el sujeto actúa creyendo que lo hace conforme a derecho, bien porque considere que en su conducta no se dan los elementos del tipo, bien porque crea que ella está amparada por una causal de justificación.

Por su parte, el principio del in dubio pro reo, hace referencia a la duda que se le presenta al funcionario judicial, sobre la responsa-

bilidad del sujeto con base en el material probatorio recaudado en el proceso y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente.

Así las cosas, cabe recalcarle al Tribunal Superior de Quibdó, que la concurrencia de tales planteamientos resultan inconciliables entre sí, pues la orientación y conceptualización de cada uno de estos institutos se enmarca, en su precisión y alcances, en circunstancias tan diversas que no permiten su simultánea aplicación.

Por lo demás, la Sala encuentra acertada la decisión proferida por esa Corporación y en tal sentido impartirá su confirmación

Sean suficientes las anteriores consideraciones para que la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,**

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia impugnada, con la aclaración hecha en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote [no firmó], *Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

ACCION DE REVISION - Procedencia

Es requisito de procedencia de la acción de revisión, según el primer inciso del artículo 232 del C. de P.P., que la sentencia que se pretende demandar se halle ejecutoriada. A su vez, el artículo 234 de la misma normatividad dispone en su numeral 4°, que en la demanda se relacionen "las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición", y, en su inciso final, que "Se acompañará copia o fotocopia de la decisión de la primera y segunda instancia y constancia de su ejecutoria, según el caso, proferidas en la actuación cuya revisión se demanda".

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diciembre diez (10) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. Didimo Paez Velandia

Aprobado Acta No. 152 Proceso No. 13930

Mediante apoderado especialmente constituido la señora *Judy Inés Pupo Monterrosa* pretende instaurar acción de revisión **contra la sentencia de primera instancia** dictada el 29 de noviembre de 1995 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Sincelejo, en el proceso que se le adelanta o adelantó por el delito de homicidio agravado en la persona de **Rafael Mosquera Montoya** y en la que se le condena a la pena principal de 33 años y 4 meses de prisión en calidad de autora intelectual del hecho punible.

Para el efecto su representante judicial adjunta tres (3) documentos, a saber: a).- Copia de la sentencia de primera instancia mencionada (fls. 1- 42), con constancia de notificación personal a ella, diligencia en la que aparece su manifestación de inconformidad bajo la expresión "apelo" (fl. 42v.); b).- El memorial poder; y, c).- El escrito de demanda, en el que, con invocación de la causal 3a. del artículo 232 del C. de P.P., solicita la revisión del antedicho fallo, partiendo de la base de que "en el proceso se incurrió en, según precisa, "... hechos que hace necesario se declaren sin valor",

los cuales hace consistir en que a la procesada solo se le practicó un examen psiquiátrico, que a esta prueba pericial no se le dio el traslado de rigor; y, que el juez fallador no tuvo en cuenta que al actuar la acusada, lo hizo "en forma desciquilibrada" (sic).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es requisito de procedencia de la acción de revisión, según el primer inciso del artículo 232 del C. de P.P., que la sentencia que se pretende demandar se halle ejecutoriada. A su vez, el artículo 234 de la misma normatividad dispone en su numeral 4º, que en la demanda se relacionen "las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición", y, en su inciso final, que "Se acompañará copia o fotocopia de la decisión de la primera y segunda instancia y constancia de su ejecutoria, según el caso, proferidas en la actuación cuya revisión se demanda".

Pues bien. En el caso en examen, se desconoce, porque el profesional mandatario no lo aclara, si el recurso de apelación interpuesto por la procesada fue resuelto por el Tribunal, vale decir, se ignora el contenido de la sentencia de la segunda instancia con la que aparentemente debió culminar el proceso, si es que así ya sucedió, y obviamente, tampoco aparece la constancia de ejecutoria de esta sentencia.

Además, ninguna prueba relaciona el accionante para demostrar al menos sumariamente la causal de revisión que propone.

Estas falencias de la demanda, que la Corte no puede ignorar o soslayar, sumadas a la ausencia de causalidad entre el motivo de revisión alegado —aparición de hechos o pruebas nuevos "después de la sentencia condenatoria", es decir, cuando ya existe cosa juzgada— y los hechos aducidos como fundamento de tal motivo -vicios en el trámite de la prueba pericial y error de evaluación probatoria del mismo medio probatorio, ambos eventuales motivos de casación y por ende de ocurrencia cuando aún el proceso no ha culminado-, imponen la inadmisión de la demanda presentada, como así se decidirá en observancia del segundo inciso del artículo 235 del C. de P.P.

En virtud de lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal,**

RESUELVE:

1º. RECONOCESE y *téngese* como apoderado de *Judy Inés Pupo Monterrosa* al abogado **Jaime Enrique Pimienta Brito**, porta-dor de la T.P. de abogado No. 16498-D1 del Ministerio de Justicia.

2o.- INADMITIR la demanda de revisión presentada contra la sentencia de primera instancia proferida el 29 de noviembre de 1995 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Sincelejo en el proceso que se adelanta o se adelantó contra *Judy Inés Pupo Monterrosa* por el delito de homicidio agravado en la persona de **Rafael Mosquera Montoya**.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Dídimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*, *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / SANA CRITICA

El censor no solamente se desvía de modo ostensible de la línea de ataque que escogió y esgrimió (error de hecho por ignorar unas pruebas) para penetrar en un campo vedado en esta sede de casación y que, además, el actor no adujo: el falso juicio de convicción, hoy, por regla general, no de recibo ante la ausencia de tarifa legal; ya la Sala viene repitiendo que cuando en el análisis de la prueba testimonial el sentenciador se aleja de la sana crítica, de la lógica y de las reglas de la experiencia, incurre en un error de hecho por falso juicio de identidad con el proceso.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.-. Santafé de Bogotá D.C., diciembre diez (10) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente:Dr.*Didimo Paez Velandia*

Aprobado Acta No. 152. Proceso No. 9712

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Carlos Mario Cruz Naranjo* contra la sentencia de mayo 2 de 1.994, mediante la cual el Tribunal Superior Militar, al revocar el fallo de primera instancia, condenó al referido teniente del Ejército Nacional a la pena de 2 años de prisión como autor de delito de peculado por apropiación.

ANTECEDENTES

1. En jurisdicción de Quípama (Departamento de Boyacá) el Batallón de Infantería No. 2 "Sucre" del Ejército Nacional, tenía en el "Alto de Quipama" instalada una Base. Aproximadamente a las 4 de la tarde del 5 de abril de 1990 una patrulla de dicha Base, al mando del Cabo Segundo Fernando Romero Muñoz, hizo parar en el sitio "Cristales" a un bus de la Cooperativa Reina. Requisados los pasajeros del mismo, al ex policía José Rodríguez Maldonado se le incautó la pistola calibre 22 marca "Llama" número A977019.

Cumpliendo las órdenes respectivas, el referido suboficial Romero Muñoz procedió a entregarle dicha arma al comandante de la mencionada Base, teniente Carlos Mario Cruz Naranjo, previa expedición del correspondiente "recibo de decomiso" al portador de la misma.

El nombrado oficial Cruz Naranjo no entregó dicha pistola al referido Batallón, como era su deber, y la realidad procesal dice que se apropió de tal arma, como en seguida se verá.

2. Como dicha arma no apareció (fls.1 y 5), se pidieron los informes respectivos, los cuales fueron rendidos así:

— El 22 de febrero de 1.991 el mencionado Cabo Romero Muñoz ratifica la entrega que del arma hizo a su comandante teniente Cruz Naranjo (fl.89 cdno. No.1).

— El 25 de dicho mes los soldados Alvaro Antonio Ríos y Jesús Antonio Pinilla Ortiz, que integraban la patrulla de la Base "Alto de Quipama", informan que la pistola incautada directamente por el primero de ellos, fue entregada al Cabo Romero, quien luego en la Base se la entregó al teniente Cruz Naranjo (fls.90 y 91).

Y el 27 del mismo referido mes el Mayor del Ejército Nacional, Pablo Antonio Barrera Beltrán, informa que "cuando terminó el retén se dirigió (el Cabo Romero Muñoz) al "Alto de Quipama", donde se encontraba la Base Militar y allí entregó el arma al Te. Cruz Naranjo Carlos, quedando ésta en su poder y bajo su responsabilidad" (fls.2 y 3), que no entregada al batallón y que "posiblemente se encuentra en poder del citado oficial" (fl.3) y agrega: "Son testigos de la entrega del arma al Te. Cruz Naranjo Carlos, el SS. ***Medina Correa Pedro, C.P. Carvajal Rodríguez Carlos, SL. Ríos Alvaro Antonio y SL. Pinilla Ortiz Jesús***; los dos últimos presentaron informe por escrito donde aseveran tal entrega" (fl.3).

— El 2 de abril del citado año 1.991 el teniente Cruz Naranjo responde "Se me hace difícil recordarme sobre la pistola Llama cal.22, de la cual se me acusa no entregué (fl.6).

— Y al folio 4 aparece fotocopia del correspondiente "recibo de deconiso" del arma.

3. El Juzgado 1º de Instrucción Penal Militar abrió investigación (fl.10) y practicó las siguientes pruebas:

— Declaración del referido Mayor Barrera Beltrán (fl.13), en el cual se ratifica en el aludido informe y manifiesta que el comporta-miento del procesado teniente Cruz Naranjo era "regular" y se excusaba de patrullar en ciertas zonas, "pero cuando se trataba de Quipama inmediatamente aceptaba". Sobre el Cabo Romero Munoz dice que es "una persona humilde, de sanas costumbres y muy honorable" (fl.17).

El 4 de junio de 1.991 declaró el soldado José Antonio Pinilla Ortiz (fl.26) y el 7 siguiente lo hizo su compañero Alvaro Antonio Rios (fl.34); ambos se ratificaron en sus aludidos informes y reiteran que vieron cuando el Cabo Romero entregó la pistola al comandante de la Base, el hoy procesado aquí.

Los suboficiales Pedro Baudilio Medina Correa y Carlos Carvajal Domínguez declararon (fls.39 y 44) que no presenciaron la incautación del arma pero —dijo Medina— que "se escuchaban rumores de que se había decomisado un arma, pistola" (fl.40) y que la orden era de que se entregara al teniente Cruz (en general al comandante de la Base) toda arma incautada.

- José Aldemar Rodríguez Maldonado, a quien se le incautó el arma, declaró, (fl.53) que al día siguiente de dicho procedimiento se dirigió a la Base "y hablé con el teniente Cruz y me dijo que tenía que venir al Batallón a reclamarla" (fl.55) y que su pistola estaba ahí encima de una mesa junto con otras armas decomisadas.

- Al rendir indagatoria (fl.97), el referido oficial Cruz Naranjo dijo de dicha arma "nunca pasó por mis manos" (fl.100) y agrega que "no iba a ser tan tarado" de apoderarse de un arma de las características de la aquí en cuestión y que él piensa que la pistola, se la robó" el Cabo Romero (fl.104).

— El referido Cabo Romero Muñoz declaró (fl.108 vto.) que como comandante del Retén Militar en el sitio Los Cristales, luego de que se incautó la pistola hizo entrega de ésta al comandante de la Base, Cruz Naranjo, "informándole que yo le había entregado el recibo al interesado" y reitera que inmediatamente el citado oficial guardó el arma debajo del colchón de su cama. También dice que ahí estaban otras armas "decomisadas" (fl.109 infra).

Mediante resolución de agosto 12 de 1.990 (fl.116) se decretó la detención preventiva de Cruz Naranjo.

Por petición del defensor del sindicado se practicó:

— Ampliación del testimonio del soldado Ríos (22 de octubre de 1.991, fl.194), en la cual se dice respecto al informe firmado por él que éste contiene "cosas que no son ciertas" y agrega que "en realidad yo no me di cuenta a qué horas mi Cabo Romero le entrega de dicha arma a mi teniente Cruz" (fl.195), y al ponérsele de presente la contradicción en que incurre con respecto a su primera declaración, responde que cuando rindió ésta "no me acordaba cómo exactamente habían ocurrido las cosas", y que "ahora sí me acuerdo" (fl.196). Sobre el informe dice que él lo firmó sin leerlo.

— En el mismo sentido amplio su declaración el soldado Pinilla Ortiz (fl.207).

— Al ampliar su testimonio el Cabo Romero Muñoz dijo (fl.228) que sí le dio al teniente Cruz Naranjo copia de la "boleta de decomiso" de la pistola, que ésta fue guardada por el oficial debajo del colchón de su cama y que también es cierto que el propietario y portador de dicha arma fue a la Base habló con el referido oficial y que él escuchó dicha conversación. Sobre los informes de los soldados Ríos y Pinilla dice que los elaboró el sargento Ocampo con base en lo que dichos soldados afirmaron (fl.236).

En cuanto a la colaboración que pidió a dichos soldados, manifiesta que cuando se enteró de que el arma no había llegado al Batallón y que él estaba figurando como persona que la había incautado y que entonces ellos respondieron que sí se acordaban de lo sucedido, especialmente porque el comandante de la Base Cruz Naranjo disparó esa pistola (fls.247 y 248). Al ponérsele de presente las "retractaciones" de los referidos soldados, dice que va entonces a pedir a la Procuraduría que investigue las mentiras de éstos (fl.245).

Por medio de Resolución de diciembre 20 de 1991 (fl.263) se revocó la medida de aseguramiento que afectaba al procesado y se ordenó escuchar en injurada al Cabo Romero Muñoz.

— Este, en esa diligencia (fl.292), se reafirmó en su dicho anterior y dice que posteriormente se enteró que el defensor de Cruz Naranjo consiguió los teléfonos de los soldados Ríos y Pinilla, luego se contactó con ellos y fue cuando éstos se presentaron a rendir sus ampliaciones (fl.300). Agrega también que se enteró que el teniente Cruz Naranjo había negociado la pistola con una persona apodada "Oscar Negro" (fl.301).

— La secretaria del Batallón, Azucena Vargas Lancheros (quien dijo Romero le dio los referidos teléfonos al defensor), declaró (fl.317) que entre "tantas cosas que tiene" no recuerda tal cosa.

— Al ampliar su declaración el Mayor del Ejército Nacional Pablo Antonio Barrera Beltrán dijo (fl.321) que él ordenó al sargento Antonio Ocampo Zuleta elaborar los aludidos informes de los soldados con base en lo que éstos mismos manifestaron y que tal cosa se hizo sin presión ninguna, de manera enteramente voluntaria. Se queja de las mentiras posteriores de los mencionados soldados y replica que él es "un oficial superior con 18 años de antigüedad en la institución armada donde no he presentado ningún problema de Justicia para que estos dos soldados del Batallón vayan a manifestar que todo lo que yo elaboré fue una farza (sic) y desde que me conozco nunca lo he hecho" (fl.323).

El Juzgado se abstuvo de proferir medida de aseguramiento contra el Cabo Romero Muñoz (fl.317).

— El sargento Antonio José Ocampo Zuleta declaró (fl.347) que sí los soldados le informaron lo que él consignó en los respectivos informes, los cuales "leyeron y firmaron" (fl.348) y reitera que los soldados Ríos y Pinilla afirmaron haber visto cuando el Cabo Romero entregó la pistola al teniente Cruz Naranjo (fl.349).

— El "particular" Carlos Fradique Beltrán Rodríguez Maldonado declaró (fl.363) que con su hermano (José Aldemar), ex suboficial de la Policía, fue a la Base y se dio cuenta que el Cabo Romero le entregó la pistola al teniente Cruz Naranjo, quien les dijo que ésta "la mandaba a Chiquinquirá" (fl.363).

— En ampliación de indagatoria (fl.378) Cruz Naranjo persiste en negar el recibo del arma.

— En inspección judicial llevada a cabo en el Batallón "Sucre" (fl.15-2) se constató que la referida pistola no fue recibida allí.

— El sargento Pedro Baudilio Medina Correa declaró (fl.45) que la orden en la Base era entregar toda arma decomisada al comandante de ésta y que Cruz Naranjo sí era amigo de "Oscar o Carlos Negro", de quien no sabe si es esmeraldero o escolta.

4. Mediante resolución de noviembre 2 de 1.993 (fl.66) el comandante de la Primera Brigada de Tunja, juez de primera instancia, convocó a Consejo de Guerra Verbal al sindicado Cruz Naranjo para que respondiera al cargo de "peculado por apropiación", Consejo que se efectuó el 10 de diciembre de dicho año (fl.103).

5. Mediante sentencia de diciembre 15 de 1.993 (fl.123) el Juzgado en mención absolvió a Cruz Naranjo y cesó procedimiento con respecto al Cabo Romero Muñoz.

6. Consultada esa providencia, el Tribunal Superior Militar, en desacuerdo con la Fiscalía 2ª, revocó la misma y condenó al acusado a 2 años de prisión, multa de mil pesos, interdicción de derechos y funciones públicas y a la separación absoluta de los Fuerzas Militares, por el delito materia de acusación tipificado en el artículo 189 del Código Penal Militar. Así mismo, no le concedió la condena de ejecución condicional, decretó la detención preventiva, revocó la libertad que se había dado y ordenó su captura. Finalmente, confirmó la cesación de procedimiento.

Contra ese fallo interpuso el defensor del procesado el recurso de casación que se decide en la presente sentencia.

La Demanda

En ella (fl.178-2) el casacionista formula un "cargo único" al amparo de la causal primera de casación del artículo 442 del Código de Justicia Penal Militar (decreto 2550 de 1.988): aplicación indebida de los artículos 2.3 y 189 de dicho Código "por manifiesto error de hecho basado en falso juicio de existencia al incurrir en omisión de prueba" (fl.183).

Dice al respecto que "se está desconociendo un material probatorio importante, como son los informes rendidos tanto por el Cabo Romero Muñoz como por los soldados Ríos y Pinilla ante el Mayor Beltrán en el Batallón Sucre, y la forma como fueron recaudados" (fl.185).

Se refiere a las primeras declaraciones de los soldados en cuestión y dice que fueron influenciadas por el Cabo Romero Muñoz, lo que no ocurrió con las ampliaciones de esos testimonios, respecto de los cuales no puede decirse que fueron "manipuladas"

Agrega que los referidos informes de folios 89, 90 y 91 se "recaudaron anómalamente" (fl.187), sin especificar en qué consiste esa anomalía. Luego hace una "comparación analítica" de las declaraciones y ampliaciones de los soldados y dice que los referidos informes fueron "inducidos" por el Cabo Romero Muñoz, como se desprende de la misma declaración de éste (fl.188).

Señala que el sentenciador no tuvo en la cuenta las "contradicciones" existentes en los testimonios de cargo y que hizo lo propio con las declaraciones de los suboficiales Medina Correa y Carvajal Domínguez (fl. 192), quienes, contradiciendo la prueba de cargo, afirmaron no haber estado presentes en la entrega que -se dice en el fallo- que de la pistola hizo el Cabo Romero al procesado.

Habla del "análisis desvertebrado y unilateral" que hizo el fallador de la prueba testimonial (fl.194 infral y concluye que la realidad procesal arroja duda sobre la responsabilidad en la pérdida del arma, por lo cual debe casarse el fallo y absolverse al procesado.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador 3º Delegado en lo penal conceptúa (fls.6 y ss. cdno. Corte) que la sentencia recurrida no debe ser casada y que, no obstante el esfuerzo que hace el casacionista en su aspiración "se ve frustrada ante la evidencia que revela la propia demanda de que la inconformidad real del casacionista se centra en el valor que el Tribunal Superior Militar otorgó a las pruebas recaudadas, sin que omitiera en el examen de ellas algunos medios probatorios esenciales" (fl.10).

Dice que los informes cuya no consideración postula el censor, incluso tienen la fuerza de robustecer la prueba de cargo, pues están diciendo que el procesado sí recibió la pistola incautada y añade que si el casacionista dice que el sentenciador desconoció "la forma como fueron recaudados" esos informes, se está desplazando a un falso juicio de convicción, de no recibo en esta sede del recurso extraordinario (fl.10 infra).

Afirma que el Tribunal sí analizó esos informes y las demás pruebas y dice que, en fin, "la mayor parte de la demanda no contiene más que opiniones —respetables, por cierto— que procuran convencer a la Corte de que la valoración que el censor hace de los testimonios que contienen las retractaciones de los soldados Pinilla y Ríos es la que debe ser acogida, en detrimento de las razones que expuso el Tribunal y para quien éstas pierden su valor de convicción ante la circunstancia de que las primeras tienen mayor mérito por ser coherentes entre sí y con el resto del material probatorio recaudado" (fl.11).

Finalmente dice que el censor no demostró que las declaraciones de los suboficiales Medina y Carvajal "serían capaces de eliminar los fundamentos de la sentencia cuestionada" (fl.12).

Pide, pues, mantener incólume el fallo atacado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Planteó el casacionista un yerro de hecho por falso juicio de existencia al afirmar que el Tribunal desconoció los informes iniciales de los soldados Ríos y Pinilla. Empero, aparte de lo que afirma la Delegada de la incidencia procesal de esos informes de folios 90 y 91-1 (reafirman la responsabilidad del procesado),la siguiente cita del fallo atacado muestra que no es cierto lo afirmado en dicho cargo:

"En lo que hace a la retractación de los prenombrados Soldados, se tiene lo siguiente: Los informes los rindieron el día 25-II-91., y las declaraciones los días 4 y 6 de junio del mismo año, respectivamente, y en esas diligencias no aparece constancia alguna que hubieran sido coaccionados por algún superior o cualquier otra persona, para manifestar cosas que no correspondían a la verdad de los hechos. Si ese episodio hubiese sido cierto, tuvieron tiempo suficiente para poner en conocimiento del Comandante del Batallón Sucre, o del mismo Comandante de la Primera Brigada, o de cualquier otra autoridad competente, lo que les acontecía. Y no esperar hasta el 26 de octubre siguiente, después de cuatro meses, para decir que fueron obligados a firmar sin leer, o que confiaron en lo que decía el Cabo Romero Muñoz, y a rendir bajo juramento una

declaración manifestando hechos que nos (sic) les constaban, aduciendo que eso los llevó a retractarse en la ampliación de sus declaraciones (fls. 163 y 164-2).

Por lo que se refiere a las declaraciones de los suboficiales Medina y Carvajal Domínguez, sí es cierto que no fueron consideradas por el fallador, pero a juicio de esta Sala **no era necesario considerarlas**, porque ellos dijeron no constarle directamente nada sobre la entrega del arma al comandante de la Base, teniente Cruz Naranjo. Que se haya dicho que a tales sargentos sí les constaba tal entrega, es cosa que **en nada debilita la contundente y enteramente creíble prueba de cargo** y si fueron así citados tiene su explicación porque de todos modos al menos uno de esos suboficiales (Medina Correa) sí estaba en esos momentos pero "al lado con su escuadra", como declaró él a folio 40-1.

Por otra parte, el casacionista no demuestra en qué medida esa coincidencia en la cita que de esos testigos hicieron los declarantes de cargo, afecta la declaratoria de responsabilidad hecha en el fallo objeto de la demanda casacional.

En la parte restante y más extensa del libelo acusador el actor se dedica a hacer su propia valoración de la prueba testimonial, tomando partido, obviamente, por las ampliaciones y/o "retractaciones" de los soldados Ríos y Pinilla. También critica y descalifica los demás testimonios de cargo.

Al hacer tal cosa, el censor no solamente se desvía de modo ostensible de la línea de ataque que escogió y esgrimió (error de hecho por ignorar unas pruebas) para penetrar en un campo vedado en esta sede de casación y que, además, el actor no adujo: el falso juicio de convicción, hoy, por regla general, no de recibo ante la ausencia de tarifa legal; ya la Sala viene repitiendo que cuando en el análisis de la prueba testimonial el sentenciador se aleja de la sana crítica, de la lógica y de las reglas de la experiencia, incurre en un error de hecho por falso juicio de identidad con el proceso. Pero nada de ésto acontece aquí ni fue siquiera sugerido ni mucho menos planteado (como es debido) por el censor.

La demanda en examen, en suma, es una repetición de lo alegado por el defensor en el Consejo de Guerra Verbal, repetición más extensa y elaborada para aparentar un cargo de casación correctamente formulado y demostrado; pero, en definitiva, dicho alegato se exhibe como típico de instancia y de él, consecuencialmente, no puede ocuparse a fondo la Corte.

2. No obstante la Sala debe decir que basta leer con cuidado los "antecedentes" de este caso, resumidos al inicio de esta providencia,

para concluir en el acierto del fallo recurrido al declarar responsable al procesado Cruz Naranjo del peculado por apropiación por el cual fue acusado. Reitérase que al respecto la realidad procesal es completa en calidad y cantidad y muy lógica.

Suficiente para avalar tal aserto recordar:

a. El Cabo Romero Muñoz como comandante del "retén" fue quien recibió del soldado Rios la pistola incautada, y como ésta no apareció y su inmediato superior (teniente aquí procesado) negó haberla recibido, dicho suboficial resultó ser el primer "responsable" de tal extravío. Por eso deviene completamente comprensible lo que así cuenta y que es precisamente esgrimido por el casacionista para demeritar y tener de parcializados los informes iniciales de dichos soldados. Dijo, pues, al respecto el Cabo Romero:

"Al encontrarme casualmente con los soldados en el Batallón Sucre les contè que estaba metido en un problema de un decomiso de un arma, les dije: 'Uds. estuvieron presentes en éste retén', ellos me contestaron que sí se acordaban de todos los hechos ya que yo les hice un relato de todo, entonces éllos dijeron acordar-sen. como se dijo anteriormente ya habían pasado muchos meses, yo les hice acuerdo del día, el arma y cómo fué decomisada, entonces éllos se acordaron, me dijeron: 'Sí mi cabo nosotros nos acordamos', entonces yo les pedí el favor de que si podían servirmen de testigos, ellos dijeron que sí. Como dije ateriormente se los presentè a mi Mayor Barrera y le dijeron a mi Mayor Barrera que éllos se acordaban de los hechos; en la oficina del S-2 del Batallón se les dijo que si ellos eran testigos de esos hechos, diciendo éllos que sí, el sargento Ocampo procedió de acuerdo y como está ordenado, efectúo las preguntas y los soldados las contestaban, después, antes de ser firmado mi Mayor Barrera leyó el informe y luego fué leído en voz alta a los soldados preguntándoseles si había algún error, dijeron que estaban bien y bajo ninguna presión ni ningún ofrecimiento, firmaron voluntariamente estando enterados de lo que firmaban". (fls.237 y 238-1).

b. Cuando se enteraron de las segundas declaraciones de los soldados Rios y Pinilla, el Cabo Romero y el Mayor Barrera Beltrán, protestaron airadamente por esa situación, hasta el punto que el primero de ellos anunció que iba a denunciar tal cosa a la Procuraduría (fls.245 y 323): estas reacciones revelan una honestidad y firmeza de dichos militares, que se sostienen en afirmar la entrega del arma al procesado, a lo cual se suma la declaración del sargento Ocampo Zuleta, justamente el suboficial que pasó a escrito lo que verbalmente manifestaron los soldados Rios y Pinilla (fl.348).

c. Igualmente resulta indicativo que cuando el defensor del procesado "empezó a actuar", los mencionados soldados se retractaron y se llegó al colmo de incluso vincular como sindicado al Cabo Romero, cuyo dicho referente al "aleccionamiento" de esos soldados merece, pues, credibilidad (fl.300-1).

d. **En sí mismas**, entonces, las referidas "ampliaciones" de los mencionados soldados no merecen ninguna credibilidad frente a la tan contundente y limpia prueba que dice lo contrario de las mismas. Por ejemplo, tan pueril será la mentira, que el soldado Ríos explica que cuando rindió su primera declaración se acordaba poco de los hechos, pero que ahora **varios meses después** se acuerda más ¿Es lógico eso de que entre más tiempo pase la memoria se torne más clara y nítida? De verdad que no: lo normal es que ocurra exactamente lo contrario.

Estrechamente ligado con lo anterior: cuesta también mucho trabajo creer que los soldados en cuestión hayan firmado los informes sin leerlos. Esto también robustece la mentira que nutre éstas sus ampliaciones de testimonios.

e. También el Cabo Romero se ve avalado cuando el propietario de la pistola y Carlos Fradique declaran (fls.53 y 363) que sí hablaron con el comandante de la Base y que éste admitió tener la pistola en su poder.

f. El sargento Medina Correa (cuya declaración, dice el censor, fue ignorada) en cierta medida **compromete al acusado** al apoyar el Cabo Romero en el señalamiento de "Oscar o Carlos Negro" como amigo de aquél; recuérdese que según Romero la pistola la negoció el procesado con ese apodado individuo.

g. Finalmente está la declaración del referido Mayor Barrera Beltrán en el sentido de que el procesado únicamente aceptaba "de buena gana patrullar en la zona de Quipama", lo que constituye un indicio de su corrupción por las "ventajas" que al respecto dicha zona ofrece.

Por las expresadas razones tanto de "técnica" como de fondo o de justicia-material, la sentencia no será casada en parte alguna.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada. En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, y cúmplase.

Carlos Augusto Galvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda Nilson Pinilla Pinilla.*.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

VIOLACION AL REGIMEN LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INSTIGACION / CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS

Es claro que no puede predicarse del contratista la autoría material, con ello no se está diciendo que la conducta de quien conociendo la incompatibilidad para contratar con el Estado lo hace con la complacencia del empleado oficial, o usufructuando su ignorancia o su error, escapa a la regulación legal, pues para llegar a una conclusión en ese aspecto es necesario analizar el comportamiento a la luz de las reglas que rigen las diversas formas de autoria y de participación, a lo cual se procede así:

El artículo 23 del Código Penal le da tratamiento de autor no solo a quien realiza el hecho punible, sino a quien **determina** *a otro a realizarlo, lo que significa que al instigador, que en realidad es un partícipe, la norma le extiende la consecuencia aplicable al autor.*

Otro aspecto a tener en cuenta es que el tipo en estudio tiene entre sus características las de ser **especial y propio**, *por cuanto el sujeto activo es cualificado, y no tiene correspondencia con un tipo común.*

Sentadas estas bases, una primera conclusión a la que se llega es descartar la **autoría mediata**, *esto es, aquella en la cual el agente se vale de la ignorancia, del error, de la coacción insuperable, o de la inimputabilidad de la persona que realiza directamente la conducta típica. La razón es que el autor mediato es un verdadero autor, pues realiza el hecho punible valiéndose de la actividad de una persona a quien utiliza como instrumento, lo que indica que cuando se trata de un tipo especial debe reunir la cualificación allí prevista, en este caso, la de empleado oficial en ejercicio de sus funciones.*

No ocurre lo mismo con la instigación, entendida como una forma de participación que consiste en determinar a alguien a

la comisión dolosa de un delito, pues para ser responsable por ese comportamiento, aún tratándose de un tipo especial propio, no se necesita reunir la cualificación exigida para ser sujeto activo, de modo que un particular puede ser instigador de un prevaricato, de un peculado por apropiación, o de una celebración indebida de contratos, etc.

La instigación se puede lograr mediante el ofrecimiento de remuneración, a través de consejos, de promesas, utilizando la autoridad o el ascendiente que se tiene sobre la persona que se quiere determinar, con amenazas, haciéndole saber el deseo de que actúe de determinada manera a quien está en deuda o depende económica o laboralmente del instigador, o en fin, con cualquier medio que haga surgir en el autor la decisión de realizar el hecho.

La persona que celebra con una entidad estatal un contrato a sabiendas de que se encuentra impedida, tiene la calidad de servidor público en ejercicio de funciones, por lo tanto incurre en el delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, a título de autor, y con independencia de la responsabilidad que se derive para el servidor público que actúa en representación del Estado.

Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre dieciséis de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:DR. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 155. Proceso No. 8802

VISTOS

La Sala procede a calificar el mérito del sumario adelantado contra *Adalberto Enrique Jaimes Ochoa*, Representante a la Cámara por el Departamento de Arauca.

ANTECEDENTES

La Unidad de Fiscalía ante la Corte remitió en septiembre de 1993 copia de un escrito del cual figura como autor *Robinson Arboleda*, quien sindica a los Congresistas *Adalberto Jaimes Ochoa y Elías Matus Torres* de enriquecimiento ilícito y de celebración indebida de contratos.

Pese a los esfuerzos realizados no fue posible que el firmante compareciera a ampliar y ratificar los cargos, estableciéndose además que la dirección anotada para efectos de notificaciones no existe en Santa Fe de Bogotá.

La misma Unidad de Fiscalía envió a la Corte con oficio de octubre 22 de 1993, copia de la denuncia presentada el 31 de mayo del mismo año por el abogado *Elmer Ramiro Silva Rodríguez*, identificado con la Cédula de Ciudadanía 19.101.082 expedida en Bogotá, y de la ratificación y ampliación rendida el 15 de julio siguiente, en la cual imputa a los mismos Congresistas, al Gobernador *Alfredo Colmenares*, al Alcalde *Ricardo Alvarado Besteiro*, y al ex-Alcalde *José Gregorio González Cisneros*, en ese momento huyendo de la justicia, actos de corrupción relacionados con diversas actividades, entre ellas con celebración indebida de contratos.

En proveído del 19 de diciembre de 1994 se abstuvo la Sala de abrir investigación contra *Matus Torres* por los punibles de enriquecimiento ilícito y celebración indebida de contratos, al tiempo que respecto de *Jaimes Ochoa* se inhibió únicamente por el primero de ellos, abriendo investigación por el segundo, dentro de la cual rindió indagatoria el implicado y se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

En el auto en el que se dispuso la privación de libertad del indagado se precisó que los hechos por los cuales se continuaría la investigación eran los relacionados exclusivamente con las operaciones realizadas a través de la Librería y Papelería Arauca, que a partir del mes de julio de 1992 entró a formar parte de los activos de la sociedad "Inversiones y Negocios del Oriente S. A.", a los cuales se les dio la denominación jurídica provisional de "violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades", compulsando copias para la averiguación de los contratos celebrados por medio de otras sociedades por separado.

PRUEBAS RECAUDADAS

1. Durante la etapa de indagación preliminar se allegaron al expediente las siguientes pruebas:

1. Constancia suscrita por el Subsecretario General de la Cámara de Representantes, quien certifica que Adalberto Jaimes Ochoa fue elegido Representante Suplente por la circunscripción electoral del Norte de Santander, para el período constitucional 1990 1994, tiempo durante el cual ejerció el cargo del 11 de septiembre de 1990 al 2 de octubre siguiente; y del 4 de octubre de 1990 al 12 de junio de 1991. Debido a la revocatoria del mandato dispuesta por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, fue elegido Representante por el Departamento de Arauca para los períodos 1991-1994, y 1994-1998, cargo que desempeña en la actualidad.

2. Inspección Judicial practicada en las oficinas de COINCO LTDA, en la cual se estableció que el señor Adalberto Jaimes Ochoa no ha

celebrado contratos con esa entidad, pero que el 1º de abril de 1993 la sociedad Inversiones y Negocios del Oriente S. A. suministró al Departamento de Arauca elementos e insumos para computación, elementos de oficina y papelería por la suma de $15.546.759. (Fl. 140).

Copia del acta de la asamblea de constitución de la Cooperativa de los Territorios Nacionales Ltda, denominada actualmente Cooperativa Interregional de Colombia COINCO LTDA, y conformada principalmente por las antiguas Intendencias y Comisarías de Arauca, Caquetá, San Andrés y Providencia, Amazonas, Guainía, Putumayo, Vaupés y Vichada. (Fl 89).

4. Certificados de la Cámara de Comercio respecto de las siguientes sociedades donde aparecen como socios Leonor Castro Ardila y otros:

Inversiones Orinoquia Ltda, constituida el 14 de agosto de 1987 por escritura pública número 3259 de la Notaría Tercera de Cúcuta. Socios: **Leonor Castro Ardila** y Jorge Enrique Rojas Dávila: objeto social: "La explotación de apuestas permanentes, rifas, loterías y similares. (Fl. 10).

Casa Funeraria Santa Barbara Ltda. constituida por escritura pública número 2132, otorgada en la Notaría Tercera de Cúcuta el 25 de mayo de 1988. Socios: *Adalberto Jaimes Ochoa y Leonor Castro Ardila.* Objeto Social: "suministro del servicio de honras fúnebres, compra de inmuebles, importación y exportación de muebles, compra de equipos y en general todo lo relacionado con el objeto social." (Fl. 13).

Comercializadora Arauca Ltda., Apuestas Arauca, antes denominada "Pita Jaimes & Cía Ltda". Constituida por escritura pública número 2892 de agosto 18 de 1.983. Socios: *Leonor Castro Ardila* y Jorge Enrique Rojas Avila; objeto social: "Explotación de juegos, rifas, agencias de lotería en todo el país y apuestas permanentes", secundariamente, "la prestación de compra y venta de toda clase de artículos y bienes muebles, relacionados con la papelería y equipos de oficina. (Fl. 15).

Inversiones y Negocios del Oriente Ltda, constituida el 24 de julio de 1.992 por escritura pública 3653 de la Notaría 31 de Bogotá, propietaria de los establecimientos de comercio Librería y papelería Arauca y Representaciones Panasonic; Socios: *Leonor Castro Ardila,* Elías Jaimes Castro, María Liduvina Fernández Lizarazo, Claudia Patricia, Carlos Alberto, Carolina y Alberto Enrique Jaimes Castro (fl. 23).

5. Declaraciones de Mónica Ricaurte Fuentes, Consuelo Rocío Castro Sánchez, Rafael Antonio Carvajal Reyes, Mariela Briceño

Granados y Leonor Castro Ardila. (Fls. 178, 181, 184, 209 y 238, C.O. 2.).

Certificación de la Secretaria General de la Comisión de Etica del Congreso, donde se hace constar que el 18 de noviembre de 1993 se archivó la investigación que se adelantaba contra el congresista *Adalberto Jaimes Ochoa* por el presunto delito de enriquecimiento ilícito. (Fl. 233. C. O. 2.).

7. Copia de la sentencia de fecha junio 4 de 1994, mediante la cual el Consejo de Estado no decretó la perdida de investidura del Representante a la Cámara Adalberto Enrique Jaimes Ochoa. (Fls. 285 a 324, C. O. 2.).

8. Versión libre del implicado *Jaimes Ochoa*. Manifiesta que fue socio de las sociedades Pita Jaimes & Cia Ltda, denominada posteriormente Comercializadora Arauca Ltda., Apuestas Arauca, la cual constituyó en 1983 con los señores Juan José Pita y *Leonor Castro*; Inversiones Orinoquía Ltda., en sociedad con *Leonor Castro*; Jardines Santa Bárbara Ltda; Casa Funeraria Santa Bárbara Ltda; y Comercializadora Santa Bárbara, empresas éstas últimas que no tuvieron vida comercial, y que se liquidaron en diciembre de 1993 por no haber cumplido su objeto.

Afirma que en ese momento no tiene ningún vinculo legal ni contractual con las sociedades mencionadas, pero reconoce que hace vida marital hace 23 años con Leonor Castro Ardila, socia mayoritaria de esas empresas, con quien además tiene cuatro hijos.

Explica que cuando entró en política se le presentó el conflicto de retirarse de esas sociedades, y que no ha participado en los contratos que han celebrado con organismos del Estado.

II. *A partir del proveído que dispuso la apertura de instrucción*, se recaudaron las siguientes pruebas:

Contratos celebrados por la Librería y Papelería Arauca y Representaciones Panasonic con las siguientes entidades oficiales:

Alcaldía del Municipio de Arauca *(fs.1 a 319, anexo 2):En 1.990.*

183 del 13 de noviembre por cuatro millones once mil ochocientos cuarenta y nueve pesos ($ 4.011.849).

— 185 del 19 de noviembre por cuatro millones ciento catorce mil ochocientos setenta y cinco pesos ($ 4. 114.875).

— 186 del 19 de noviembre por cuatro millones novecientos cincuenta mil pesos ($ 4.950.000).

— 222 del 20 de diciembre por tres millones setecientos ocho mil pesos ($ 3.708.000). *En 1.991.*

— 270 del 4 de enero por treinta y nueve millones novecientos treinta y cinco mil pesos ($ 39.935.000).

— 289 del 8 de marzo por veintiséis millones setecientos setenta y dos mil pesos ($ 26.772.000).

— 002 del 20 de mayo por once millones un mil trescientos veinticinco pesos ($ 11. 001.325).

— 003 del 20 de mayo por nueve millones cuatrocientos treinta y cuatro mil ochocientos setenta pesos ($ 9.434.870).

— 004 del 20 de mayo por quince millones cuatrocientos cuarenta y dos mil novecientos cuarenta pesos ($ 15.442.940).

- 056 del 13 de junio por tres millones trescientos cincuenta y nueve mil novecientos veinticuatro pesos ($3.359.924).

— 057 del 13 de junio por diez millones noventa y cinco mil doscientos noventa y cinco pesos ($ 10.095.295).

— 058 del 13 de junio por diecisiete millones doscientos setenta y dos mil novecientos pesos ($ 17. 272.900).

— 059 del 13 de junio por cinco millones ciento setenta y cinco mil seiscientos quince pesos ($ 5.175.615).

— 060 del 13 de junio por seis millones novecientos dieciséis mil quinientos pesos ($ 6. 916. 500).

— 061 del 13 de junio por dos millones cuatrocientos mil pesos ($ 2.400.000).

Gobernación del Departamento de Arauca en 1.992 (fls. 1 a 43, anexo 1):

— 1181 del 31 de marzo por un millón seiscientos dieciocho mil ochenta pesos ($1. 618.080).

— 1390 del 31 de marzo por un millón trescientos ochenta y cinco mil doscientos pesos ($ 1 .385.200).

— 213 del 23 de septiembre por un millón seiscientos setenta y siete mil ochocientos cincuenta y nueve pesos ($ 1.677.859).

— 480 del 16 de diciembre por un millón trescientos setenta y cinco mil cuatrocientos treinta y dos pesos ($ 1.375.432).

— 504 del 22 de diciembre por un millón ochocientos setenta y siete mil cuatrocientos pesos ($ 1. 877.400).

Fondo Educativo Regional de Arauca en 1.992 (fls. 57 a 81, anexo 1º):

— 016 del 28 de julio por un millón novecientos cincuenta mil pesos ($ 1. 950.000).

— 034 del 30 de octubre por un millón novecientos noventa y nueve mil novecientos pesos ($ 1.999.900).

— 036 del cinco de noviembre por un millón novecientos noventa y nueve mil novecientos seis pesos ($ 1.999.906).

— 055 del 30 de diciembre por un millón ochocientos cincuenta mil ciento diez pesos con ocho centavos ($ 1.850.110. 08).

— 061 del 30 de diciembre por un millón novecientos cincuenta y siete mil cuatrocientos cincuenta pesos ($ 1.957.450).

— 066 del 30 de diciembre por un millón setecientos setenta mil trescientos dieciséis pesos con ochenta centavos ($1.770.316,80).

4. Empresa de Energía Eléctrica de Arauca en 1992 (fls. 450 a 551):

— 144 del 9 de junio por un millón noventa y un mil seiscientos cincuenta pesos ($ 1.091.650).

— 146 del 9 de junio por un millón cuatrocientos seis mil trescientos pesos ($ 1.406.300).

— 149 del 16 de junio por un millón ochocientos cincuenta y tres mil setecientos sesenta pesos ($ 1.853.760).

— 150 del 16 de junio por un millón setecientos noventa mil ochocientos cuarenta pesos ($ 1.790.840).

— 299 del 23 de noviembre por un millón cuatrocientos once mil doscientos pesos ($ 1.411.200).

— 320 del 10 de noviembre por un millón seiscientos ochenta mil pesos ($ 1.680.000).

— 361 del 11 de noviembre por un millon quinientos cincuenta y nueve mil setecientos veintitrés pesos ($ 1.559.723).

— 365 del 14 de diciembre por seis millones novecientos ochenta y un mil ciento ochenta y cuatro pesos ($ 6.981.184).

B. Ordenes de compra y cuentas de cobro tramitadas por la Librería y Papelería Arauca ante las siguientes entidades públicas:

1. Gobernación del Departamento de Arauca en 1991 (fls. 141 a160, anexo 1) por un millón seiscientos cincuenta y dos mil quinientos seis pesos ($ 1.652.506.oo), y en 1.992 (fls. 161, 164, 165 a 255, anexo 1) por catorce millones quinientos setenta y tres mil ochocientos veintisiete pesos ($ 14. 573.827), para un total de dieciséis millones doscientos veintiséis mil trescientos treinta y tres pesos ($ 16.226.333).

2. **Secretaría General de la Gobernación del Departamento de Arauca en 1.992** (fls. 129 a 135, anexo 1) por ocho millones trescientos veintiséis mil ochocientos sesenta y dos pesos ($8.326.862).

3. **Fondo Educativo Regional de Arauca** (fls. 92 a 121, anexo 1; 73 a 139 anexo 3) en 1.990 por doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos pesos ($ 258.800); en 1.991 por novecientos noventa y siete mil setecientos cuarenta y ocho pesos ($ 997.748.oo); y en 1992 por setecientos cuarenta mil cuatrocientos veinte pesos con cuarenta centavos ($740.420.40), para un total de un millón novecientos noventa y seis mil novecientos sesenta y ocho pesos con cuarenta centavos ($1.996.968.40).

4. **Fondo de Capacitación y Fomento Educativo** (fs. 264 a 309, anexo 1) en 1992 por doscientos ochenta y cuatro mil trescientos cincuenta y dos pesos ($ 284.352.oo) y en 1.993 por doscientos setenta y tres mil setecientos cuarenta pesos ($ 273.740.oo), para un total de quinientos cincuenta y ocho mil noventa y dos pesos ($558.092.oo).

5. **Fondo de Fomento Agropecuario Departamental** (fs. 344 a 396) en 1.991 por seiscientos veinte mil ciento veintinueve pesos ($620.129.oo), en 1992 un millón dieciséis mil setecientos un pesos ($1.016.701), y 1.993 por veintidós mil veinticuatro pesos ($22.024.oo), para un total de un millón seiscientos cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta y cuatro pesos ($ 1.658.854.oo).

6. **Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S Seccional Arauca** (fs. 257 a 338, anexo 4) en 1992 por un millón doscientos doce mil quinientos pesos ($ 1.212.500.oo) y, en 1993, un millón doscientos setenta y seis mil quinientos setenta y cinco pesos ($ 1.276.575.oo).

7. **Departamento de Policía Arauca** (fs. 268 a 333, anexo 3) en 1990 por ciento ochenta y nueve mil doscientos setenta pesos ($189.270); en 1991 un millón ciento siete mil cuarenta y tres pesos ($ 1.107.043.oo); en 1992 tres millones trescientos treinta y cuatro mil quinientos setenta y ocho pesos ($3.334.578), para un total de cuatro millones seiscientos treinta mil ochocientos noventa y un pesos ($4.630.891).

8. **Cooperativa interregional de Colombia COINCO LTDA** (fs. 380 a 392) en 1.992 por treinta y dos millones novecientos diecinueve mil quinientos cinco pesos ($ 32.919.505.oo).

9. **Aduana Nacional** en 1992 por novecientos treinta mil novecientos sesenta y nueve pesos, ($ 930.969.oo) y, en 1993, por

doscientos ochenta y seis mil trescientos diecisiete pesos ($286.317.oo).

10. **Empresa Nacional de Telecomunicaciones** en 1990 por ciento ochenta y ocho mil ciento veinte pesos ($188.120) (Fls. 304 al 344. Anexo 3).

C. Contratos celebrados por Inversiones y Negocios del Oriente Ltda con las siguientes dependencias oficiales:

Alcaldía del Municipio de Arauca en 1.993 (fs 320 a 337, anexo 2):

— 203 del 30 de julio por treinta y nueve millones ciento veintiún mil cuatrocientos dieciséis pesos ($ 39. 121.416).

— 323 del 29 de septiembre por veintinueve millones cuatro cientos ocho mil doscientos veintidós pesos ($ 29. 408.222).

— 326 del 4 de octubre por seis millones trescientos cincuenta y seis mil sesenta y cinco pesos ($ 6.356.065).

Gobernación del Departamento de Arauca (fls. 1 a 14, anexo 1):

— 107 del 15 de abril de 1993 por dieciséis millones sesenta y un mil quinientos noventa y ocho pesos ($ 16.061.598)

— 050 del 25 de febrero de 1994 por cincuenta y seis millones trescientos cuarenta y siete mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos ($ 56.347.464).

— 814 del 21 de noviembre de 1994 por cincuenta y siete millones ciento noventa y cinco mil seiscientos veinticuatro pesos ($ 57.195.624).

Fondo Educativo Regional de Arauca en 1993 (fls. 165 a 170, anexo 1).

- 037 del 27 de septiembre por un millón novecientos noventa y nueve mil ochocientos diez pesos ($ 1.999.810).

044 del 5 de octubre por un millón novecientos noventa y nueve mil doscientos dieciocho pesos (1.999.218).

4. Fondo de Capacitación y Fomento Educativo (fl. 271 C. O. 1), contrato número 009 del 13 de diciembre de 1993, por ciento ocho millones novecientos setenta y nueve mil cuatrocientos treinta pesos ($ 108. 979.430).

5. Fondo de Fomento Empresarial (fl. 325), contrato de suministro número 010 del doce de agosto de 1.993, por un millón doscientos diecinueve mil cuatrocientos cincuenta y seis ($1.219.456).

D. Ordenes de compra y cuentas de cobro tramitadas por la sociedad Inversiones y Negocios del Oriente Ltda ante las siguientes entidades oficiales:

1. **Secretaría General del Departamento de Arauca** (fls. 123 y 124, anexo 1) en 1.994 por dos millones ochocientos veinte mil cuatrocientos pesos ($ 2.820.400).

2. **Fondo Educativo Regional de Arauca** (fl. 119, anexo 1) en 1993 por ochenta y dos mil cuatrocientos noventa pesos ($ 82.490).

3. **Fondo de Capacitación y Fomento Educativo en 1993** (fls. 257 a 270) por seiscientos nueve mil trescientos cuarenta pesos ($609.340).

Fondo de Desarrollo Cooperativo del Departamento del Arauca en 1993 (fs. 256 a 261, anexo 1) por tres millones ochocientos ochenta mil ochocientos ocho pesos ($ 3. 880.808.oo), en 1994 y 1995 (fls. 278 a 321 C. O. 1) por quinientos cuarenta y seis mil novecientos cuarenta y dos pesos ($546.942), para un total de cuatro millones cuatrocientos veintisiete mil setecientos cincuenta pesos ($4.427.750).

5. **Cooperativa Interregional de Colombia COINCO LTDA** en 1993 (fls. 413 a 416) por treinta y un millones noventa y cinco mil quinientos diecisiete pesos ($31.095.517).

6. **Instituto Colombiano Agropecuario ICA**, en 1993 (fls. 294 a 296 anexo 1), por un millón trescientos veintitrés mil cuarenta y dos pesos ($1.323.042).

7. **Departamento de policía Arauca**, en 1993 (anexo 3), por cuarenta y seis mil doscientos noventa y cinco pesos ($46.295).

E. Auto e informe evaluativo emitido por la Unidad de investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, donde se ordena archivar la investigación adelantada contra el Representante *Adalberto Jaimes Ochoa*. (Fls. 313 a 369).

Escrituras números 3653 y 4576 del 24 de julio y 2 de septiembre de 1.992, mediante las cuales se crea y aclara el nombre de la sociedad Inversiones y Negocios del Oriente S. A. (Fls. 49 a 64, C. C. 3).

G. Declaraciones de Carmen Sirenia Saray Tovar, Ricardo Alvarado Bestene, José Gregorio González Cisneros, Miguel Antonio Bravo Fernández y Alfonso Medina Delgado. (Fls. 414 a 432, C. O. 3).

H. Indagatoria rendida por el sindicado *Adalberto Jaimes Ochoa*, quien manifiesta que en el año de 1975 Leonor Castro Ardila fundó

la Librería y Papelería Arauca, la cual siempre fue de su exclusiva propiedad hasta 1992. En ese año su compañera en asocio de sus cuatro hijos constituyó la sociedad Inversiones y Negocios del Oriente S. A., cuyo capital se conformó con los inventarios de la Librería y del establecimiento comercial denominado Panasonic, también de su propiedad.

Dice que no interviene en las actividades comerciales de su pareja, pues desde antes de comenzar a convivir, esto es en el año de 1974, acordaron que cada uno tendría sus negocios y propiedades en forma independiente, pacto que se ha cumplido a través de todos estos años.

En 1990 ingresó a la actividad política y fue elegido Representante suplente a la Cámara por el Departamento de Norte de Santander, y ejerció el cargo en varias oportunidades desde el once de septiembre de ese año. En las elecciones de octubre de 1.991 se presentó como candidato a la Cámara de Representantes por el Departamento de Arauca, y apoyó a los doctores Alfredo Colmenares Chía y Elías Matus Torres para la Gobernación de Arauca y el Senado de la República, respectivamente. En el año de 1992 apoyó al médico Ricardo Alvarado para la Alcaldía de Arauca, quien ganó las elecciones.

Asegura que desde el citado año de 1990 no tiene aportes en ninguna sociedad, pues se encuentra dedicado exclusivamente a la política y sus ingresos provienen de los salarios del congreso y de los dineros que recibe por concepto del arrendamiento de sus propiedades.

Señala que su participación en la constitución de la Sociedad Inversiones y Negocios del Oriente fue de carácter obligatorio, pues el Notario exigió que actuara como representante legal de sus hijos menores de edad, pero a partir de ese momento no ha tenido ninguna injerencia en ella, ni recibido dividendos.

Asevera que en su condición de Representante a la Cámara no ha influido ni tenido participación alguna en los diferentes contratos y transacciones comerciales que la Librería y Papelería Arauca o la sociedad Inversiones y Negocios del Oriente S. A. ha celebrado con entidades del sector público. Se le ha querido involucrar en las actividades comerciales de estas empresas, pero como ya lo demostró ante la Procuraduría General de la Nación y el Consejo de Estado, la Librería funciona hace más de quince años, es decir, desde antes que fuera elegido representante suplente del Norte de Santander, y por lo tanto en ningún momento ha violado la constitución ni las leyes.

Pruebas recaudadas después de la definición de la situación jurídica:

a) Declaraciones de Mónica Ricaurte Fuentes, Consuelo Rocío Castro Sánchez, Rafael Antonio Carvajal Reyes, Mariela Briceño Granados, Leonor Castro Ardila, Luis Alfredo Colmenares Chía, Camila Cecilia Vega Escobar, Juan Alejandro Plazas Lomonaco, Carlos Rangel Moreno, Oscar Hernando Salguero Castejón, Daniel Alfonso Peralta Virgües, Hugo Ecce homo Linares Silva, Armando Blanco Miller, Luz Adriana Castaño Garay, Luz Marina Gómez Niño, Walter de Jesús Rendón Loaiza, Jorge Eliécer Bonna, Luis Oswaldo Cadavid Jiménez, Víctor Manuel Arregoces Vargas, Luis Ernesto García Barón, Luis Eduardo Maldonado Quinche, Fernando León Uribe Abud, Argemiro Méndez Pérez, Fernando González Muñoz, Mario Javier Mejía Torres, Ricardo Alvarado Bestene y Luz Stella Pedraza Gómez (C. O. 4,5 y 6).

b) Copia del acta de nombramiento de Carlos Rangel Moreno como Gerente de la Cooperativa Interregional de Colombia COINCO LTDA. (fl. 93, C. O. 4).

c) Copia de las resoluciones o decretos de nombramiento y actas de posesión de Alejandro Plazas Lomonaco, Delegado del Ministerio de Educación Nacional ante el Fondo Educativo Regional de Arauca; Luz Adriana Castaño Garay, Administradora Delegada de Aduanas de Arauca; Luis Oswaldo Cadavid Jiménez, Especialista en Ingresos Públicos de Aduanas Nacionales; Camila Cecilia Vega Escobar, Directora del Fondo de Fomento Empresarial; Héctor Hernando Torres Mendivelso y Oscar Hernando Salguero Castejón, Gerentes de la Empresa de Energía Eléctrica de Arauca; Mario Eduardo Maldonado Quinche, Mario Javier Mejía Torres y Víctor Manuel Arregoces Vargas, Directores del Departamento Administrativo de Seguridad en Arauca; Jorge Eliécer Bonna, Técnico de Presupuesto del Fondo Educativo Regional de Arauca; Luz Marina Gómez Niño, Directora del Fondo de Fomento Cooperativo; Luis Ernesto García Barón, Secretario General de la Intendencia de Arauca. (C. O. 4).

d) Acta de posesión y constancia de tiempo de servicio de Luis Alfredo Colmenares Chía, Gobernador del Departamento de Arauca entre el 2 de enero de 1.992 y el 1º de enero de 1.995. (Fls. 136 y 137, C. O. 4).

e) Decretos de Nombramientos y actas de posesión de los señores Daniel Alberto Gómez, Alberto Arango Dávila y Fernando González Muñoz, como Intendentes Nacionales de Arauca. (Fls. 144 a 152, C. O. 4).

f) Actas de posesión y certificaciones de tiempo de servicio de Julio Enrique Acosta Bernal, José Gregorio González Cisneros y

Ricardo Alvarado Bestene, Alcaldes Municipales de Arauca. (Fls. 153 a 160, C. O. 4).

g) Resoluciones de nombramiento y actas de posesión de los oficiales de la Policía Nacional Hugo Ecchomo Linares Silva, Daniel Alfonso Peralta Virgües y Carlos Alberto Marín Gómez. (Fls. 161 a 165 y 529 a 534, C. O. 4).

h) Copia del acta de nombramiento de Armando Blanco Miller, como Director del Fondo de Fomento Agropecuario (Fls. 505, C. O. 4).

i) Decreto de nombramiento y acta de posesión de Argemiro Méndez Pérez, como Intendente Nacional de Arauca (Fls. 59 y 61, C. O. 5).

j)Constancia de tiempo de servicio de Fernando León Uribe Abud y Walter de Jesús Rendón Loaiza, empleados del Instituto Colombiano Agropecuario (Fls. 194 a 197, C. O. 5).

k) Copias de las escrituras públicas números 029 y 030 otorgadas el 25 de enero de 1.988 en la Notaría Unica del Círculo de Arauca, mediante las cuales se aumenta el capital de las sociedades Inversiones Orinoquia Ltda y Comercializadora Arauca Ltda. (Fls. 103 a 110, C. O. 4).

l) Fotocopias auténticas de las escrituras públicas números 3072 del 30 de agosto de 1984, 908 del 18 de marzo de 1987, 3259 del 14 de agosto de 1987, 2365 y 2367 del 9 de agosto de 1990 y 2892 del 3 de agosto de 1993, otorgadas en la Notaría Tercera del Círculo de Cúcuta (Fls. 111 a 125, C. O. 4).

m) Copia del libro de Actas de la Asamblea de socios de Inversiones y Negocios del Oriente S. A. (Fls. 217 a 236, C. O. 4).

n) Fotocopia de los contratos de trabajo suscritos por Mariela Briceño Granados con Leonor Castro Ardila y la sociedad Inversiones y Negocios del Oriente S. A. (Fls. 242, 245 y 248, C. O. 4).

o) Certificación de la actividad contable del establecimiento de comercio Papelería y Librería Arauca (Fls. 495, C. O. 4).

p) Certificados de registro mercantil de las Librerías y Papelerías matriculadas como establecimientos de comercio desde el año de 1.990 en la Cámara de Comercio de Arauca (Fls. 535 a 556, C. O. 4).

q) Fotocopias de las declaraciones de renta de *Adalberto Enrique Jaimes Ochoa* correspondientes a los años gravables de 1991, 1992 y 1994 (Fls. 295, 299 y 300, C. O. 5).

r) Inspección Judicial practicada en la Librería y Papelería Arauca por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca. (Fls. 337 a 568, C. O. 5).

s) **Ampliación de indagatoria:** El acriminado precisa que inició la convivencia con su compañera permanente *Leonor Castro* desde el año de 1974, y que su hija mayor nació en diciembre de esa anualidad.

Reitera que nunca ha tenido injerencia en las actividades comerciales de su compañera. Asegura que no es cierto que sea el propietario de la Librería y Papelería Arauca, y estima que las declaraciones de José Gregorio González Cisneros y Ricardo Alvarado Bestene, que así lo afirman, son producto de retaliaciones políticas, pues en las elecciones de 1994 se convirtieron en sus contradictores.

Sostiene que las palabras de elogio para los doctores Alvarado Bestene y González Cisneros que aparecen en la revista "Arauca en el Congreso de la República", de la cual es Director General, no son de su autoría sino de las personas que elaboraron esa publicación, y que esos textos hacen parte de la estrategia política que se utiliza en época de elecciones.

Reconoce que apoyó al licenciado Luis Alfredo Colmenares Chía para la Gobernación de Arauca, pero aclara que no tuvo participación alguna en su gobierno. (Fls 269 a 280 C. O. 5).

ALEGATO DE CONCLUSIÓN

El único alegato presentado fue el del defensor, quien solicita la preclusión de la investigación que se adelanta contra el congresista *Jaimes Ochoa* por presunta violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, por cuanto estima que las pruebas recaudadas a partir de la providencia que resolvió la situación jurídica del procesado desvirtúan los presupuestos que tuvo en cuenta la Corte para proferir medida de aseguramiento, esto es, la unión afectiva y patrimonial que estableció entre Jaimes Ochoa y Leonor Castro Ardila, el éxito de las ventas de la Librería y papelería Arauca luego de la elección del imputado como Representante a la Cámara, y la ascendencia del implicado respecto del Gobernador y los Alcaldes del municipio de Arauca.

Señala que el acervo probatorio establece que ciertamente existe una copropiedad inmobiliaria entre su defendido y la señora Leonor Castro, pero que precisamente esa comunidad descarta que exista una unión patrimonial entre ellos, pues muestra que cuando han realizado actividades económicas conjuntas, expresamente lo han dispuesto así en los respectivos actos jurídicos. Además, la realiza-

ción en forma separada de balances y declaraciones de renta reitera la independencia de la pareja en sus actividades económicas.

Los documentos contables que obran en el expediente desvirtúan el supuesto éxito de la Librería Y Papelería Arauca a partir de la designación de Jaimes Ochoa como Parlamentario, pues la situación económica del establecimiento y las ventas al sector público eran mejores antes de ese acontecimiento, lo cual muestra sencillamente que el procesado se ha dedicado exclusivamente al cumplimiento de su función pública.

No comparte la inferencia que a partir de la revista "Arauca en el Congreso" efectuó la Sala, pues los elogios que allí aparecen para el Gobernador y los Alcaldes del Municipio de Arauca no responden al criterio político y personal de su mandante, sino a previsiones de publicistas para acrecentar la imagen pública del Congresista, circunstancia que es corroborada por la declarante Luz Stella Pedraza Gómez. Además, los testimonios de Luis Alfredo Colmenares y Ricardo Alvarado muestran que sus relaciones políticas con Jaimes Ochoa no corresponden a lo indicado en la mencionada publicación.

En segundo lugar, el defensor alega que de ninguna manera la señora Leonor Castro Ardila y la sociedad Inversiones y Negocios del Oriente S. A. pueden reputarse como interpuestas personas del congresista Jaimes Ochoa, como quiera que en verdad ejecutaron los contratos suscritos con las entidades públicas, toda vez que directamente suministraron los elementos de oficina, entregaron los equipos o máquinas requeridos, etc.

Aduce que la prueba recaudada demuestra que la Librería y Papelería Arauca ha sido orientada efectiva y materialmente por Leonor Castro Ardila, quien no ha obrado como mandante o administradora de su compañero, sino como verdadera propietaria de ese establecimiento.

En consecuencia, solicita que se disponga la preclusión de la investigación, por cuanto el procesado no incurrió en el delito que se le imputa, toda vez que no intervino directamente ni por interpuesta persona en la tramitación, aprobación y celebración de los contratos que la Librería y Papelería Arauca efectuó con entidades del sector oficial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De conformidad con las constancias suministradas, el señor *Adalberto Enrique Jaimes Ochoa* es actualmente Representante a la Cámara por el Departamento de Arauca, por ello corresponde a

la Corte la investigación y Juzgamiento de los hechos que se le imputan, de acuerdo con lo señalado en el numeral 3º. del artículo 235 de la Constitución Política.

2. Según lo manifestado en la ampliación de indagatoria, el procesado convive con la señora *Leonor Castro Ardila* desde 1974, año en el cual nació la hija mayor, a la cual siguieron tres hijos más.

Durante el tiempo de convivencia de la pareja adquirieron los siguientes bienes:

a) La librería y Papelería Arauca, que según el implicado empezó a funcionar desde 1975, fue inscrita como establecimiento de comercio en la ciudad de Cúcuta el 6 de abril de 1977, correspondiéndole la matrícula No. 11-08020-2, y figurando como propietaria *Leonor Castro Ardila*. Esta matrícula fue cancelada el 5 de febrero de 1993, día en que se efectuó una nueva inscripción en la que aparece como propietaria la sociedad Inversiones y Negocios del oriente S. A. (fl. 537 C. O. 4).

b) Inmuebles de la calle 22 No. 18-05, y carrera 18 No. 21-37 del Barrio Cristo Rey de Arauca, adquiridos por Leonor Castro de acuerdo con la escritura No. 036 de febrero 7 de 1979.

c) Inmueble de la calle 21 No. 19-54 de Arauca, comprado por *Leonor Castro Ardila* según la escritura pública No. 013 de enero 10 de 1980.

d) Apartamento 302 de la Urbanización Zulima de Cúcuta, comprado por el implicado al Instituto de Crédito Territorial, a través de la escritura pública No. 4275 del 29 de septiembre de 1982.

e) Lote de la calle 20 No. 10-35 de Arauca, comprado por *Adalberto Jaimes* al Municipio, mediante la escritura pública No. 781 del 21 de septiembre de 1987.

f) Lote de la carrera 13 No. 19-29 de Arauca, adquirido por *Adalberto Jaimes* por medio de la escritura pública No. 915 del 19 de septiembre de 1988.

g) Predio rural denominado La Paz, ubicado en la vereda Maporillal del Municipio de arauca, comprado por el procesado mediante la escritura pública No. 647 del 18 de julio de 1988.

h) Apartamento 805 de la transversal 45 No. 98-79 de Santa Fe de Bogotá, comprado por *Adalberto Jaimes y Leonor Castro* mediante la escritura pública No. 7778 del 20 de septiembre de 1989.

i) Apartamento 606 de la transversal 45 No. 98-79 de esta ciudad capital, adquirido por el Congresista según la escritura pública No. 1458 del 27 de febrero de 1990.

j) Casa-lote ubicado en la carrera 3 calles 8 y 9 de Arauca, comprada por Leonor Castro mediante la escritura pública No. 585 del 7 de mayo de 1992.

k) Apartamento 302 de la calle 126 No. 12-90. Edificio Apotema II de Santa Fe de Bogotá, adquirido por *Adalberto Jaimes y Leonor Castro*, mediante la escritura pública No. 2.359 del 21 de octubre de 1992.

l) Para el momento de la versión libre rendida el 7 de abril de 1994 ante la corte, los vehículos de propiedad del Congresista eran los siguientes: automóvil Mercedes Benz modelo 1984; camioneta Chevrolet Luv modelo 1988, de placa FD-8641; automóvil Renault 21 modelo 1989, de placa CGW-834; y una camioneta Venezolana modelo 1990, de placa XOC 18.

m) Los señores *Jaimes Castro* han formado parte de las siguientes sociedades comerciales: "Comercializadora Arauca Ltda. Apuéstas Arauca", a partir del 25 de enero de 1988, fecha en que *Juan José Pita*, que había constituido la sociedad con *Adalberto Jaimes*, le vendió sus aportes a *Leonor Castro*, quedando como únicos socios los compañeros permanentes, hasta el 9 de agosto de 1990, fecha en que el imputado se salió de la sociedad vendiendo el 10% de sus aportes a *Jorge Enrique Rojas Dávila*, y el resto a *Leonor Castro*, quien quedó como propietaria del 90%.

En 1988 los compañeros constituyeron las sociedades "Comercializadora Santa Bárbara Ltda.", "Jardines Santa Bárbara Ltda.", y "Casa Funeraria Santa Bárbara Ltda.", las cuales fueron liquidadas en 1993.

En 1987 *Adalberto Jaimes* constituyó con otra persona la sociedad "Inversiones Orinoquia Ltda.", y en agosto de 1990 vendió sus aportes a *Leonor Castro y Jorge Enrique Dávila*, quedando la primera con el control de la sociedad con nueve (9) cuotas del interés social, y el segundo con tres (3).

El 24 de julio de 1992 comparecieron a la Notaría Treinta y Una del Círculo de Santa fe de Bogotá *Leonor Castro y Adalberto Jaimes*, éste último en representación de sus cuatro hijos menores, **y dijeron que eran casados, con sociedad conyugal vigente**, y que querían constituir una sociedad que denominaron **"Inversiones y Negocios S. A."**, en cuyos activos quedaron comprendidos los establecimientos de comercio "Librería y Papelería Arauca" y "Representaciones Panasonic", conformada por *Leonor Castro* como titular de cuatro mil (4.000) acciones, equivalentes al ochenta por ciento (80%) del capital total; *Claudia Patricia y Carlos Alberto Jaimes Castro* cada uno con doscientas cincuenta (250) acciones; *Carolina y Alberto*

Enrique Jaimes Castro cada uno con doscientas cuarenta y nueve (249) acciones; y, *Elías Jaimes Castillo y María Liduvina Fernández Lizarazo*, cada uno con una (1) acción.

El 2 de septiembre de 1992, en la misma Notaría, mediante escritura No. 4.576, en la que **nuevamente dijeron ser casados con sociedad conyugal vigente**, *Adalberto Jaimes y Leonor Castro* aclararon la anterior escritura en el sentido de señalar que el nombre de la sociedad sería "INVERSIONES Y NEGOCIOS DEL ORIENTE S. A.".

El 22 de abril de 1994, casi dos años después, cuando la indagación preliminar originada en la denuncia por enriquecimiento ilícito y celebración indebida de contratos ya se había iniciado, y el Congresista acababa de rendir versión libre (7 de abril anterior), acudieron a la Notaría Cuarta de Cúcuta a suscribir la escritura No. 1.366, mediante la cual aclararon las anteriores **en el sentido de que no eran casados ni tenían sociedad conyugal vigente**, lo cual indica que no se trataba realmente de un error cometido dos veces, sino de una circunstancia agregada deliberadamente, sobre cuya inconveniencia les hizo caer en cuenta las preguntas formuladas en la diligencia de versión recibida en la Corte.

3. Analizadas en su conjunto el grupo de pruebas anteriores, surge con absoluta claridad la conclusión de que el procesado y la señora Leonor Castro constituyeron desde 1974 una familia, en donde no solo tuvieron unos hijos y un hogar común, sino que de modo contrario a como lo quieren hacer ver procesado y defensor, consiguieron un considerable patrimonio también común, en cuyo manejo se observa que ha existido una mutua confianza y un permanente acuerdo.

El derecho del Congresista y su compañera sobre el total del patrimonio conseguido en los muchos años de convivencia, independientemente de que los bienes sujetos a registro figuren a nombre de uno u otro, tiene claro fundamento legal, jurisprudencial y doctrinal, de manera que la división tajante que el indagado presenta en su afán de desvincularse de los negocios de la familia no es de recibo para la Sala.

La inferencia de la comunidad patrimonial encuentra total respaldo en la averiguación adelantada contra *Jaimes Ochoa* por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, en donde excluyen la comisión del enriquecimiento ilícito endilgado atendiendo a que el incremento patrimonial del Congresista se justifica con los ingresos obtenidos con las actividades comerciales desarrolladas conjuntamente con su compañera permanente *Leonor Castro*, de manera que el implicado en forma

hábil pretende que la unidad patrimonial probada para efectos de descartar el enriquecimiento ilícito, no se tenga en cuenta cuando de la celebración de contratos se trata.

La Procuraduría además de la abundante prueba documental apreciada, se basó en elementos de juicio tan importantes como la declaración del señor *Joe Parra Lugo* Gerente de la Caja Agraria, quien manifiesta que "**entre el señor** *Jaimes Ochoa* y *Leonor Castro* **existe comunidad de bienes**, dado que él ha efectuado análisis de sus balances para otorgamiento de créditos entre 1983 y 1989 para compra de acciones de Apuestas Arauca, Orinoquia y para manejo de operaciones en la Papelería Arauca, créditos que se hacían a nombre de los dos" (Negrilla fuera de texto). También se tuvo en cuenta la declaración bajo juramento de *Mariela Briceño Lugo Granados*, quien en su calidad de Gerente de la papelería Arauca, afirmó que conoce a *Adalberto Jaimes Ochoa* y a su actual esposa (Leonor Castro) como propietarios de la Papelería Arauca, y la del señor *Santiago Gómez Ruiz*, quien en forma detallada explica que conoce a *Jaimes Ochoa* desde 1979, cuando inició negocios relacionados con Panasonic, a través de la Papelería Arauca, empresas de su propiedad.

A lo anterior se pueden adicionar las declaraciones del abogado *Elmer Ramiro Silva Rodríguez*; del ex Alcalde *Ricardo Alvarado Bestene*; del ex-Alcalde *José Gregorio González Cisneros*; del secretario privado de la Alcaldía *Jorge Eliécer Bona*; del señor *Víctor Manuel Arregoces Vargas*, quien se desempeñó como Sub-Director Seccional del DAS en Arauca de 1987 a 1994, y como Director hasta 1995; del ex-Jefe de la Seccional del DAS en Arauca de 1991 a 1992, *Eduardo Maldonado Quinche*; y del ex-Técnico de Presupuesto del Fondo Educativo Regional, *Jorge Eliécer Bona*, quienes coinciden en señalar al Congresista *Adalberto Jaimes* como propietario de la Papelería Arauca.

Sin desconocer que algunos declarantes manifestaron no saber quiénes eran los propietarios de la Papelería Arauca, y que otros la ponen en cabeza únicamente de la señora *Leonor Castro*, para la Sala hay prueba suficiente de que ese es un negocio del Congresista y de su compañera permanente, y en nada cambia esa situación el hecho de que presentaran declaraciones de renta separadas y balances individuales, como erróneamente lo cree en su alegato el defensor.

4. Pasando a otro aspecto de lo investigado, se encontró que hasta 1990 *Adalberto Jaimes* era un comerciante que había constituido varias sociedades en las cuales figuraba como propietario de los aportes junto con su compañera permanente. Como muchas de

sus operaciones eran realizadas con organismos del Estado, así lo afirma *Rul Santiago Gómez* y aparece confirmado en documentos, ese año resolvió retirar su nombre de las sociedades y poner como socia mayoritaria a la señora *Leonor Castro*, por un motivo que en sus diversas exposiciones el Congresista ha explicado diciendo que se debió a que salió elegido a la Cámara como suplente del doctor *Fernando Carvajalino*, y que decidió dedicarse de lleno a la política, pero cuya realidad es diferente como pasa a verse.

De acuerdo con las probanzas allegadas, lo que se ve es que advirtió que su elección le generaba una incompatibilidad para seguir realizando contratos con el Estado,de ahí que optó, no por desvincularse de la actividad comercial para dedicarse de lleno al cargo de Representante a la cámara, sino por dejar de estar al frente de los negocios para poner en ese lugar a su compañera permanente, y a través de ella seguir efectuando las operaciones. Días antes de posesionarse traspasó sus aportes en las sociedades "Comercializadora Arauca ltda. Apuestas Arauca", e "Inversiones Orinoquia Ltda.", a favor de *Leonor Castro*, y con respecto a la Papelería no tuvo inicialmente necesidad de efectuar ningún cambio, ya que ésta solo estaba registrada como establecimiento de comercio de propiedad de su compañera.

Creyó que para burlar la prohibición de seguir contratando con el Estado era suficiente no figurar como socio en documentos, pero no tuvo en cuenta que con esa medida no desvirtuaba la sociedad que tiene con su compañera permanente, la cual está consolidada desde hace más de veinte años, y que la incompatibilidad subsiste aún actuando por interpuesta persona.

5. De acuerdo con la relación consignada en un punto anterior, tomada de los documentos que obran en el expediente, la Librería y Papelería Arauca, en un principio directamente y luego formando parte de la sociedad "Inversiones y Negocios del Oriente Ltda., celebró contratos con el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, la Policía Nacional, el Instituto Colombiano Agropecuario ICA, el Fondo de Fomento Agropecuario, La Cooperativa Interregional de Colombia COINCO, la Empresa de Energía Eléctrica de Arauca, el Fondo de Capacitación y Fomento Educativo, el Fondo de Fomento Empresarial del Departamento de Arauca, el Fondo de Desarrollo Cooperativo, La Secretaría general del Departamento, el Departamento de Arauca, el Fondo Educativo Regional de Arauca, la Alcaldía de Arauca, y la Gobernación de Arauca, operaciones con las cuales se violó el régimen legal de Inhabilidades e incompatibilidades, ya que a los Senadores y Representantes, tanto bajo el imperio de la

Constitución anterior, como de la actual, han tenido vedado contratar por sí o por interpuesta persona con el Estado.

En los años que comprende el asunto que nos ocupa, la prohibición constitucional ha tenido desarrollo en el artículo 10 del Decreto 222 de 1983, y el artículo 8°, literal "a" de la Ley 80 de 1993, que subrogó la anterior.

El respeto por el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades es de tal importancia para el adecuado funcionamiento de la administración pública, que incluso ha sido calificado como digno de protección penal, de ahí que en el artículo 144 del Decreto 100 de 1980 se lea lo siguiente:

"El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en arresto de uno a cinco años, en multa hasta de cinco millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos a siete años".

Diversos factores, entre otros el aumento considerable de la corrupción administrativa, y el interés social en que exista total transparencia en la contratación estatal, llevaron a que el legislador se ocupara nuevamente del tema en la Ley 80 de 1993, en cuyo artículo 57 dispuso que la pena para el punible en cita sería de cuatro (4) a doce (12) años de prisión, y multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales[1]. Además introdujo un tipo que se ocupa de fijar la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal, cuyo texto dice:

"Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos."

La sucesión de leyes que se acaba de reseñar obliga a que el análisis sobre la adecuación típica se realice en dos momentos así: el primero en relación con los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 1993; y el segundo, con los efectuados a partir de esa fecha, que corresponde a la iniciación de la vigencia de la Ley 80.

6. En lo atinente a los contratos realizados de 1990 a 1993, es preciso hacer la siguiente distinción: a) El Estado ha perdido su poder punitivo con relación a los suscritos hasta el 16 de abril de 1991, pues desde esa fecha hasta la actual han transcurrido seis

(6) años ocho (8) meses sin que se haya dictado resolución acusatoria que se encuentre ejecutoriada, y ese es el tiempo previsto en la ley para efectos de la prescripción de la acción, atendiendo a que la pena máxima aplicable de acuerdo con la disposición entonces vigente (y favorable), es la de cinco (5) años de prisión, incrementada en una tercera parte al tenor de lo dispuesto en el artículo 82 del Código Penal, por ser el autor material servidor público.

En estas condiciones, en cumplimiento de lo que ordena el artículo 79 del Código Penal, se declarará la extinción de la acción en relación con las negociaciones efectuadas hasta el 16 de abril de 1991 con la Alcaldía de Arauca; el Fondo Educativo Regional; el Departamento de Policía; y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

b) La contratación efectuada del 16 de abril de 1991 al 31 de diciembre de 1993, se rige en cuanto a la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades por el artículo 144 del Decreto 100 de 1980, sin las modificaciones desfavorables introducidas por la Ley 80 de 1993.

En ese orden de ideas hay que decir que el sujeto activo es cualificado, en cuanto solo puede serlo el "**empleado oficial** *que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato* con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades", lo cual significa que el **contratista** no está previsto como autor material del punible en estudio, así la incompatibilidad se derive precisamente de su condición de empleado oficial.

De otra parte, el tipo no exige que la conducta se realice con alguna especial finalidad, ni que se obtenga algún provecho, ni que se deba determinar la causa; basta que el sujeto "intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato", con el cual se viole el régimen en comento, para que se pueda predicar la tipicidad.

Ahora, si bien es claro que no puede predicarse del contratista la autoría material, con ello no se está diciendo que la conducta de quien conociendo la incompatibilidad para contratar con el Estado lo hace con la complacencia del empleado oficial, o usufructuando su ignorancia o su error, escapa a la regulación legal, pues para llegar a una conclusión en ese aspecto es necesario analizar el comportamiento a la luz de las reglas que rigen las diversas formas de autoría y de participación, a lo cual se procede así:

El artículo 23 del Código Penal le da tratamiento de autor no solo a quien realiza el hecho punible, sino a quien **determina** a otro a realizarlo, lo que significa que al instigador, que en realidad

es un partícipe, la norma le extiende la consecuencia aplicable al autor.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el tipo en estudio tiene entre sus características las de ser **especial** y **propio**, por cuanto el sujeto activo es cualificado, y no tiene correspondencia con un tipo común.

Sentadas estas bases, una primera conclusión a la que se llega es descartar la **autoría mediata**, esto es, aquella en la cual el agente se vale de la ignorancia, del error, de la coacción insuperable, o de la inimputabilidad de la persona que realiza directamente la conducta típica. La razón es que el autor mediato es un verdadero autor, pues realiza el hecho punible valiéndose de la actividad de una persona a quien utiliza como instrumento, lo que indica que cuando se trata de un tipo especial debe reunir la cualificación allí prevista, en este caso, la de empleado oficial en ejercicio de sus funciones, y es evidente que el imputado Adalberto Jaimes no actuó en esa condición.

Por lo anterior se precluirá la instrucción respecto de los siguientes hechos: los ocho (8) contratos celebrados con la Empresa de Energía Eléctrica de Arauca, en 1992; el contrato suscrito con el Fondo de Fomento Empresarial en 1993; las órdenes de compra emitidas por el Departamento Administrativo de seguridad DAS en 1992 y 1993; las órdenes de compra del Departamento de Policía Arauca a partir del 16 de abril de 1991, en 1992 y 1993; y las órdenes de compra de la Aduana Nacional en 1992 y 1993; pues según lo revela el proceso[2], los representantes de las entidades contratantes obraron con desconocimiento de que estaban violando el régimen de incompatibilidades, bien porque no sabían quiénes eran los propietarios de la empresa vendedora, ora porque no advirtieron que el contratista tenía impedimento para contratar, conclusión que emerge con claridad de los elementos de juicio recaudados, sin que por el contrario haya prueba que la desvirtúe.

No ocurre lo mismo con la instigación, entendida como una forma de participación que consiste en determinar a alguien a la comisión dolosa de un delito, pues para ser responsable por ese comportamiento, aún tratándose de un tipo especial propio, no se necesita reunir la cualificación exigida para ser sujeto activo, de modo que un particular puede ser instigador de un prevaricato, de un peculado por apropiación, o de una celebración indebida de contratos, etc.

La instigación se puede lograr mediante el ofrecimiento de remuneración, a través de consejos, de promesas, utilizando la autoridad o el ascendiente que se tiene sobre la persona que se quiere

determinar, con amenazas, haciéndole saber el deseo de que actúe de determinada manera a quien está en deuda o depende económica o laboralmente del instigador, o en fin, con cualquier medio que haga surgir en el autor la decisión de realizar el hecho.

En el periodo de tiempo señalado, esto es, del 16 de abril de 1991 al 31 de diciembre de 1993, (excluyendo lo prescrito y las operaciones en las cuales se descartó la instigación), el Congresista a través de la librería, y luego de la sociedad que la convirtió en establecimiento de comercio, realizó negociaciones contractuales con entidades estatales así:

— **Con la Alcaldía de Arauca: en 1991**, los contratos Nos. 002, 003, 004, 056, 057, 058, 059, 060 y 061, por un valor total de ochenta y un millones noventa y nueve mil trescientos sesenta y nueve pesos ($81.099.369); **en 1993**, los contratos Nos. 203, 323 y 326, por un valor total de setenta y cuatro millones ochocientos ochenta y cinco mil setecientos tres pesos ($74.885 703). C

— **Con la gobernación de Arauca: en 1992**, los contratos 1181, 1390, 213, 480 y 504, por un valor total de siete millones novecientos treinta y tres mil novecientos setenta y un pesos ($7.933.971); **en 1993**, el contrato No. 107 por dieciséis millones sesenta y un mil quinientos noventa y ocho pesos ($16.061.598); **en 1994**, los contratos Nos. 050 y 814, por valor total de ciento trece millones quinientos cuarenta y tres mil ochenta y ocho pesos ($113.543.088).

A lo anterior hay que sumar las órdenes de compra, las cuales **en 1991** sumaron un millón seiscientos cincuenta y dos mil quinientos seis pesos ($1.652.506); **en 1992** catorce millones quinientos setenta y tres mil ochocientos veintisiete pesos ($14.573.827).

La Secretaria general de la Gobernación, mediante órdenes de compra de **1992**, realizó operaciones por ocho millones trescientos veintiséis mil ochocientos sesenta y dos pesos ($8.326.862).

— **Con el fondo Educativo Regional: en 1992**, los contratos Nos. 016, 034, 036, 055, 061, y 066, por un valor total de once millones quinientos veintisiete mil seiscientos ochenta y dos pesos ($11.527.682); **en 1993**, los contratos Nos. 037 y 044, por un valor total de tres millones novecientos noventa y nueve mil veintiocho pesos ($3.999.028).

Las órdenes de compra en 1991 sumaron novecientos noventa y siete mil setecientos cuarenta y ocho pesos ($997 748); en 1992 setecientos cuarenta mil cuatrocientos veinte pesos; y en 1993 ochenta y dos mil cuatrocientos noventa pesos ($82.490).

— **Con el Fondo de Capacitación y Fomento Educativo: en 1993,** contrato No. 009 por ciento ocho millones novecientos setenta y nueve mil cuatrocientos treinta pesos ($108.979.430).

Las órdenes de compra en 1992 llegaron a doscientos ochenta y cuatro mil trescientos cincuenta y dos pesos ($284.352); en 1993, ochocientos ochenta y tres mil ochenta pesos ($883.080).

— **Con la Cooperativa Interregional de Colombia COINCO LTDA: en 1992,** órdenes de compra por valor de treinta y dos millones novecientos diecinueve mil quinientos cinco pesos ($32.919.505); y **en 1993,** por la suma de treinta y un millones noventa y cinco mil quinientos diecisiete pesos ($31.095.517).

— **Con el Fondo de desarrollo Cooperativo del Departamento: en 1993,** órdenes de compra por valor de tres millones ochocientos ochenta mil ochocientos ocho pesos ($3.880.808).

— **Con el Fondo de Fomento Agropecuario Departamental: en 1992,** órdenes de compra por un millón dieciséis mil setecientos un pesos ($1.016.701); **en 1993,** por veintidós mil veinticuatro pesos ($22.024).

El conjunto de la contratación se reduce a negociaciones efectuadas con el Alcalde y el Gobernador, pues como aparece acreditado en la investigación, en los distintos Fondos con los cuales se realizaron contratos tiene asiento principal el Gobernador, de manera que a él justamente correspondía autorizar las operaciones.

Surge entonces de manera obligada la pregunta de quiénes ocuparon en esa época los cargos de Alcalde y Gobernador del Departamento de arauca?. La respuesta es la siguiente: el doctor *José Gregorio González Cisneros* fue Alcalde del 1º. de junio de 1990, hasta el 25 de mayo de 1992. Lo sucedió el doctor *Ricardo Alvarado Bestene*, quien desempeñó el cargo desde el 1º. de junio de 1992, hasta el 31 de diciembre de 1994. Al frente de la Gobernación estuvo el doctor *Luis Alfredo Colmenares Chía*, en el período comprendido entre el 2 de enero de 1992, y el 1º. de enero de 1995.

La relación existente entre el procesado *Adalberto Jaimes* y los funcionarios que se acaban de citar está descrita por el propio implicado en la revista "***Arauca en el Congreso de la República***", de la cual es Director, en la que en 1993 dijo al respecto:

"Luis Alfredo Colmenares. Cuando en octubre de 1991 estabamos en el punto más crítico de credibilidad ante la opinión nacional, con gobernador interino y en graves tensiones, el pueblo araucano, en su sabiduría inmensa, eligió como gobernador suyo al doctor Luis Alfredo Colmenares. Fue un acierto indiscutible.

Hoy el progre-so regional, sin discriminación alguna, se aprecia en todos los frentes administrativos. La convivencia departamental, pese a lamentables episodios aislados, gana cada vez más terreno y desaparecimos de los titulares informativos, como propiciadores del caos y el des-pilfarro. Las razones presentadas por el Gobernador Colmenáres y sus directrices a los parlamentarios que lo seguimos, fueron determinantes para mantener a salvo las regalías araucanas, contra la jauría de enemigos que quisieron desmejorarnosla. Por su sencillez y pulcritud, su capacidad y seriedad, considero al doctor Colmenares un mandatario ejemplar para el país".

"Ricardo Alvarado. Fui un decidido partidario de la elección del médico Ricardo Alvarado como Alcalde de Arauca. Sus dotes humanísticas, su **trayectoria** profesional, su liberalismo integral, son razones de mucho peso para creer en su capacidad. De su mano, la capital ha dejado atrás las equivocaciones que pudieron cometerse en el pasado. Hoy la ciudad es más respetada, más organizada, más apacible. Colaboro en su gestión en todo lo que está a mi alcance, pues se que el doctor Alvarado juega un papel definitivo en la construcción de la Arauca moderna y futura".

"José Gregorio Cisneros (sic). Por más dificultades que atraviese, por muchas pruebas que le ponga el destino nada logrará afectar el indiscutible liderazgo de **Goyo** en el electorado araucano. Es una jefatura con sabor a pueblo, construida sobre la base de la amabilidad con la gente, la solidaridad con los de abajo y su simpatía personal. La aceptación popular de Goyo quedó radicada en la impresionante manifestación que lo aclamo a su regreso. Muy buena parte de mi carrera pública se la debo a él. Quiera Dios que Goyo goce pronto de todos los derechos ciudadanos. Sin él, la política regional es incompleta".

Como puede verse, lo publicado no podría ser más elocuente sobre la razón por la cual en la administración de los funcionarios mencionados "llovieron" los contratos para la Librería y Papelería Arauca, en forma tal que la suma de sus valores supera los quinientos millones de pesos.

Lo dicho en la revista es de tal forma claro y comprometedor, que el implicado en la ampliación de indagatoria hace un gran esfuerzo para tratar de demostrar que no es el autor de ese escrito, y que él pertenece a quienes elaboraron la publicación, sin embargo para la Sala es evidente que eso no es cierto, pues sería absurdo que el Director de una revista que está al servicio de sus intereses políticos no estuviera enterado no solo del contenido en general, sino de lo que ponen como obra suya, y especialmente como expresión de sus sentimientos más íntimos, como lo son la gratitud

frente una vivencia personal del pasado, la admiración y el aprecio. Además, debe aclararse al defensor que la versión de Luz Stella Pedraza es tan inadmisible como la del indagado, pues en su afán de colaborarle incurre en numerosas contradicciones, y termina diciendo que no sabe quién escribió el elogioso texto, y algo que repugna al sentido común, que el Congresista no leyó el arte final, sin embargo admite que el informe de gestión fue autorizado por él.

Adicional a lo consignado en la publicación, se debe tener en cuenta que la relación política entre el procesado y los doctores *Alvarado Besteiro* y *Colmenares Chía* no admite ninguna discusión, ya que es el mismo implicado quien afirma en la ampliación de la injurada que los apoyó en la campaña para sus respectivos cargos, en la que salieron triunfadores.

De otra parte, según los documentos allegados al expediente, a partir de esa alianza los contratos con la Librería y Papelería Arauca, así como con la Sociedad Inversiones y Negocios del Oriente S. A. aumentaron considerablemente, hasta el punto de que a partir de la posesión del Gobernador *Colmenares Chía* se fue ascendiendo de la cifra de un millón seiscientos cincuenta y dos mil quinientos seis pesos ($1.652.506) que habían sido las ventas en 1991, a la importante suma de ciento trece millones quinientos cuarenta y tres mil ochenta y ocho pesos ($113.543.088) en 1994.

Situación similar se presentó en la Alcaldía, a la cual le vendió durante la administración de los dos Alcaldes mencionados mercancía y servicios por valor cercano a los trescientos millones de pesos.

La defensa alega que el informe y la certificación suscritos por el contador público Carlos Augusto Rincón Jiménez descartan el supuesto éxito de la Librería y Papelería Arauca a partir de la designación de *Jaimes Ochoa* como congresista, pero la situación contable que registra esos documentos se encuentra desvirtuada por las copias de los contratos y de las cuentas de cobro que reposan en el expediente, porque es con relación a cada entidad estatal como debe hacerse la relación, no en forma general como la hace el contador, pues así no resulta ser más que un sofisma de distracción sin incidencia en los hecho del proceso.

Finalmente, el interés del congresista en beneficiarse con esos negocios es un indicio más de su labor determinadora, pues como ya se dejó demostrado, la Librería y Papelería Arauca y la Sociedad Inversiones y Negocios del Oriente S. A. son establecimientos que le pertenecen junto con su compañera permanente, lo cual

explica que no haya tenido ningún reparo en efectuar las señaladas operaciones comerciales con violación dolosa del régimen de incompatibilidades.

En las anotadas condiciones, la Sala estima que se encuentran reunidos los requisitos sustanciales previstos en el artículo 441 del Código de procedimiento Penal para dictar resolución acusatoria, pues está acreditada la existencia del hecho, y obran documentos, testimonios, e indicios graves de que el acriminado es responsable en calidad de determinador del delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, previsto en el Libro II, Título III, Capitulo IV, artículo 144 del Código Penal, en concurso homogéneo sucesivo.

7. Toda la problemática que se acaba de analizar sufrió una profunda modificación a partir del momento en que entró en vigencia el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, pues como ya se dejó transcrito, para efectos penales la disposición determinó que el contratista, el interventor, el consultor y el asesor cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con entidades estatales, y les atribuyó la responsabilidad que en esa materia les señala la ley a los servidores públicos.

Lo anterior significa en el campo práctico que la persona que celebra con una entidad estatal un contrato a sabiendas de que se encuentra impedida, tiene la calidad de servidor público en ejercicio de funciones, por lo tanto incurre en el delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, a título de autor, y con independencia de la responsabilidad que se derive para el servidor público que actúa en representación del Estado.

En el caso que nos ocupa hay prueba suficiente de que el Representante Jaimes Ochoa conocía la incompatibilidad que para seguir contratando con entidades estatales le generaba su elección como Congresista, hasta el punto de que inmediatamente hizo desaparecer su nombre de las sociedades que tenía constituidas y se escudó en su compañera permanente con el ánimo de burlar la prohibición, pues como se ha visto, continuó contratando por interpuesta persona, lo que pone en evidencia el dolo con que actuó.

Las negociaciones efectuadas bajo la vigencia de la Ley 80 son las siguientes: a) contratos Nos. **050 del 25 de febrero de 1994** por cincuenta y seis millones trescientos cuarenta y siete mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos ($56.347.464), y **614 del 21 de noviembre de 1994**, por cincuenta y siete millones ciento noventa y cinco mil seiscientos veinticuatro pesos ($57.195.624),

celebrados con la Gobernación del Departamento de Arauca. b) Tres órdenes de compra de la Secretaria General del Departamento de Arauca, del 24 de marzo de 1994, por un valor total de dos millones ochocientos veinte mil cuatrocientos pesos ($2.820.400). c) Cuatro órdenes de compra del Fondo de Desarrollo Cooperativo de Arauca en 1994, (7 de febrero; 25 de agosto; 28 de septiembre; 18 de noviembre), y una de 1995 (17 de febrero), por un valor total de quinientos cuarenta y seis mil novecientos cuarenta y dos pesos ($546.942).

Así las cosas, es clara la tipicidad de la conductas observadas por el acriminado, con las cuales lesionó el interés jurídico de la administración pública sin que exista causal de justificación atendible, y obrando de manera dolosa, de modo que también con relación a estos hechos se reúnen los requisitos sustanciales para proferir contra el Congresista *Adalberto Jaimes Ochoa* resolución de acusación por el delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Libro Segundo, Título III, Capítulo IV, artículo 144 del Código penal, modificado por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993, en concurso homogéneo sucesivo, en calidad de autor material, pues está demostrada la ocurrencia del hecho, y existe múltiple prueba documental, testimonial e indiciaria que ofrece serios motivos de credibilidad y compromete su responsabilidad.

8. Como consecuencia de la resolución de acusación se revocará la libertad provisional que actualmente disfruta el procesado, pues se cumple el presupuesto previsto en el artículo 415, numeral 4º del código de procedimiento penal para adoptar esa determinación, y no procede ninguna otra causal de excarcelación. Como la medida de aseguramiento de detención domiciliaria se encuentra vigente, el sindicado deberá permanecer en su residencia ubicada en la calle 126 número 12-90, apartamento 302, de esta ciudad, de donde sólo podrá salir para los fines del proceso o en virtud de permisos debidamente otorgados, so pena de que se modifique la medida, lo cual también podrá ocurrir por incumplimiento de las obligaciones contraídas en la diligencia de compromiso. Se comunicará esta decisión al Instituto Nacional Penitenciario, a fin de que adopte las previsiones necesarias para el control del efectivo cumplimiento de la reclusión impuesta.

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

RESUELVE:

1. **Declarar prescrita la acción penal** respecto de los contratos y órdenes de compra realizados con anterioridad al 16 de abril de 1991, y en consecuencia precluir la investigación por esos hechos.

2. **Precluir la instrucción** en relación con los contratos celebrados con la Empresa de Energía Eléctrica, el Fondo de Fomento Empresarial, el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., el Departamento de Policía Arauca, y la Aduana Nacional.

3. **Proferir resolución de acusación** en contra del Representante a la Cámara *Adalberto Enrique Jaimes Ochoa*, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, por el delito de Violación al Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades de que trata el Libro Segundo, Título III, Capítulo IV, del Código Penal, en concurso homogéneo sucesivo, en calidad de determinador y autor material según las precisiones expuestas en la parte motiva.

4. **Revocar la libertad provisional** en que actualmente se encuentra el procesado, quien deberá continuar recluido en su domicilio.

5. Reiterar a las autoridades competentes la vigencia de la prohibición impuesta al sindicado de salir del país.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Galvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Mario Mantilla Nouges, Carlos E. Mejía Escobar (salvamento de voto), *Didimo Paez Velandia, Juan M. Torres Fresneda Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO
PROCESO No. 8802

La razón por la cual manifesté mi desacuerdo parcial con la decisión de la Sala radica en la preclusión con que se favorece al procesado, y principalmente con su fundamentación.

1. Tras aceptar que el artículo 23 del C.P. colombiano sanciona al autor y al determinador, y que en el tipo penal objeto de análisis no se puede predicar autoría material del contratista, se concluye que frente a las conductas no cobijadas por la ley 80 de 1993 hay atipicidad .

Ello porque dadas las circunstancias probadas se estaría ante una autoría mediata, la misma que se debe descartar en vista de que el autor mediato es un verdadero autor y a éste son aplicables las exigencias típicas del autor directo. Entonces en los tipos penales especiales el autor debe reunir la cualificación allí prevista que, para este asunto, consiste en ser empleado oficial en ejercicio de sus funciones, condición en la que no actuó Jaimes Ochoa.

Se precluye pues la instrucción frente a los 8 contratos celebrados por el acusado con la Empresa de Energía Eléctrica de Arauca (1992), 1 contrato con el Fondo de Fomento Empresarial (1993), las órdenes de compra dispuestas por el DAS durante 1992 y 1993 y las órdenes de compra dispuestas por Policía Nacional de Arauca desde Abril 16 de 1991, 1992 y 1993.

Y se agrega que los representantes legales de tales entidades obraron desconociendo que violaban el régimen de incompatibilidades porque no sabían quiénes eran los propietarios de la empresa contratista, o no advirtieron que el contratista tenía incompatibilidad para contratar.

La conclusión a que se llega retoma, en términos generales, la construcción doctrinaria finalmente alimentada por disposiciones específicas que se encuentran en las leyes penales española y alemana. Así por ejemplo, concibe la participación en sentido estricto, para ubicar a la instigación y a la complicidad como sus formas típicas y precisa como eventos de autoría mediata aquellos en los

cuales el agente se vale de la ignorancia, el error, la coacción insuperable o la inimputabilidad de la persona que realiza directa-mente la conducta típica, casos todos éstos que responden al concepto de instrumentalización del autor inmediato.

La cuestión, como yo la veo, responde a otra visión de éstas instituciones (y no de los fenómenos en sí), ya de cara a la ley positiva colombiana. Primero, porque para el C.P. los Partícipes son todos los que intervienen en la ejecución del hecho punible. El Capítulo III del Título II del Código se titula "De la Participación" e incorpora como formas de participación a los autores, a los determinadores y a los cómplices.Y segundo, porque a diferencia de otros sistemas de derecho positivo, vigentes y válidos en otros territorios, la ley colombiana utilizó un concepto de determinador que no equivale al de instigador, sino que lo abarca.

No lo discutiría , por supuesto, frente a una disposición del siguiente tenor , como la incorporada en el título que se denomina "De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas",en el C.P. Español :

Art 28.

"Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro de que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado."

O frente a textos de la siguiente factura, incorporados dentro del título que se denomina " Autoría y Participación" , en el C.P. Alemán:

Art 25

"Autoría.

Será penado como autor el que comete el hecho penal por sí o por otro.

Cometiendo el hecho varios en común, cada uno será penado como autor (coautoría)

Art 26.

Instigación.

Será penado como instigador, en la misma forma que el autor, el que dolosamente determine a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico."

No sobra recordar aquí, frente a las citas que vienen de hacerse, que el concepto de lo doloso es cuestión de tipicidad y no de culpabilidad, por un lado. Y que por otra parte, en tales derechos positivos la ley penal colma vacíos de legalidad y de tipicidad que podrían generar las definiciones asumidas sobre las formas de intervención de las personas en los delitos. Así por ejemplo, se prevé la tentativa de participación (C.P.Alemán art 30) o la atenuación punitiva para los eventos en que no concurren en el partícipe las especiales características personales, relaciones o circunstancias que fundem la punibilidad del autor (Ib Arts 28.1 y 14.1).

Tampoco sobra recordar que en general los doctrinantes entienden la autoría mediata como una forma de determinación a otro (dominio de la voluntad), y que es sobre ese supuesto que la distinguen de la instigación e incluso de los eventos en que se presenta dominio de la acción, caso éste que se trata como de autoría directa (A empuja a B para que éste al tropezar con C lo lance al vacío y pierda la vida en la caída).

Entonces el problema consiste, para mí, en desentrañar si ante la ley colombiana la categoría de autores mediatos está tratada como forma de autoría o como forma de determinación en el art 23 del C.P. Y en resolver, a renglón seguido si la conducta descrita en los diversos tipos penales de la parte especial del código se refiere a los ejecutores directos de la acción o a todos los intervinientes o solamente a una parte de ellos. Porque de la respuesta que se dé a estos interrogantes dependerá resolver si la cualificación exigida al sujeto, en los tipos especiales (y particularmente en los especiales propios) debe reunirse por cada uno de los intervinientes en el ilícito, o solamente por algunos.

En estos específicos aspectos he considerado que la conducta que se describe en el respectivo tipo penal está referida al que la ejecuta materialmente o a cualquiera de los que coactúan con él. Que la cualificación, puede ostentarla uno de ellos, o todos o algunos. Que dicha cualificación no está exigida en la ley colombiana para ninguno de los determinadores, ni para los cómplices. Y que como el autor mediato es un determinador, —también lo es el instigador— y dado que éstos no tienen que reunir la cualificación para que se tipifique el hecho punible siempre que ella exista en alguno de los ejecutores materiales, es evidente que debe responder siempre que haya actuado con culpabilidad.

Si las formas de intervención previstas para el hecho punible en la parte general del Código tienen por objeto amplificarlo, puesto que el dispositivo amplificador cumple precisamente la función de llenar la exigencia de legalidad que, sin dicha fórmula dejaría impune

la conducta, no veo qué sentido tenga restringir de tal manera el concepto de determinador que trae el C.P. colombiano para, a renglón seguido, sostener que cuando el autor mediato no es calificado, ni siquiera actúa típicamente.

Salvado el problema de legalidad, tampoco encuentro obstáculo frente al fundamento de punibilidad, que en los delitos especiales subyace en la violación de deberes jurídicos inherentes a la cualificación. Porque lo que hace el determinador es, precisamente, llevar al otro sujeto a infringir ese deber, sea que lo haga instrumentalizándolo o comprometiéndolo para que lo haga. Objetivamente, el deber se infringe y eso le da el matiz de lo injusto y fundamentalmente de lo antijurídico. Cosa diferente es que, según haya sido su predisposición interna, su conciencia de antijuridicidad o su dolo o culpa, el determinado deba responder porque sea o no culpable.

Finalmente, el fondo del problema radica sobre la impunidad que genera la tesis que ahija la Sala. Si la ley colombiana se hubiese definido abiertamente por acoger estas clasificaciones y desprender de ellas todas las consecuencias que de su existencia deriva la doctrina, no me queda duda alguna que el planteamiento sería en principio razonable, pero que la propia ley hubiera salvado el obstáculo introduciendo una fórmula que no dejara en la impunidad esta clase de conductas. Porque definitivamente a nadie convence que si un sujeto engaña, fuerza o consigue que un funcionario público realice una conducta para él prevista como delictiva en el C.P., generadora de daño al bien jurídico tutelado o capaz de generarlo, y lo hace con plena conciencia y voluntad, deba ser ajeno a todo tipo de responsabilidad.

En síntesis, existiendo dispositivo amplificador que reciba la conducta que se predica del procesado y habiendo fundamento de antijuridicidad para que fuera punible, debió haberse producido resolución de acusación contra el Dr Jaimes Ochoa porque probatoriamente estaban dados sus presupuestos. Eso me distanció parcialmente de la decisión de la Sala.

Con todo respeto,

Carlos E. Mejía Escobar.

AUTO INHIBITORIO / EJECUTORIA

De conformidad con el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, la resolución inhibitoria puede ser impugnada por el Ministerio Público, el denunciante o querellante, mediante recurso que debe ser interpuesto "desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres días, contados a partir de la última notificación", según previsiones que al respecto trae el artículo 196 ejusdem.

Significa lo anterior, que si han transcurrido los términos legalmente establecidos para que tal decisión adquiera ejecutoria formal, sin que se hubiese interpuesto oportunamente recurso alguno, el proveído se torna inmodificable, subsistiendo solamente la posibilidad de revocarla, de oficio o a petición de parte, en los términos del artículo 328 del C. de P. P..

*Es así como, "el denunciante o querellante podrá insistir en la apertura de la instrucción, solamente ante el funcionario que profirió la resolución inhibitoria, **siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla.**"*

Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 155. Proceso No. 12143

Decide la Corte lo que corresponda en relación con el memorial suscrito por el denunciante *Jaime Rafael Pedraza*.

ANTECEDENTES

1. El Abogado *Jaime Rafael Pedraza*, por escrito que corre a folios 1 y siguientes del cuaderno original, formula denuncia contra los doctores *Francisco Canossa Guerrero, Rafael Guzmán Navarro, Jorge Eliécer Meneses y Jaime Arango Pedraza*, miembros de la

Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, por los delitos de prevaricato por acción, prevaricato por omisión y "otros".

A los Representantes Rafael Guzmán y Francisco Canossa Guerrero les imputó responsabilidad penal por haber incumplido los términos legales y archivado el proceso número 401, seguido contra el Ex presidente de la República, doctor César Gaviria Trujillo y otros altos funcionarios del Estado.

En relación con el proceso 531, al Representante Investigador Francisco Canossa Guerrero le atribuyó que "lo grave es que nos expidió constancias y nos prometió citar a indagatoria a los imputados pero nos indujo a recusar con tales constancias, cuya investigación no se realizó a tiempo. Hace poco se retiró del cargo y nadie informa sobre tal encubrimiento y tal omisión".

Igual imputación le hizo en relación con el proceso 615.

Sobre el trámite dado al proceso 601, del cual conocieron los Representantes Mauro Antonio Tapias y Jorge Eliecer Meneses, dijo que "ha sido irregularmente tramitado" pues violaron los términos procesales, y, el primero de los citados, no se declaró impedido para seguir conóciendo de la actuación pese a habérselo solicitado.

A Jaime Arango Pedraza le endilgó violación de los términos dentro del proceso 472.

Finalmente, pidió investigar la conducta de la Comisión de Etica de la Cámara de Representantes por haber incumplido los términos previstos en la Ley 5 de 1992 y el Código de Procedimiento Penal en lo referente a impedimentos y recusaciones.

2. La denuncia correspondió conocerla al Honorable Magistrado Jorge Aníbal Gómez Gallego quien encontró que en ella se hacen cargos inconexos, motivo por el cual, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, dispuso separar las averiguaciones judiciales respecto de cada uno, con la aclaración que su Despacho seguiría conociendo de la imputación contra Rafael Guzmán Navarro y Francisco Canossa Guerrero en relación con el proceso 401 (fls. 3 y ss.).

3. Al Magistrado que elabora esta ponencia, le correspondió conocer la denuncia relacionada con el trámite dado al proceso 531 por el Representante Investigador *Francisco Canossa Guerrero*.

4. Esta Corporación, mediante providencia de dieciocho de septiembre del año que transcurre, se abstuvo de abrir investigación penal contra el doctor *Francisco Canossa Guerrero*, por considerar que el delito denunciado no existió (fls. 20 y ss. cno. Corte).

5. A pesar de habérsele comunicado telegráficamente el proferimiento de la decisión inhibitoria (fl. 35), el denunciante no ejerció el derecho a impugnarla.

6. Mediante memorial que corre a folios 42 y siguientes, presentado luego de haber cobrado ejecutoria el proveído inhibitorio, cuestionando sus fundamentos el denunciante demanda la revocatoria, y argumenta principalmente que la Corte no debió disponer compulsar copias de la actuación con destino a la Fiscalía General de la Nación para que se le investigara "por hechos quizás atribuibles a Hildebrando Ortiz Lozano", según afirma.

En respaldo de su pretensión, allega copia de algunos memoriales suscritos por él mismo y dirigidos a la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, al Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General de la Nación y otro signado por Rubiela Marín Orozco, con destino al Representante Pablo Victoria Wilches, al abogado Jaime Rafael Pedraza y al periodista Hildebrando Ortiz Lozano.

SE CONSIDERA

De conformidad con el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, la resolución inhibitoria puede ser impugnada por el Ministerio Público, el denunciante o querellante, mediante recurso que debe ser interpuesto "desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres días, contados a partir de la última notificación", según previsiones que al respecto trae el artículo 196 ejusdem.

Significa lo anterior, que si han transcurrido los términos legalmente establecidos para que tal decisión adquiera ejecutoria formal, sin que se hubiese interpuesto oportunamente recurso alguno, el proveído se torna inmodificable, subsistiendo solamente la posibilidad de revocarla, de oficio o a petición de parte, en los términos del artículo 328 del C. de P. P..

Es así como, "el denunciante o querellante podrá insistir en la apertura de la instrucción, solamente ante el funcionario que profirió la resolución inhibitoria, ***siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla.***"

En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se tiene que la resolución inhibitoria fue proferida el dieciocho de septiembre del corriente año, y causó ejecutoria el siete de octubre a las seis de la tarde, por cuanto dentro del término legal no fue interpuesto recurso alguno por quienes tenían legitimidad para impugnarla.

Ello lleva a concluir que cualquier consideración en torno a los fundamentos de la decisión asumida por la Corte, para demandar su revocatoria, solamente puede ser formulada con base en medios probatorios distintos de los allegados con anterioridad, siempre y cuando tengan la potencialidad de desvirtuar los soportes del proveído.

El denunciante *Jaime Rafael Pedraza*, conocedor de esta preceptiva como abogado que es, dejó fenecer los términos que la normatividad procesal otorga para impugnar la providencia inhibitoria proferida por esta Corporación, y bajo el argumento de demandar su revocatoria al amparo de las previsiones del artículo 328 del estatuto procesal, pero sin aportar medio probatorio distinto capaz de derrumbar los fundamentos de la decisión de la Corte, extemporáneamente se dedica a cuestionar su contenido.

Tómese en cuenta al respecto, que no obstante adjuntar a su escrito copias de algunos memoriales, estos carecen de relación alguna con los hechos que fueron motivo de indagación preliminar, al punto que la mayoría de ellos aparecen suscritos por quien ahora acude a la Corte, de donde surge que ninguna capacidad poseen tales documentos para desvirtuar los soportes de la providencia proferida por esta Sala de manera que con fundamento en ellos se dicta lugar a una eventual revocatoria y disponer la apertura de instrucción.

Se negará, entonces, la pretensión del denunciante en las presentes diligencias.

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

RESUELVE:

NEGAR LA PRETENSION presentada por el denunciante *Jaime Rafael Pedraza*, por las razones anteriormente anotadas.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

TERMINO / EJECUTORIA

Es claro que el proceso se encuentra surtiendo el trámite correspondiente al recurso extraordinario de casación interpuesto por (...), luego hasta el momento el fallo no ha cobrado ejecutoria, firmeza que adquiere una vez sea resuelta la impugnación, por cuanto dicho término no corre de manera individual para cada uno de los sujetos procesales.

Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D.C., Diciembre dieciséis de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:Dr. Ricardo Calvete Rangel

Aprobado Acta No. 155 Proceso No. 13715

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el defensor del procesado *Nadín de la Hoz Bonett*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla confirmatoria de la dictada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo condenó a la pena principal de treinta y tres (33) años, ocho (8) meses de prisión, por el delito de Homicidio.

HECHOS

El 18 de febrero del año pasado, en el Municipio de Sabanalarga, luego de haber concluido una verbena la cual se realizaba en la Cancha de Fútbol "El Libertador", *Charlys* y *Nadín de la Hoz*, agredieron con arma blanca a *Zubiat Noriega Suárez*, causándole lesiones que posteriormente produjeron su deceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para que sea viable la acción de revisión es indispensable que se dirija contra decisiones ejecutoriadas, condición que no se cumple en este caso, tal como se desprende de las piezas procesales que se adjuntan a la demanda y que se relacionan a continuación:

1º. El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla conoció en primera instancia de las diligencias y culminó su intervención con sentencia condenatoria proferida el catorce de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

2º. Apelada dicha decisión el Tribunal Superior de Barranquilla le impartió confirmación, razón por la cual los procesados interpusieron recurso extraordinario de casación, del cual posteriormente desistió el defensor de *Nadin de la Hoz Bennet*.

3º. La Secretaría del Tribunal certifica que la sentencia en relación con *Nadin* quedó ejecutoriada, toda vez que "presentó renuncia del recurso de casación incoado, renuncia que se aceptó mediante auto de fecha septiembre dos (2) del año en curso".

4º. Conforme a lo anterior, es claro que el proceso se encuentra surtiendo el trámite correspondiente al recurso extraordinario de casación interpuesto por *Charlys de la Hoz Bonett*, luego hasta el momento el fallo no ha cobrado ejecutoria, firmeza que adquiere una vez sea resuelta la impugnación, por cuanto dicho término no corre de manera individual para cada uno de los sujetos procesales.

En este punto es ostensible el error de la Secretaria de la Sala Penal del Tribunal, quien certifica que el fallo está ejecutoriado, pero únicamente respecto de *Nadin de la Hoz Bonett*.

En estas condiciones no se da un presupuesto indispensable para que se pueda promover la acción, lo que determina la inadmisión de la demanda.

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

RESUELVE:

Primero: Reconocer personería al doctor *Parménides Rodríguez Fontalvo* en los términos del poder conferido.

Segundo: Rechazar la demanda de revisión presentada a nombre de *Nadin de la Hoz Bonett*.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

COMPETENCIA FUNCIONAL / DETENCION PREVENTIVA - Revocatoria

La solicitud de revocatoria de la detención preventiva elevada por los procesados bajo ningún aspecto será considerada. Sencillamente porque la competencia de la Corte se encuentra limitada exclusivamente a dirimir la controversia de competencias planteada y sólo a ello. Al respecto el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal prescribe que las nulidades a que hubiere lugar sólo podrá decretarlas el funcionario judicial en el cual quede radicada la competencia y, mientras se dirime el conflicto, "...lo referente a las medidas cautelares será resuelto por el juez que tuviere el proceso en el momento en que deba tomarse la respectiva decisión", vale decir el que aceptó la colisión de competencias.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 155. Proceso No. 13833.

VISTOS

Dirime la Corte el conflicto positivo de competencias trabado entre los Juzgados 5º Penal del Circuito de Pereira y uno Regional de Medellín.

HECHOS Y ANTECEDENTES

Sustentado en un informe de la Policía Antinarcóticos de la zona occidental, según el cual se había tenido conocimiento que desde el Aeropuerto Matecaña de la ciudad de Pereira se estaba transportando droga de manera clandestina y a través de aeronaves, un Fiscal Regional dispuso la apertura de investigación preliminar el 1º de agosto de 1995. En su marco dispuso obtener la identificación plena de la avioneta HK 2144P modelo PA34 y establecer pericialmente si había sido utilizada para el transporte de estupefacientes.

El mismo día fue inmovilizada la aeronave. Las plaquetas de identificación se encontraron removidas y la matrícula escrita en el fuselaje (HK 3277P) no era coincidente con la que aparentemente era la original (HK 3277). El 3 de agosto siguiente fue sometida a inspección. Distintos sitios de la misma fueron aspirados, entre ellos "la cartera" del bimotor. En el producto aquí encontrado, con un peso aproximado de 4 gramos, se encontraron residuos de cocaína.

Se abrió la investigación y a la misma fueron vinculados mediante indagatoria *Fabio Alfonso Murillo Valencia y Luis Enrique Pedraza Cruz*, piloto y copiloto de la aeronave. El 6 de mayo de 1996 un Fiscal Regional de Medellín dictó en su contra detención preventiva por el delito descrito en el inciso 1º del artículo 33 de la ley 30 de 1986, en su modalidad de transportar. Y por el mismo cargo, al calificar el sumario, acusó a los imputados el 26 de diciembre de 1996, esencialmente sobre el argumento de que los rastros de cocaína encontrados en la aeronave prueban que era utilizada como medio de transporte de esa sustancia. Se consideró un indicio de mala justificación lo sostenido por los procesados, esto es que se dedicaban al transporte de personas que desconocían completamente en cuanto no eran ellos los encargados de la respectiva contratación del viaje. Adicionalmente se contaba con información relacionada con el transporte de droga en vuelos charter desde el Aeropuerto Matecaña, por lo que lo hallado en la nave inmovilizada no fue producto del azar y, además, el sitio donde se localizó la sustancia, "la cartera de la aeronave", está localizada en la parte delantera izquierda y es de uso privativo de la tripulación "...que es la encargada de organizar los equipajes de los pocos pasajeros que se movilizan en cada vuelo, con lo que se quiere decir que estos ciudadanos no pueden negar el desconocimiento de lo que ilícitamente se transportaba en dicha avioneta".

Dicha determinación resultó confirmada por la Unidad Nacional de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional. Lo fue a través del proveído de marzo 14 de 1997 en el cual no obstante otorgarle la razón a la defensa en cuanto a no tener como indicio grave el hecho de que los procesados no recordaran qué personas habían transportado, dedujo otros para sostener la resolución acusatoria. Así por ejemplo, las contradicciones en que incurrieron. Sostuvieron que el último vuelo que realizaron fue una semana antes del operativo policial y los reportes señalan que lo hicieron 3 días antes. De otra parte, al interrogarse al gerente del taller en el cual se encontraba la avioneta sobre cuánto llevaba allí en mantenimiento afirmó que hacía 2 o 3 meses, circunstancia demostrativa de la intención de desviar el curso de la investigación.

Otro indicio derivado por la segunda instancia consistió en el hecho de que el mismo 1° de agosto del operativo la aeronave cambió de dueño a través de un contrato con todas las características de fraudulento. "...tampoco es normal –finaliza la decisión—que se diga que durante los dos meses se hicieron aproximadamente 10 viajes charter, pero, salvo los planes de vuelo, algunos de los cuales aparecen registrados a altas horas de la noche ..., no aparezcan planillas de pasajeros, constancias de pago de fletes, etc., de lo cual se puede inferir, como lo afirma el informe policial, que si se podía tratar de vuelos clandestinos y, de ahí, que no aparezcan los registros de pasajeros".

A un Juzgado Regional de Medellín le correspondió adelantar la fase del juicio. Ordenó la realización de algunas pruebas en Pereira y estando en su práctica a través de un Fiscal comisionado, los procesados le solicitaron al Juez Penal del Circuito (R) de Pereira, con sustento en el artículo 97 del Código de Procedimiento Penal, que le provocara al Regional de Medellín colisión positiva de competencias. Anexaron copias de varias piezas procesales para lograr su ilustración y fundamentaron la solicitud en que la cantidad de sustancia hallada en la aeronave, no más de 8 gramos, "...está muy por debajo del límite legal que les permite a los Jueces Regionales conocer en primera instancia de los hechos punibles por violación al artículo 33 de la ley 30 de 1986: más de 2.000 gramos", deduciéndose de ello que por el factor objetivo y territorial la competencia radica en un Juzgado Penal del Circuito de Pereira.

"La prueba objetivamente recaudada (finaliza la petición) soporta la anterior conclusión. La sustancia encontrada no excede el presupuesto competencial que faculta a los Jueces Regionales para actuar. Y no se puede, conforme a los principios constitucionales del **in dubio pro reo** (C.P.P. art. 44 1) y de estricta **legalidad**, presumir o suponer que la sustancia comprometida superaba los dos mil gramos, porque no se tiene la prueba clara y objetiva de que ello fue así" (Negrillas originales del texto).

El asunto le correspondió por reparto al Juzgado 5° Penal del Circuito de Pereira el cual, mediante providencia del 23 de julio de 1997, resolvió que era el competente y dispuso solicitarle al Juez Regional de Medellín el proceso, proponiéndole, de no compartir sus argumentos, colisión de competencias, la cual fue efectivamente trabada el 19 de agosto del mismo año y, como consecuencia, remitido el proceso a la Corte para dirimirla.

Los procesados le dirigieron a la Sala un memorial en el que insisten en las razones que los llevaron a promover el conflicto de competencias. En especial que lo único demostrado dentro del

proceso es la existencia de una pequeña cantidad de cocaína y que el delito de tráfico que se les imputó, por una cantidad mayor, ni siquiera se sustentó en indicios leves sino en simples presunciones. Paralelamente solicitan que sea revocada la medida de aseguramiento que pesa en su contra.

Argumentos del Juez Penal del Circuito de Pereira:

Para ese despacho es claro que el artículo 9° de la ley 81 de 1993 le atribuye a los Jueces Regionales el conocimiento de los delitos descritos en los artículos 32 y 33 de la ley 30 de 1986, exclusivamente cuando la cantidad de cocaína o sustancia a base de ella exceda de 2.000 gramos, cantidad que de no ser superada hace radicar la competencia en los Juzgados Penales del Circuito.

"De las piezas suministradas por los peticionarios (resolución de situación jurídica y la resolución de acusación) –precisa el Juzgado– se observa que la cantidad de sustancia donde se encontraron partículas de estupefacientes, sólo pesó tres gramos novecientos veintinueve miligramos, de lo que se infiere que por el factor objetivo (la cocaína decomisada no superó los 2.000 gramos) y territorial, somos nosotros los competentes para conocer de dicha investigación.

"Ahora, no se puede presumir, que porque en la avioneta se encontraron vestigios de estupefacientes, que allí transportaban grandes cantidades de este material, hasta el momento esta circunstancia no se ha probado, así se deduce que las providencias que ha proferido la Fiscalía Regional", concluye el despacho judicial.

Argumentos del Juez Regional de Medellín:

Tal despacho se sirvió para afirmar su competencia de la decisión de la Sala del 4 de septiembre de 1995[1]. En esta se adujo en lo fundamental que la competencia para conocer de la conducta de elaborar una sustancia estupefaciente no se derivaba de la cantidad de la misma hallada en el laboratorio, pues ello significaría dar por probado que fue la única elaborada, cuando se trataba de una actividad desarrollada desde varios meses atrás. Esta circunstancia hacía claramente inferible una producción superior a los 2.000 gramos, imputable como consecuencia el inciso 1º del artículo 33 de la ley 30 de 1986 y ubicable la competencia para el conocimiento del caso en la justicia regional.

El Juez de Medellín encontró equiparable la anterior solución frente a la conducta transportar. Los 3 gramos de cocaína obtenidos en la aspiración de la avioneta –dice– no pueden tenerse como la cantidad objeto del transporte, sino como residuo de lo transportado. Y agrega:

"En el proceso se aduce que la avioneta estaba siendo dedicada al tráfico de estupefacientes y de allí su requisa y examen que brindó resultados positivos para confirmar la aseveración, al encontrarse residuos de cocaína en la parte denominada la cartera de la aeronave, la cual se encuentra ubicada en la parte delantera izquierda y es utilizada para los equipajes, y no puede deducirse que los 3 gramos encontrados estuvieran allí para ser transportados, conservados, almacenados, etc., caso en el cual tendría razón el colisionante, sino que fueron desecho de la actividad de transportar y, para que quedara la basura de ella, se vislumbra, ni siquiera se hacía dentro de maletas o cajas sino en paquetes de la misma. Entonces, la infracción se da bajo el inciso 1º del artículo 33 de la ley 30 de 1986 cual lo dedujo la Fiscalía y ello se dice con todo respeto por la presunción de inocencia, pero atendiendo los hechos dados por probados hasta ahora en virtud de la dicha resolución de acusación ejecutoriada, y mientras se descubre la propia incompetencia. (...)

"Y, hasta podría decirse no que '...se puede presumir que la sustancia comprometida excedía los 2.000 gramos de cocaína...' [fl. 48 colisión], sino que en sana lógica y de acuerdo a la experiencia y la forma como suceden las cosas, sí puede predicarse que la cantidad transportada necesariamente debió ser superior, pues no se va a dedicar una avioneta a hacer viajes, clandestinos porque no aparecen registrados en el Libro Reporte de Vuelo, y a la cual sí se le hizo mantenimiento y limpieza oportuna, de droga en monto ínfimo y los policiales hacen referencia a ello y de allí la génesis de su intervención. No es conjeturar, sospechar; es que los elementos constitutivos del hecho punible pueden demostrarse con cualquier medio probatorio, por disposición del artículo 253 del Ordenamiento Procesal Penal", concluye el Juzgado Regional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con el numeral 5º del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal la Sala es competente para dirimir el conflicto de competencias planteado.

Si en realidad lo demostrado fuera que los procesados conservaban dentro de la avioneta los casi 4 gramos de cocaína encontrada, es claro que la imputación habría que hacerla de conformidad con el inciso 2º del artículo 33 de la ley 30 de 1986 y la competencia para conocer del proceso radicaría en los Juzgados Penales del Circuito. Sin embargo, esa no fue la lógica con la cual asumió la situación de hecho, ni la Fiscalía ni el Juez Regional. Independientemente del peso que arrojó la sustancia lo realmente trascendente es la manera como se logró obtener. Fue luego de aspirar la cartera

de la aeronave, es decir el sitio destinado al equipaje de la tripulación, lo cual significa que se encontraba esparcida en el lugar. Esta circunstancia, conjugada con otras, llevó a los funcionarios que han conducido el proceso a darle al hallazgo el tratamiento de "residuos" y a inferir de allí la destinación de la avioneta al transporte de ese tipo de sustancia, en cantidad superior a los 2.000 gramos y por esa vía a sostener la competencia para conocer del caso en la justicia regional, de conformidad con el ordinal 1º del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala comparte esa solución. La presencia de tales rastros en la cartera del avión, sumada a la falta de transparencia de las explicaciones suministradas por los procesados en cuanto a los viajes que realizaban, al no registro de los mismos en el libro de reporte de vuelo y a la ausencia de planilla de pasajeros, son elementos de juicio que racionalmente llevan a pensar que el bimotor era utilizado en el transporte de cocaína. Y la circunstancia de no haberse hallado dentro del mismo una carga del producto superior a 2.000 gramos, en manera alguna impide colegir que una cantidad así haya sido transportada.

El que objetivamente no se haya logrado con exactitud establecer el total de la droga efectivamente transportada, no constituye una imposibidad para que con sustento en la prueba indiciaria sea determinable si la cantidad superó o no los 2.000 gramos. Lo que quiere significar la Sala es que la materialidad del ilícito examinado, en desarrollo del principio de libertad probatoria, puede demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en el Código de Procedimiento Penal, lo cual incluye a los indicios. Y si de estos se infiere la actividad de transporte por una cantidad superior a 2.000 gramos, como sucede en el presente evento en atención al medio utilizado y a lo que dictamina la experiencia, ello solo es suficiente para imputar la conducta con sustento en el inciso 1º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 e igualmente para la fijación de la competencia en los Jueces Regionales, sin que sea necesaria la determinación exacta de lo transportado, que por razones obvias en ocasiones es imposible de realizar.

Bajo la lógica anotada la competencia para conocer del proceso radica en el Juez Regional de Medellín, sin que sea atendible el argumento del Juez Penal del Circuito de Pereira para disputarle la competencia, sostenido exclusivamente en el peso de la cocaína que logró obtenerse a través del procedimiento de aspiración de la cartera de la avioneta. Esa cantidad de droga por sí misma mal podía tomarse como único elemento para derivar la conducta que le era atribuible a los procesados (conservación, almacenamiento, transporte...), respecto de la cual no hizo ninguna consideración el Juez del Circuito, dando paso a pensar que aceptó la modalidad de

transporte en los casi 4 gramos de sustancia encontrada, conclusión que es absurda a la luz del contexto probatorio y en especial de la manera como se obtuvo el alcaloide, a la cual ya se hizo referencia.

En suma, la cantidad de cocaína hallada, independientemente de su peso, obraba como rastro de la actividad de tráfico de drogas en su modalidad de transporte y, conjugada con los indicios derivados en la acusación, permitían concluir que el objeto de la conducta superaba los 2.000 gramos de cocaína y con ello la fijación de la competencia para el conocimiento del caso en la denominada justicia regional.

CUESTIÓN FINAL

La solicitud de revocatoria de la detención preventiva elevada por los procesados bajo ningún aspecto será considerada. Sencillamente porque la competencia de la Corte se encuentra limitada exclusivamente a dirimir la controversia de competencias planteada y sólo a ello. Al respecto el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal prescribe que las nulidades a que hubiere lugar sólo podrá decretarlas el funcionario judicial en el cual quede radicada la competencia y, mientras se dirime el conflicto, "...lo referente a las medidas cautelares será resuelto por el juez que tuviere el proceso en el momento en que deba tomarse la respectiva decisión", vale decir el que aceptó la colisión de competencias.

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

RESUELVE:

1°. DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso, adelantado contra Fabio Alfonso Murillo y Luis Enrique Pedraza corresponde al Juzgado Regional de Medellín, a donde se ordena remitir las diligencias.

2°. Dar aviso de esta decisión al Juzgado 5° Penal del Circuito de Pereira.

3°. No considerar la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento elevada por los procesados.

Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda* *Nelson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

FUERO / FISCAL

*El artículo 70, literal c del Código de Procedimiento Penal consagra un fuero legal para el juzgamiento de los fiscales ante los juzgados, adscribiendo dicha competencia a los Tribunales Superiores de Distrito, en Sala de Decisión Penal, siempre y cuando se trate de delitos que dichos servidores públicos cometan "**por razón de sus funciones.**"*

Tal fuero, sin embargo, dista de ser personal o referente a la investidura, pues ni se extiende a la totalidad del tiempo en que el fiscal se desempeñe como tal, ni cubre toda clase de infracciones, sino tan solo aquellas que se cometan dentro de su ejercicio funcional o por razón del mismo, lo excluye no solamente los llamados delitos comunes, sino aún los de responsabilidad que se cometan con el solo abuso del cargo, lo que parece indicar que esta competencia especial refiere, a aquella responsabilidad adicional que la Constitución Política adjudica en su artículo 6, a los servidores públicos, que a diferencia de los particulares, no solo se deriva de la simple infracción a la constitución y a la ley, sino además "por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

Tan específica atribución implica, entonces, dentro de otras consecuencias, que para aquellos delitos en que a cuya ejecución se llega tanto por el abuso de la función como del cargo, la competencia se escinda, cubriendo el fuero con exclusividad el evento primero, en tanto que si la infracción ocurre por un abuso de la investidura, habrán de conocer los funcionarios ordinarios, con sujeción a los demás factores que determinan su intervención en cada caso concreto.

Tal es lo que sucede, entre otros, frente al delito de concusión, donde la descripción legal del tipo (artículo 140 del Código Penal, modificado por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995) admite la ejecución de la conducta, sea porque el servidor público abuse de su "cargo" ora "de sus funciones", siendo entendido que su aforamiento queda restringido a la segunda

de estas dos hipótesis puntuales.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 155 **Proceso** No. 13305

Vistos

Por vía de apelación revisa la Sala la sentencia de mayo 14 último, en la que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó condena al doctor Adalberto Palacios Valoyes, ex-Fiscal ante los Jueces del Circuito, a la pena principal de 40 meses de prisión por el delito de concusión.

Antecedentes

- El 21 de septiembre de 1.993 el Fiscal Segundo de la Unidad de Vida de Quibdó, doctor Marcos Bejarano Sánchez, avocó el conocimiento del homicidio que Jaime Aristizábal Salazar cometió en Orlando Aníbal López, proceso por el cual fue condenado el 28 de marzo de 1.995 por el Juzgado Primero Penal del Circuito, a cargo del doctor Horacio Rojas Pino.

En este último mes, la línea telefónica número 7111159 fue legalmente interceptada, pues se obtuvo información referente a que el propietario de la misma, Iván Osorio Restrepo, estaba vinculado con el narcotráfico. En esta labor, realizada entre el 14 de marzo y el 18 de abril de 1.995, se escuchó a Osorio Restrepo hablar con Jaime Aristizábal Salazar, y a éste decir que "Alberto" (el aquí procesado, según se dedujo después) había recibido finalmente un millón de pesos por "favorecer" a Aristizabal, y que el doctor Adalberto le había dicho que "eso estaba muy barato" (ver transcripción de tales grabaciones a fls. 4 y ss. 1.447 y ss.-2).

- Como consecuencia la Policía puso los hechos en conocimiento de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, que luego de algunas diligencias previas, abrió investigación (fl. 143-1), oyó en indagatoria a los imputados Marcos Bejarano Sánchez (Fiscal Segundo Unidad de Vida), Adalberto Palacios Valoyes (Fiscal 4o. Unidad de Patrimonio ante los Jueces del Circuito) y al juez Horacio Rojas Pino (fls. 173, 184 y 202), practicó otras pruebas, dictó auto de detención contra Palacios Valoyes y se abstuvo de hacerlo respecto de los dos restantes, y al calificar la instrucción mediante resolución de mayo 23 de 1.996 (fl. 710-3), precluyó con relación a Bejarano Sánchez y Rojas Pino, acusando a Palacios por el delito de concusión.

De esta última decisión es pertinente destacar los apartes textuales que a continuación se transcriben, por su incidencia en la decisión que ha de adoptar la Corte, en cuanto luego de excluir la responsabilidad de los co-sindicados como funcionarios competentes para decidir el proceso contra Aristizabal Salazar, precisó que el único acusado doctor Palacios Valoyes había actuado no por abuso de una función que no tenía, sino del cargo que desempeñaba:

"Se dijo otrora y hoy al no haber surgido nueva probanza que lo infirme, es válido insistir que en el caso que nos ocupa, surgió un claro **abuso del cargo** por parte del Dr. *Adalberto Palacios Valoyes*" (folio 746 del cuaderno 3 original)y sobre tal modalidad más adelante explica: "... si bien el doctor *Palacios Valoyes*, era un vendedor de humo, necesariamente actuó precedido del cargo de Fiscal, pues en tal condición lo conocía *Jaime Aristizábal Salazar*, como otrora Juez de Instrucción Criminal y en la misma le pidió que le ayudara... Tenía Aristizábal la creencia y no nos atreveríamos a decir que de pronto alimentada por *Palacios Valoyes*, pues no hay prueba que así lo autorice, de que éste estaba en capacidad de arreglarle el problema" (folio 750 ibidem).

Avocado el asunto por el Tribunal, allí se practicaron algunas pruebas, se celebró la diligencia de audiencia pública (fl. 906-3) y se profirió la sentencia que es objeto de alzada (fl.973-3), la que resultó apelada por el defensor del procesado, atenido a la sustentación oral de sus razones.

La Sentencia Apelada

Considera el Tribunal que "la prueba testimonial es diáfana" para demostrar la responsabilidad del acusado en el delito por el cual se le acusa, y que tal acervo se compone de las declaraciones rendidas por Iván Moreno Osorio, Harold Mena Torres quien en otro asunto fue abogado de Jaime Aristizábal Salazar, y Gabriel Hoyos Aristizábal, primo del anterior, en cuanto que de tal información emerge:

Que Palacios Valoyes, invocando el nombre de su colega Marcos Bejarano Sánchez, pidió la suma de dinero; que Jaime Aristizábal le comentó al doctor Harold Mena cómo a pesar de haber entregado el dinero antes de que se resolviera su situación jurídica, le decidieron en contra, y que Gabriel Hoyos Aristizábal acompañó a su primo Jaime a la residencia del procesado Palacios Valoyes y presenció la entrega de un dinero.

Esta información coincidía con la indiciaria atinente al "tratamiento especial" que se le dio a Jaime Aristizábal en el proceso adelantado por el Fiscal Bejarano Sánchez y el Juez Rojas Pino el

comportamiento de la agente del Ministerio Público doctora Elizabeth Robledo de García, referida familiarmente en las conversaciones telefónicas como "Chava", y quien pidiera la absolución de Jaime Aristizábal Salazar con la tesis gratuita de haber obrado en legítima defensa, tesis que abandonó al proferirse el fallo adverso al procesado, omitiendo su apelación.

Y con el reconocimiento que hizo la sentencia del Juez Horacio Rojas, de la atenuante de la ira, sumado a la referencia hecha por el ex magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo a Iván Osorio, al sostener que "con Horacio no hay problema" porque le habían prometido con "un estímulo" (fl.987), pues esa prueba comportaba a juicio del a-quo mérito para condenar por concusión al doctor *Palacios Valoyes*, quien "valiéndose de su condición de fiscal seccional le pidió dinero a *Jaime Aristizábal Salazar* para que el Fiscal *Marcos Bejarano Sánchez* —con quien actuó identificado en el propósito lo beneficiara con su decisión dentro del proceso..., contribución que habría prestado bajo ese acuerdo el doctor Bejarano para favorecer con una calificación favorable a Aristizábal Salazar".

La Sustentación Oral

El señor defensor del acusado empezó su intervención refiriendo al "entorno sociológico" en que se dieron los hechos investigados, y que caracterizaba la actividad de las funciones públicas en el Departamento del Chocó por "...la suspicacia, la conseja, el rumor...".

A continuación critica el fallo porque pese a que los doctores Marcos Bejarano Sánchez y Horacio Rojas Pino fueron objeto de preclusión en la providencia calificatoria, la condena resulta contradictoria al tomar como indicios contra el acusado la "delincuencia" cometida por aquéllos, desconociendo los efectos de cosa juzgada que lleva la declaratoria judicial de inocencia de los exonerados (fl. 63).

Califica de dudosa la capacidad moral del testigo Iván Osorio Restrepo, ya que se trata de un prestamista dentro del medio judicial, aparte de ser un "íntimo amigo" de Jaime Aristizábal Salazar, persona que "pretende arreglar todo con dinero" (fl. 68) y cuyo testimonio no obra en el proceso, lo que impide afirmar con certeza si es quien realmente habla en las conversaciones telefónicas interferidas.

Además llama la atención sobre el hecho de que todas esas llamadas hubieran ocurrido durante la causa seguida contra Aristizabal, pues para entonces ya nada tenían que ver los fiscales Bejarano Sánchez y Palacios Valoyes sobre la situación del entonces acusado, lo que torna ilógico que hubieran recibido o siquiera solicitado dinero por sus actuaciones.

Por el contrario, constituye indicio de favor el reconocimiento espontáneo que hizo el acusado de ser conocido de Jaime Aristizábal Salazar y también de que le encargó un radio porque el suyo se le había dañado.

Por otra parte, la declaración de Gabriel Hoyos Aristizábal no se considera digna de credibilidad, por no ser lógico que alguien que le va a entregar dinero a un funcionario, se haga acompañar de otra persona (fl. 83), consideraciones que rematan con la afirmación de ausencia de certeza para condenar.

Sin perjuicio de lo anterior, el impugnante **cuestiona la competencia del Tribunal para juzgar el presente asunto**, pues si el acusado no intervino en el proceso contra Jaime Aristizábal, ni sabía que le iba a corresponder a su colega Marcos Bejarano, para nada incidieron sus funciones de fiscal, y ello ubicaba la competencia en las Fiscalías Seccionales, por lo cual considera que el fallo apelado no proviene del funcionario competente.

— El Señor Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Quibdó afirmó que la prueba de cargo comporta la solidez suficiente para condenar, y tras aclarar que Iván Osorio Restrepo está pendiente por comparecer a audiencia, solicita a la Corte confirmar la sentencia apelada (fl. 91).

— Por último, el señor Procurador Cuarto Delegado en lo Penal estima que no se cuenta con la certeza necesaria para condenar, puesto que todos los testigos son "de oídas", ya que el verdadero sabedor de los hechos no apareció, y el testigo Iván Osorio Restrepo terminó descalificando su propio dicho al reconocer sus contradicciones porque "quería engañar a mi amigo, el homicida".

Consideraciones de la Corte

1. El artículo 70, literal c del Código de Procedimiento Penal consagra un fuero legal para el juzgamiento de los fiscales ante los juzgados, adscribiendo dicha competencia a los Tribunales Superiores de Distrito, en Sala de Decisión Penal, siempre y cuando se trate de delitos que dichos servidores públicos cometan "**por razón de sus funciones.**"

Tal fuero, sin embargo, dista de ser personal o referente a la investidura, pues ni se extiende a la totalidad del tiempo en que el fiscal se desempeñe como tal, ni cubre toda clase de infracciones, sino tan solo aquellas que se cometan dentro de su ejercicio funcional o por razón del mismo, lo excluye no solamente los llamados delitos comunes, sino aún los de responsabilidad que se cometan con el solo abuso del cargo, lo que parece indicar que esta competen-

cia especial refiere, a aquella responsabilidad adicional que la Constitución Política adjudica en su artículo 6, a los servidores públicos, que a diferencia de los particulares, no solo se deriva de la simple infracción a la constitución y a la ley, sino además "por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

Tan específica atribución implica, entonces, dentro de otras consecuencias, que para aquellos delitos en que a cuya ejecución se llega tanto por el abuso de la función como del cargo, la competencia se escinda, cubriendo el fuero con exclusividad el evento primero, en tanto que si la infracción ocurre por un abuso de la investidura, habrán de conocer los funcionarios ordinarios, con sujeción a los demás factores que determinan su intervención en cada caso concreto.

Tal es lo que sucede, entre otros, frente al delito de concusión, donde la descripción legal del tipo (artículo 140 del Código Penal, modificado por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995) admite la ejecución de la conducta, sea porque el servidor público abuse de su "cargo" ora "de sus funciones", siendo entendido que su aforamiento queda restringido a la segunda de estas dos hipótesis puntuales.

2. Para el caso que es ahora motivo de estudio, y tras reconocerle en ello razón al recurrente, es de observar que con desconocimiento de los términos en los que fuera concebida la resolución de acusación, la Sala de Decisión del Tribunal Superior que adelantó el juzgamiento, fundó la decisión condenatoria sobre el supuesto de un abuso funcional por parte del fiscal doctor Marcos Bejarano Sánchez, quien con motivo de la instrucción seguida por el delito de homicidio, habría favorecido ilegítimamente a Jaime Aristizábal Salazar, lo mismo que haría luego el juez Horacio Rojas Pino, con quienes habría actuado de común acuerdo el ahora condenado doctor Adalberto Palacios Valoyes, participando de los abusos de la actividad funcional cumplida por aquellos, con la exigencia y la percepción directa de los dineros entregados por el particular.

Bajo dichos supuestos, no se tendría duda de que la competencia para impulsar el juzgamiento radicaría en la Sala Penal del Tribunal, porque el delito sería el de los doctores Bejarano y Rojas, ubicándose al doctor Palacios dentro de una coautoría impropia.

No es esa, sin embargo, la situación que opera dentro de la resolución acusatoria proferida, y que ya definió como ley del proceso los diferentes factores determinantes de la competencia para el juzgamiento, porque así se admita que fue bajo la hipótesis elaborada por el Tribunal que se inició la instrucción en este asunto, se indagó a los doctores Bejarano y Rojas, y que se les mantuvo vinculados, es innegable que al calificar de fondo el sumario, la Fiscalía

excluyó la responsabilidad de aquellos, centrándola privativamente en el doctor Adalberto Palacios Valoyes, pero a la luz de un supuesto dispar: el de su exclusiva iniciativa para la exigencia del dinero, echando mano no a sus funciones, que nada en absoluto tenían que ver con la definición del caso que involucraba a Jaime Aristizábal, sino del cargo o investidura de Fiscal, de cuyo abuso se prevalía para exigir de quienes conocían por esa vinculación oficial sobre su ascendiente en el medio judicial del Municipio de Quibdó, la entrega de unas sumas indebidas.

Siendo, entonces, esa resolución de acusación -se insiste- ley del proceso al excluir la responsabilidad del Fiscal Bejarano y la del Juez Rojas Pino, como para acusar dentro de la modalidad ya dicha al procesado doctor Adalberto Palacios Valoyes, no cabe duda de su incidencia, desde su ejecutoria, para variar la competencia en el trámite del juicio, pues si hasta entonces era el Fiscal de mayor jerarquía el competente para conocer y definir la situación de los aforados, en cuanto atañe con el adelantamiento de la causa, su conocimiento se ceñía al mandato del artículo 72-c del Código de Procedimiento Penal, excluyendo la participación del Tribunal cuya competencia no deriva de la entidad del funcionario que haya proferido la acusación, sino de los puntuales preceptos de la ley, y en particular de los factores funcional, material, territorial, foral y de conexidad que para este caso se conjugan.

De todo lo anterior deriva que por haber adelantado sin competencia la presente causa, lo actuado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó tenga que ser invalidado con fundamento en la causal primera del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, anulación que quedará restringida al juicio, porque la instrucción sí concernía a la Fiscalía Delegada ante esa colegiatura hasta el momento de definir unificadamente la situación respecto de los aforados, así incluyera por conexidad la de quien con aquellos no lo fuera.

El expediente tendrá que regresar, entonces, para que previo el cumplimiento de sus desanotaciones, a la mayor brevedad proceda el Tribunal a remitirlo para el reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Quibdó, a quienes corresponde impulsar y definir la causa.

En mérito de lo expuesto, y acogiendo en ello la petición alternativa del señor defensor del procesado, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado dentro del presente asunto, a partir, inclusive, de la constancia secretarial de junio 18 de

1996, mediante el cual se inició oficiosamente el traslado del artículo 446 del C. de P.P. ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó en la presente causa.

En firme esta providencia vuelvan las diligencias al Tribunal de origen, para que previas sus desanotaciones las remita por competencia y a la mayor brevedad a los Juzgados Penales del Circuito de Quibdó, a quienes corresponde el conocimiento de la causa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Dídimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*, *Nilson Pinilla Pinilla* (salvamento de voto).

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi habitual respeto por las decisiones de la mayoría, me permito presentar las razones que me llevan a suscribir la decisión de la Sala, con salvedad:

1° De acuerdo con los términos de la resolución de acusación, se comprometió en juicio al doctor Adalberto Palacios Valoyes, Fiscal Seccional de Quibdó, como presunto autor del delito de concusión, por cuanto "no puede haber ninguna duda de que si un funcionario judicial en abuso de su cargo, se aventura en una empresa esquilmatoria, incurre en el delito de **concusión**, y ese sería el caso del Dr. *Adalberto Palacios Valoyes*", toda vez que "si bien el doctor *Palacios Valoyes*, era un vendedor de humo, necesariamente actuó precedido del cargo de Fiscal" (fs. 746 y 759 cd. número 3).

Adelantada la etapa del juicio, el Tribunal Superior de Quibdó, estimó que si bien el implicado no tenía facultad para tomar decisiones dentro del proceso que se adelantó contra quien presuntamente entregó dinero a cambio de beneficios, "en su condición de fiscal actuó mancomunadamente con quien tenía el poder de decisión y materializó el verbo rector ***solicitar***" (f. 989 ib.)

2° Es claro, que la descripción del tipo acuñada en el artículo 140 del Código Penal, modificado por el 21 de la ley 190 de 1995, admite ejecución, bien porque el servidor público abuse del "cargo" ora "de sus funciones". Estas dos formas en que el autor puede lograr su propósito, son ambas expresivas del elemento abuso de poder de la concusión, en tanto la exigencia de la dádiva por parte del funcionario bien puede darse como servidor público, para invadir la órbita de otro y extralimitar su poder, o bien para aplicar ilegalmente las funciones que le son propias.

3° Entendió el Tribunal Superior de Quibdó, en este caso, que se está en presencia de abuso de la función, y por esa razón inició el juicio y profirió sentencia, estando la corporación investida de jurisdicción y movida por el obligatorio propósito de impulsar y decidir un proceso para cuyo conocimiento se reputaba competente,

realizando además las actividades procesales apropiadas (traslado para preparar audiencia, definición sobre pruebas, abundante recepción de éstas, audiencia pública, etc.), sin conculcar garantías legítimas de los sujetos procesales ni entre éllas, en lo más mínimo, el derecho a la defensa del funcionario inculpado.

En hipótesis como la ofrecida por el caso analizado, esto es, que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Quibdó actuó sanamente convencida de ser competente, respetando a plenitud todas las garantías, incluidas las del procesado a cuyo nombre se recurre, no cabe duda que la imperfección de haberse desarrollado y decidido el juicio bajo una competencia superior en jerarquía a la que ahora se reputa adecuada, ningún efecto malévolo produjo, ni causó perjuicio alguno, de allí mi disenso con la decisión de la Sala al decretar la invalidez del juicio, toda vez que las nulidades sólo pueden decretarse por excepción y no es cualquier irregularidad la que conduce fatalmente a determinarlas.

Sobre este punto he venido sosteniendo en salvedades anteriores (e.g. Cas. 9272, jul.3/97, M.P. Dr. Juan Manuel Tórres Fresneda) y ahora reitero, en síntesis:

"... ... ...

Su odioso potencial invalidatorio únicamente puede ser reconocido ante aquellos vicios sustanciales e insubsanables, que hayan perjudicado severamente un alto interés legítimo de algún sujeto procesal o del Estado y que tengan tal trascendencia lesiva, que definitivamente no puedan ser redimidos.

...La doctrina universal pregona que no hay nulidad sin perjuicio:

'...las nulidades han sido reducidas por el número y por el contenido, los poderes del juez ampliados y adoptado el criterio de valoración de la nulidad según la relevancia del acto nulo en relación con los fines del proceso, es decir, según la efectividad del perjuicio que de la misma pueda derivarse. Todas las nulidades son, pues, relativas...' (Eugenio Florian, 'Elementos de Derecho Procesal Penal', trad. L. Prieto Castro, Ed Bosch, Barcelona, reimpresión 1990, p. 126).

'En virtud del carácter no formalista del derecho procesal moderno, se ha establecido que para que exista nulidad no basta la sola infracción a la norma, si no se produce un perjuicio a la parte. La nulidad, mas que satisfacer pruritos formales, tiene por objeto evitar la violación a las garantías en juicio...

Es por esta razón por la que algunos derechos positivos modernos establecen el principio de que el acto con vicios de forma es válido, si alcanza los fines propuestos... o si en lugar de seguirse un

procedimiento se ha utilizado, equivocadamente, otro, pero con mayores garantías...' (Enrique Véscovi, 'Teoría General del Proceso', Ed Temis, Bogotá, 1984, p. 304).

12. ... Esa afortunada evolución en 'derechos positivos modernos' fue oportunamente asumida por el derecho procesal colombiano, tanto en materia civil (art. 144.4, antiguo 156.4, C. de P. C.), como penal. Expresamente, el artículo 308.1 del Código de Procedimiento Penal incluye como uno de los ***principios que orientan la declaratoria de las nulidades y su convalidación***, el siguiente:

12. 'No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa.'

12. ... Cabe observar, sin embargo, que esta acertada posibilidad de convalidación no es necesariamente moderna, sino que es el fruto de una juiciosa evolución jurídica, cuyos fundamentos vienen apuntalados desde los enfoques clásicos del Derecho Procesal universal:

12. 'La nulidad es relativa cuando la falta de algún requisito no tiene relevancia si, no obstante, el acto es justo, esto es, ha alcanzado su finalidad. El acto es anulable cuando la nulidad no puede ser puesta de relieve sin una reacción del sujeto al cual perjudica su injusticia, y por eso, protesta su invalidez.' (Francesco Carnelutti, 'Principios del Proceso Penal', trad. Santiago Sentís M., Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 296).

... Evidentemente, la trascendental misión jurídica de procurar la eficaz, pronta y firme aplicación de la normatividad sustantiva, impone relatividad en el establecimiento de las nulidades:

"...si efectivamente queremos ser congruentes con los hechos, debemos adoptar un criterio flexible y abierto que nos conduzca a declarar, más que una inexistencia o nulidad del acto, una ineficacia de características relativas que tenga un amplio margen de juego según las consecuencias específicamente producidas o no por el acto afectado.

De este modo, podremos analizar en forma totalmente libre cuáles son las características especiales de un determinado acto irregular y, sin prejuzgar sobre la sanción resultante, observar el despliegue de sus efectos en el ámbito del derecho para decidir entonces sobre el grado de ineficacia que lo afecta. El punto de partida es pues necesariamente inverso: atiende mejor a la producción de efectos y no a un rígido esquema de causas, o de delimitación personal de impugnaciones, o de posibilidades de convalidación.

Bajo este punto de vista, la ineficacia puede entonces apreciarse directamente y en forma objetiva en tanto exista una producción anormal de efectos en el acto cuestionado, y la medida de esta anormalidad es la que regirá nuestro criterio para decidir su clasificación.' (Rene Japiot, citado por José Antonio Márquez González, 'Teoria General de las Nulidades', Ed Porrúa, México, 1992, ps. 62 y 63)."

4°. En el presente caso la fase del juicio fue debidamente adelantada, con plena observancia de las formas procesales, sólo que con mayor nivel al desarrollarse por el Tribunal frente a funcionario que consideró aforado, lo cual hizo viable que la impugnación viniera a la Corte Suprema. No se observa fundamento, ni en lo más mínimo, para que pueda colegirse que se haya irrogado algún perjuicio con la elevación de la competencia, ni que se haya conculcado o tan siquiera debilitado alguna garantía procesal, mucho menos el derecho de defensa.

5°. No es que se pretenda demeritar el significado de la competencia, sin la cual no podría organizarse la actividad judicial, para hacerla operativa, por especialidad o materia, territorialidad, jerarquía por las exigencias de capacitación y experiencia para la atención de determinados casos entre ellos los de fuero, funcionalidad y otros aspectos objetivos y subjetivos, que ciertamente la constituyen en **medida de la jurisdicción.**

Pero no se puede dar al metro el valor trascendental de lo que es medido y si la jurisdicción, —como facultad y poder de "decir el derecho", etimológicamente hablando, así mismo que juzgar y hacer efectivo lo juzgado— , es exclusiva y excluyente, indisponible e inabrogable, no ocurre lo mismo con la especificidad de tal género, la competencia, que si bien debe acatarse, su eventual inobservancia no conduce inexorablemente a la nulidad, pues ésta puede sanearse dentro de las previsiones de convalidación establecidas en los estatutos procesales, sin que se encuentre disposición alguna que conduzca a que tal saneamiento deje de operar, per se, cuando el probable factor invalidatorio provenga de incompetencia.

Para que la nulidad se genere de modo insubsanable, en un caso como el tratado, es preciso comprobar que el conocimiento no estaba o salió de la órbita de facultades de quienes actuaron, pero también que con tal actuación de los investidos de jurisdicción pero circunstancialmente desprovistos de competencia, resultaron seriamente conculcadas garantías fundamentales, particularmente el derecho a la defensa y el principio del juez natural.

No es ésto lo que ocurre en el presente proceso, bien distinto de una actuación desarrollada por personas carentes de jurisdicción,

o por autoridad ajena a la organización penal, o por quien usurpare el cargo o la función.

Por el contrario, el sentido de acierto del Tribunal, válidamente provisto de jurisdicción, no puede castigarse con la anulación, estando también presente el a todas luces valioso aditamento de ser poseedor de una jerarquía superior a la que ahora emerge en el entendido que el comportamiento reprochado surge por abuso del cargo que no de la función, hipótesis esta última a la que literalmente aparece restringido el factor foral, pero que frente a las dos formas en que el concusionario puede lograr su propósito, "abusando de su cargo o de sus funciones", en este caso ofrecía visos de lo uno y de lo otro. Así se lee en la resolución de acusación: "si bien el doctor *Palacios Valoyes*, era un vendedor de humo, necesariamente actuó precedido del cargo de Fiscal, pues en tal condición lo conocía *Jaime Aristizábal Salazar*. ... y en la misma le pidió que le ayudara", para luego precisar: "Tenía *Aristizábal* la creencia ..., de que éste (el procesado) estaba en capacidad de arreglarle el problema" (f. 750).

6° En resumen, no es que se desconozca el objeto de la competencia dentro del debido proceso; lo que se resalta es que no existe norma que impida prorrogarla y subsanarla o convalidar su eventual defecto, ante la actuación de quien, oficialmente investido de jurisdicción, de mayor rango y razonablemente convencido de que es competente, realice actividades procesales apropiadas, que cumplan las finalidades hacia las cuales estén dirigidas, sin conculcar garantías legítimas como el derecho a la defensa, ni ocasionar efectos anormales o diferentes de aquéllos que se habrían alcanzado por el conducto que después se conceptúe como adecuado.

Además de permitirlo la legislación procesal civil y penal, lo anterior es adicionalmente viable al tratarse no sólo de un mismo título y capítulo, sino de igual hecho punible -concusión-, a cuya ejecución se llega sea por el abuso de la función como del cargo y donde, por tanto, la calificación de la modalidad de conducta pueda ser variada.

7° Contra lo anterior mal podría arguirse, de manera efectista, que convalidar la eventual nulidad por falta de competencia, equivalga a prohijar un quebrantamiento al principio del **juez natural**.

Tal admonición no resulta apropiada, pues con esta norma rectora lo que se procura es la preservación del interés superior a ser investigado y juzgado imparcialmente, por un órgano investido de jurisdicción y previamente erigido de acuerdo con la constitución y la ley, ajeno a presiones y dependencias. Esto es, se proscribe el

procesamiento por jueces especiales instituidos ex post facto, por el riesgo de que se trate de funcionarios sumisos, que no estarían únicamente sometidos al imperio de la ley, de pronto asignados con un mandato específico y una decisión preestablecida.

Así aparece consagrado este principio en la Convención Americana sobre Derecho Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica", noviembre 22 de 1969), aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972:

"Art. 8º. Garantías Judiciales.

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella. ..."

Y el Código Penal vigente en Colombia estatuye:

"Art. 11.**Juez natural.** Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunales especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible, ni con violación de las formas propias de cada juicio".

No es este el caso, pues la correspondiente Sala del Tribunal Superior de Quibdó, evidentemente preexistía al acaecimiento de la concusión, estaba plenamente investida de jurisdicción y ni aun por exceso de suspicacia se habrá pensado que asumió el conocimiento con alguna intención diferente a impartir justicia con imparcialidad.

8º Al Juez le corresponde acatar el debido proceso y, dentro de él, asumir una posición ejecutiva, que evite injustificados percances nugalorios y ayude a superar el marasmo procesal, para honrar las verdaderas prioridades, con lo cardinal delante de lo secundario, de manera que no se sacrifiquen la eficacia de la administración de justicia y sus esfuerzos por arribar a decisiones definitivas, en aras de una eventual irregularidad que ningún efecto anormal o conculcador produjo.

Las nulidades, incluyendo las derivables de la circunstancial falta de competencia en quien sí se halla investido de jurisdicción, no pueden declararse sólo por el quebrantamiento formal de la ley, mientras no conlleven un insubsanable perjuicio real en contra de las garantías fundamentales.

Es además cuestión de escoger entre lo esencial y lo adjetivo, alternativa ya resuelta por la Constitución Política y las leyes

colombianas, que optaron por la prevalencia y la efectividad del derecho sustancial.

Comedidamente,

Nilson Pinilla Pinilla
Magistrado

(fecha: ut supra).

ACCION CIVIL / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / SENTENCIA ANTICIPADA

El artículo 43 del Código de Procedimiento Penal prevé que la acción civil, individual o popular, para el resarcimiento de los daños causados con el delito, puede ejercitarse ante la jurisdicción civil o la penal, a elección del titular.

Dicha facultad de escoger cualquiera de las dos jurisdicciones, y que encuentra plena justificación por el principio de economía, tiene sin embargo excepciones, como, por vía de ejemplo, la del artículo 5° del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 12 de la Ley 365 de 1.997), según el cual, en las sentencias anticipadas "no se resolverá lo referente a la responsabilidad civil" y, en coherencia con ello, el numeral 4° ibidem, al consagrar el interés para apelar esa clase de fallos, no relaciona a parte civil entre los sujetos procesados con tal vocación.

La contundencia y claridad de esos preceptos los tornan refractarios a cualquier perplejidad e incertidumbre, motivo nítido por el cual los sentenciadores de instancia resolvieron de conformidad con los mismos.

Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal.-Santa Fe de Bogotá D.C., dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:DR. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 155. Proceso No. 13957.

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de hecho interpuesto por el apoderado de la parte civil contra el auto de octubre 29 último, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá negó el recurso de casación que se interpuso contra la sentencia anticipada de agosto 21 de año en curso.

ANTECEDENTES

1. En la referida sentencia los procesados *Jairo Fernando Cantor Cárdenas* y *Norberto Fonseca Pico* fueron condenados por los delitos de peculado y falsedad en los cuales fue sujeto pasivo la Caja Agraria Industrial y Minero de esta ciudad.

Dicho fallo (fl. 30) se abstuvo de resolver sobre la responsabilidad civil de los procesados, acatando lo dispuesto por el artículo 12 de la ley 365 de 1.997, el cual modificó el artículo 37B del Código de Procedimiento Penal y prohibió tal pronunciamiento en sentencias anticipadas.

2. Al sustentar el recurso de hecho interpuesto contra la citada decisión denegatoria del recurso de casación (fl. 45), el apoderado de la parte civil manifiesta que con esa impugnación pretende que esta Corte "discuta" (fl. 54) la interpretación que las instancias hicieron del referido artículo 12, el cual, estima, no podía modificar las normas del Código Penal sobre la obligación de condenar en perjuicios en toda sentencia, ni tampoco modificó las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal, por simple "jerarquía de leyes", dice a folio 55, y añade que con la interpretación que critica "se ubica el derecho adjetivo por encima del derecho sustancial".

Pide entonces que se conceda la impugnación extraordinaria negada y se devuelva el proceso para el trámite correspondiente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 43 del Código de Procedimiento Penal prevé que la acción civil, individual o popular, para el resarcimiento de los daños causados con el delito, puede ejercitarse ante la jurisdicción civil o la penal, a elección del titular.

Dicha facultad de escoger cualquiera de las dos jurisdicciones, y que encuentra plena justificación por el principio de economía, tiene sin embargo excepciones, como, por vía de ejemplo, la del artículo 5º del artículo37B del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 12 de la ley 365 de 1.997), según el cual, en las sentencias anticipadas "no se resolverá lo referente a la responsabilidad civil" y, en coherencia con ello, el numeral 4º ibídem, al consagrar el interés para apelar esa clase de fallos, no relaciona a parte civil entre los sujetos procesados con tal vocación.

La contundencia y claridad de esos preceptos los toman refractarios a cualquier perplejidad e incertidumbre, motivo nítido por el cual los sentenciadores de instancia resolvieron de conformidad con los mismos.

Al respecto dijo esta Sala en auto de mayo 22 de 1.995 (M. P. Dr. Páez Velandia):

"La legitimidad de la personería del postulante constituye condición de procedibilidad de su pretensión y hace parte del ordenamiento jurídico procesal que, como se sabe, es de orden público y de imperativa observancia para el juez, por antonomasia llamado a respetarlo, como árbitro de las garantías constitucionales y legales en el debate sometido a su jurisdicción: no puede el funcionario habilitar, a su arbitrio, a ninguno de los sujetos procesales para ejercitar derechos que la ley no le ha concedido, menos aún cuando a preceptiva es clara y concreta en sus términos, no dando margen a un proceso interpretativo que desborde su tenor gramatical".

Y es que para que en la Corte "se discuta" (son palabras del impugnante) sobre el sentido, alcance y conveniencia del referido numeral 5°, es presupuesto que aquélla tenga competencia para hacerlo, cosa que aquí no se da, por las razones acabadas de exponer.

No se concederá, pues, el recurso extraordinario.

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:

DENEGAR el recurso de hecho interpuesto. En consecuencia NO SE CONCEDE el recurso de casación correspondiente.

En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*, *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

PRUEBA - Inconducencia

La garantía de la investigación integral no se viola simplemente porque el funcionario instructor no haga todo lo que a los sujetos procesales se les ocurra pedirle, pues todo lo contrario, a él como director del proceso le corresponde preservarlo de dilaciones injustificadas, de diligencias inconducentes o superfluas, de tentativas de distracción o de desviación con respecto al objeto principal de la investigación, en fin, de todo aquello que obstaculice indebidamente el alcanzar la meta para lo cual se puso en funcionamiento la actividad judicial.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá, D.C., Diciembre dieciseis de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:DR. Ricardo Calvete Rangel

Aprobado Acta No. 155 Proceso No. 13338

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación discrecional presentada por el defensor del procesado Luis Antonio Moreno Baracaldo, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 53 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo condenó a la pena principal de doce (12) meses de prisión por el delito de Porte Ilegal de Armas.

HECHOS

Entre las once (11 P.M) y las doce (12) de la noche, del día 3 de Enero de 1993, agentes de la autoridad recibieron una llamada de una mujer para informarles que un individuo en estado de embriaguez amenazaba en su casa de habitación con un arma de fuego a Santiago Cabuya Colmenares. *Acudieron a la Carrera 105C #130B-93, sitió indicado por la informante, sorprendiendo a* Luis Antonio Moreno Baracaldo *saliendo de la casa de la persona mencionada. Fue requisado sin hallársele* nada, pero a petición de los testigos *se dirigieron a la parte posterior del casa (lote) y encontraron un revolver*

marca Ruger calibre 38 largo, acerado, No 161-89323, con cuatro cartuchos y dos vainillas.

ANTECEDENTES

El Tribunal Superior confirmó la sentencia dictada por el Juzgado 53 Penal del Circuito, mediante la cual condenó a **Luis Antonio Moreno Baracaldo** *a la pena principal de doce (12) meses de prisión por el delito de Porte Ilegal de Armas de fuego de defensa personal, y le concedió la condena de ejecución condicional.*

Contra dicha decisión el defensor interpuso el recurso de casación excepcional, aduciendo violación al derecho de defensa, y por tanto transgresión de un derecho fundamental.

El Tribunal remitió las diligencias a esta Corporación para que resuelva sobre la admisibilidad del recurso, de acuerdo con la competencia que para ese fin le otorga el inciso 3°, del artículo 218 del Código de procedimiento penal.

LA IMPUGNAXION

Luego de transcribir parte de una providencia de la Sala sobre los requisitos para que proceda el recurso de casación excepcional, y de hacer una presentación sobre los hechos y la actuación procesal, el recurrente dice que en el sumario solicitó la comparecencia de 3 testigos, prueba que fue decretada pero jamás se practicó.

En la fase probatoria del juicio propuso que se recepcionara la declaración de dos personas, pero el juzgado negó la prueba porque "no les aparece cita en el informativo" y debido a que "el mismo profesional del derecho, en la etapa instructiva, también solicitó la recepción de testimonios de personas diferentes a las ahora aludidas, significando que debían deponer sobre los hechos, circunstancias que no solo le restan seriedad a la petición, sino que conllevan a inferir que tales deposiciones no conducen a establecer la verdad sobre los hechos". El juzgado tampoco practicó la prueba testimonial decretada en la instrucción.

Resumiendo, nunca se recibieron las cinco declaraciones pedidas. Tampoco se escuchó en declaración al señor **Santiago Cabuya** *ni a la señora que dicen los policías fue la encargada de llamarlos.*

Esta circunstancia permitió que se violara el derecho de defensa, pues no existió la investigación integral que consagran los artículos 249 y 333 del C. de P.P., si se tiene en cuenta que el indagado acusó a **Cabuya Colmenares** *de ser la persona que "botó" el arma y por tanto de portarla. Además se violó el art. 29 de la Constitución Política, que garantiza el debido proceso, en el cual ha de observarse la plenitud de las formas de cada juicio, la presunción de inocencia, y*

el derecho que tiene todo sindicado a pedir pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra. En últimas la injurada de su representado fue una mera formalidad, pues para nada se tuvo en cuenta lo que dijo, réstándole toda posibilidad de defensa y con ello la sentencia condenatoria se dictó sobre un proceso nulo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El fundamento que esgrime el impugnante para que la Sala haciendo uso de la discrecionalidad que le otorga la ley le admita el recurso, consiste en que a su cliente se le violó el derecho a la defensa y el debido proceso por no haber recibido unos testimonios solicitados durante el sumario, y otros durante el juicio.

Planteado así el argumento, una primera observación que corresponde hacerle es que no basta con afirmar que se dejaron de practicar unas pruebas para que se entienda sustentada la necesidad de que se admita el recurso, pues en esa forma abstracta no se aporta ningún elemento de juicio que lo haga aconsejable, ya que lo importante es que se demuestre la trascendencia de la omisión.

La garantía de la investigación integral no se viola simplemente porque el funcionario instructor no haga todo lo que a los sujetos procesales se les ocurra pedirle, pues todo lo contrario, a él como director del proceso le corresponde preservarlo de dilaciones injustificadas, de diligencias inconducentes o superfluas, de tentativas de distracción o de desviación con respecto al objeto principal de la investigación, en fin, de todo aquello que obstaculice indebidamente el alcanzar la meta para lo cual se puso en funcionamiento la actividad judicial.

2. El defensor dice que las declaraciones pedidas en el sumario se ordenaron pero no se practicaron, sin embargo le faltó aclarar que en forma inmediata se enviaron las citaciones correspondientes a las direcciones suministradas por el letrado sin que los requeridos comparecieran, no obstante que se dejó un margen de tiempo amplio hasta el cierre de la investigación, la cual se produjo sin que el interesado hiciera manifestación alguna al respecto. Y hay más, en la etapa probatoria del juicio no se insistió en esas pruebas ni se aportó ningún dato adicional que hiciera posible su recaudación, lo que indica que la defensa dejó de tener interés en ellas.

La anterior es una situación procesal que ante la fundamentación dada es necesario verificar para resolver sobre la admisibilidad del recurso, pues de lo contrario se daría margen a que con datos parciales se pudiera abrir paso a la impugnación extraordinaria so pretexto de la violación de una garantía fundamental, cuando en verdad no hay ninguna razón que aconseje prolongar el trámite ya agotado en su fase ordinaria.

Dicho de otra manera, el recurrente nada logra con no incluir en la sustentación de la interposición del recurso la realidad procesal completa, ya que de todos modos la Sala la verifica antes de ejercer la facultad discrecional de admitirlo o negarlo.

3. Los testimonios pedidos en la etapa del juicio fueron negados por el juzgado en los términos que transcribe el impugnante en su escrito, esto es, por ser inconducentes e impertinentes. Luego si no se practicaron no fue por arbitrariedad del juzgador, sino porque había razones de peso para no hacerlo, hasta el punto de que el defensor no interpuso ni reposición ni apelación contra ese auto, siendo muy extraño que tratándose del mismo abogado, ahora pretenda constituir en motivo de casación lo que en su momento no le ameritó ni siquiera una manifestación de inconformidad ante el mismo juez que decidió.

4. En síntesis, el recurrente no da ninguna razón que indique la posibilidad de que en el proceso adelantado contra su poderdante se hubiere afectado el derecho a la defensa o al debido proceso, que son las garantías que enuncia como violadas, antes bien, su propio escrito permite inferir que la actuación se ajustó a derecho, por lo tanto no existe la necesidad de que se autorice el trámite del recurso de casación excepcional.

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

RESUELVE:

Inadmitir el recurso extraordinario de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado ***Luis Antonio Moreno Baracaldo.***

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Montilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Dídimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*, *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / CASACION - Competencia

La Corte carece de facultad para decidir sobre la sustitución de la medida de aseguramiento, pues la competencia durante el trámite de la casación se limita a las cuestiones inherentes al recurso mismo, sin que pueda revisar los fundamentos fácticos y jurídicos de tal medida, ya que ello implicaría formular, prematuramente, juicios de valor sobre la juridicidad de la sentencia censurada.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente:Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda.*

Acta Nº 157 Proceso No. 13969

VISTOS

Pronúnciase la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia acerca de la petición de sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta a la procesada *Rocío del Pilar Barón Zambrano*, por la detención domiciliaria.

LA CORTE CONSIDERA:

1. A *Rocío del Pilar Barón Zambrano* se le impuso por parte de un Fiscal de la ciudad de Neiva medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por el delito de peculado por apropiación. Transcurrida la fase sumarial se le acusó en idénticas circunstancias, pero sustituyéndose la detención preventiva por la domiciliaria. Así las cosas, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad decidió condenarla por el delito de peculado culposo, otorgándole el subrogado de la condena de ejecución condicional, por lo que la liberó inmediatamente. Recurrida la sentencia, se modificó en el sentido de condenarla por el delito de peculado por apropiación, imponiéndole 5 años como pena, por lo que se ordenó su captura, la cual se logró el pasado 16 de julio.

2. Bajo argumentos de conveniencia, procedibilidad y "política criminal", su defensor solicita se le conceda nuevamente la detención domiciliaria.

3. Como quiera que han arribado a esta Corporación las diligencias con demanda de casación contra la sentencia condenatoria de segundo grado, corresponde a la Sala pronunciarse sobre la solicitud.

4. No obstante el juicioso estudio efectuado por el abogado, debe advertírsele que su petición será resuelta adversamente por las siguientes razones:

Esta Sala ha sostenido en varias oportunidades que no le asiste competencia para resolver incidentes, peticiones y trámites ajenos a la esencia del recurso extraordinario de casación, cuando por razón del mismo, el proceso se encuentre ante esta Corporación.

Excepcionalmente se ha manifestado la posibilidad de resolver solicitudes de libertad cuando se trate de las eventualidades señaladas en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el legislador dispuso en la misma norma que la decisión atinente a la libertad provisional por pena cumplida, será tomada en cualquier estado del proceso.

Como corolario de lo anterior se infiere que la Corte carece de facultad para decidir sobre la sustitución de la medida de aseguramiento, pues la competencia durante el trámite de la casación se limita a las cuestiones inherentes al recurso mismo, sin que pueda revisar los fundamentos fácticos y jurídicos de tal medida, ya que ello implicaría formular, prematuramente, juicios de valor sobre la juridicidad de la sentencia censurada.

Por consiguiente, la petición que se reclama no es posible considerarla ahora por parte de la Sala, debiéndose abstener de entrar en su estudio.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de considerar la petición del apoderado de la procesada *Rocío del Pilar Burón Zambrano* por las razones anteriormente expuestas.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Galvez Argote, *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel* (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda* (no firmó).

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA / DETENCION DOMICILIARIA

No puede, en todo caso, confundirse la suspensión de la detención preventiva en los términos del artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, con la detención domiciliaria, que regula el artículo 396 del mismo Estatuto, pues el único elemento común de tan disímiles figuras procesales es el de la utilización del domicilio, que en la primera se impone como obligación de permanecer en él, mientras que en la segunda se usa para en tal lugar sea donde se "verifica la detención preventiva", evidenciándose en éste caso que el sindicado sigue con su derecho fundamental a la libertad de locomoción restringido y es por ello que descuenta pena; en el primer caso es un régimen de libertad controlada que es bastante lejano como concepto jurídico de uno de privación de la libertad.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D.C., diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997)

Magistrado PonenteDr. Carlos E. Mejía Escobar

Aprobado Acta No. 157 Proceso No. 12966

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la solicitud de libertad del procesado *Fantino Rada Victoria* que ha presentado su defensora suplente.

ANTECEDENTES

El doctor *Fantino Rada Victoria* fue condenado a la pena principal de 3 años y 6 meses de prisión por el Tribunal Nacional como autor de los delitos de Prevaricato por Acción y Abuso de Función Pública, lapso que actualmente descuenta en la Cárcel del Distrito Judicial de Cali (patio especial).

Mediante escrito presentado por su apoderada suplente, se solicita su libertad inmediata por cumplimiento de las dos terceras

partes de la condena, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 72 del Código Penal.

Afirma la defensora que el doctor *Rada Victoria* se encuentra detenido desde el 24 de enero de 1995 hasta la fecha, pues luego estuvo detenido domiciliariamente hasta el mes de junio de 1997, sin que entre esas fechas haya existido solución de continuidad.

Finaliza explicando que como la detención domiciliaria, equivale a detención efectiva, su defendido ha descontado a la fecha 34 meses de la condena impuesta, cantidad superior a los 28 meses que constituyen las dos terceras partes de aquella.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La solicitud de la defensora suplente del doctor *Rada Victoria* ha de tramitarse conforme a lo dispuesto por el artículo 415, ordinal 2° del Código de Procedimiento Penal, habida cuenta que el proceso dentro del cual fue condenado se halla pendiente del recurso de apelación interpuesto por el procesado.

2. En este orden de ideas, para determinar si se han cumplido o no los requisitos de la norma, en concordancia con el artículo 72 del Código Penal, debe en primer término verificarse la dosificación de la condena, encontrándose que esta fue fijada por el Tribunal Nacional en 3 años y 6 meses (42 meses) (folio 105, cuaderno original No. 3).

3. En cuanto al lapso que el doctor *Fantino Rada Victoria* ha descontado de esa pena, se tiene: fue privado de la libertad, por primera vez, el 24 de enero de 1995 (folio 36, cuaderno original No. 2) y permaneció en tal condición hasta el 2 de febrero de 1995 (folios 98 y 99, cuaderno original No. 2) día en que se hizo efectiva la suspensión de la detención preventiva que se decidió por resolución del 31 de enero de 1995 proferida por un Fiscal Delegado de la Unidad ante el Tribunal Nacional (folio 87, cuaderno original No. 2).

Fue recapturado posteriormente el 19 de junio de 1997 en las instalaciones de la Seccional Valle del Cauca del DAS (folio 2, cuaderno de la Corte) y permanece desde tal fecha privado de la libertad.

4. Significa lo anterior, que el doctor *Rada Victoria* habrá descontado para el próximo 19 de diciembre de 1997, 6 meses y 8 días de la pena que le fue impuesta guarismo evidentemente inferior al de 28 meses que constituyen las dos terceras partes de aquella y es por tanto el requisito objetivo que debe cumplir de conformidad con lo dispuesto por las normas que regulan el beneficio solicitado por su defensora suplente.

5. No resultan afortunadas las contabilizaciones hechas por la defensora del procesado, que parten del equivocado supuesto de hecho de la existencia de la figura de la detención domiciliaria durante el lapso de privación de la libertad del doctor *Rada*, situación de la que no hay constancia procesal que haya ocurrido.

No puede, en todo caso, confundirse la suspensión de la detención preventiva en los términos del artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, con la detención domiciliaria, que regula el artículo 396 del mismo Estatuto, pues el único elemento común de tan disímiles figuras procesales es el de la utilización del domicilio, que en la primera se impone como obligación de permanecer en él, mientras que en la segunda se usa para en tal lugar sea donde se "verifica la detención preventiva", evidenciándose en éste caso que el sindicado sigue con su derecho fundamental a la libertad de locomoción restringido y es por ello que descuenta pena; en el primer caso es un régimen de libertad controlada que es bastante lejano como concepto jurídico de uno de privación de la libertad.

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

RESUELVE:

1°. NEGAR la libertad provisional solicitada por la defensora suplente del procesado *Fontino Rada Victoria*.

Notifíquese y cúmplase,

Carlos Augusto Gálvez Argote, *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel* (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Mario Mantilla Nouges*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Juan M. Torres Fresneda*, *Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

INDICES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
RELATORIA SALA DE CASACION PENAL
GACETA JUDICIAL SEGUNDO SEMESTRE DE 1997
INDICE ALFABETICO

A

ABUSO DE AUTORIDAD 321
ABUSO DE FUNCION PUBLICA 321
ACCION CIVIL 859
ACCION DE REVISION Prescripción 330
ACCION DE REVISION - Cambio de jurisprudencia 312
ACCION DE REVISION - Extinción de la acción 694
ACCION DE REVISION - Improsegubilidad 330
ACCION DE REVISION - Procedencia 710
ACCION DE REVISION - Procedencia 783
ACCION DE REVISION - Prueba nueva 830
ACCION DE REVISION - Prueba nueva 671
ACLARACION DE LA SENTENCIA 256
ALLANAMIENTO 619
APELACION - Sustentación oral 193
AUDIENCIA ESPECIAL 680
AUDIENCIA PUBLICA 619
AUTO INHIBITORIO 580
AUTO INHIBITORIO 831

C

CALIFICACION DEL MERITO DEL SUMARIO 748
CAMBIO DE RADICACION 70
CASACION - Competencia 866
CASACION - Interés para recurrir - Apelación 588
CASACION - No recurrente 508
CASACION DISCRECIONAL 54, 126, 245, 676
CELEBRACION 797
CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA 724
COLISION DE COMPETENCIA - Límites 485
COMPETENCIA FUNCIONAL 837
COMPETENCIA 619, 702
COMPLICE 585
CONCILIACION 593

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL 142
CONFESION 724
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA 82
CONSULTA 277
CONTRAVENCION 79, 186, 401
CULPABILIDAD 239

D

DEBIDO PROCESO 127, 472
DELITO 401
DELITO QUERELLABLE 593
DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Consumación 334
DEMANDA DE CASACION - Requisitos 258, 264, 365, 573, 650
DEMANDA DE CASACION 548
DENUNCIA - Inadmisión 580
DERECHO DE DEFENSA 12, 472, 599, 724
DETENCION DOMICILIARIA 142, 455, 869
DETENCION FISICA 442
DETENCION JURIDICA 442
DETENCION PREVENTIVA - Revocatoria 837
DICTAMEN PERICIAL 371
DOLO 767

E

EJECUTORIA 675, 710, 831, 835
EMBARGO Parte civil 699
ERROR DE HECHO - Apreciación probatoria 555
ERROR DE HECHO 100, 786
ERROR DE PROHIBICION 147
ERROR DE TIPO 147
ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION 427
ERROR IN JUDICANDO 549
ERROR IN PROCEDENDO 549
ESTAFA - Consumación 362, 485
ESTAFA - Cuantía 401
ESTUPEFACIENTES 158
EXTORSION Competencia 136
EXTRADICION Prueba 719

F

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD 786
FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA 599
FAVORABILIDAD 50
FAVORECIMIENTO A NARCOTRAFICANTES 158
FISCAL GENERAL DE LA NACION - Competencia 131
FISCAL 844
FUERO 709, 844

H

HOMICIDIO - Ley 40 de 1993 ..... 312, 680

I

IMPEDIMENTO 710
IN DUBIO PRO REO 239
INDEBIDA DE CONTRATOS 797
INSTIGACION 797
INVESTIGACION INTEGRAL 640
INVESTIGACION PREVIA 580

J

JUSTICIA PENAL MILITAR - En casación 472
LEALTAD DE LAS PARTES 706
LEGALIDAD DE LA PENA 274, 334
LESIONES PERSONALES 186
LIBERTAD CONDICIONAL 356
LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA - Requisitos 451
LIBERTAD PROVISIONAL - Art 415 N 5º CPP 442
LIBERTAD PROVISIONAL 270

M

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO 519, 699, 866
MINISTERIO PUBLICO - Funciones 220
MOTIVACION DE LA SENTENCIA 427

N

NARCOTRAFICO 585, 724
NOTIFICACION - Al Ministerio Público 220
NOTIFICACION Sentencia 286, 675
NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE 220
NULIDAD - Falta de competencia 702
NULIDAD Técnica en casación 58
NULIDAD 220, 472, 599, 724

P

PARTE CIVIL 264
PECULADO POR APROPIACION 12
PECULADO 457
PENA 585
PERITO 386
PERJUICIOS 490
PERSONALIDAD DEL PROCESADO 270
PORTE ILEGAL DE ARMAS 50
PRESCRIPCION 95, 186, 656
PREVARICATO 490, 767
PRUEBA - Aducción 640
PRUEBA - Inconducencia 862
PRUEBA PERICIAL 371
PRUEBA 599, 702

R

REAPERTURA DE LA INVESTIGACION 87
RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS 656
RECURSO DE HECHO 54, 588, 597
RECURSO ORDINARIO- Reposición 82
RECUSACION 710
REFORMATIO IN PEJUS 87, 274, 277, 334
REGIMEN DISCIPLINARIO 82
REPARACION DEL DAÑO 593
RESOLUCION DE ACUSACION 292

S

SANA CRITICA 786
SENTENCIA ANTICIPADA 394, 564, 859
SISTEMA ACUSATORIO - Imparcialidad 619
SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA 969

T

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE 126, 245
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 394, 564, 680, 859
TERMINO 286, 675, 835
TERMINO - Prórroga 139
TESTIMONIO 656
TESTIMONIO - Prueba 412
TIPICIDAD 694
TRASTORNO MENTAL 386

U

UNIDAD PROCESAL 120

V

VIGENCIA DE LA LEY 312, 680
VIOLACION AL REGIMEN LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES 797
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 58, 239, 371, 856, 533, 568
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 239, 356, 533, 568, 650

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
RELATORIA SALA DE CASACION PENAL
GACETA JUDICIAL SEGUNDO SEMESTRE DE 1997
INDICE CRONOLOGICO

REBELION/ LIBERTAD PROVISIONAL/ ANTECEDENTES. El hecho punible de rebelión por sí solo se ha erigido en un motor del quebrantamiento persistente del orden jurídico y de la inestabilidad que con brotes de desesperación acompaña a los asociados y no meramente al establecimiento constitucional. Prueba de ello es que, desde el punto de vista político - criminal legislativo, el Estado se vio compelido a intensificar notoriamente las penas para el solo delito de rebelión (Decreto Legislativo 1857 de 1989, art. 1°), actitud que se sintió necesario prolongar en el tiempo por la vigencia con vocación de permanencia del artículo 8° del Decreto 2266 de 1991.

La enorme confusión que han generado dentro de la población los grupos insurgentes, como aquel en el cual fue hallado incurso el procesado (según el fallo recurrido en casación), y también las dificultades que han generado en la búsqueda de la respuesta adecuada del Estado, se debe a un trastocamiento de los objetivos de tales movimientos cuya rebeldía apunta a un cambio político. De modo que, si se examina el sentido preventivo general (protección social) involucrado en la fórmula de los "antecedentes de todo orden", que refiere el artículo 72 del Código Penal, no se cuenta con la seguridad necesaria para anticipar que se producirá el reintegro pacífico del condenado a la sociedad. En efecto, por una paradoja que no se aviene con los fines buscados, las acciones de la insurrección armada han derivado en el inmenso temor y el sometimiento de la comunidad a cuya redención supuestamente se aspira. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Casación - Libertad. Fecha: 02/10/1997. Decisión : Niega libertad, por ser improcedente; no se examina el recurso de fondo. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Baquero Lopez, Misael. Delitos: Rebelión. Proceso: 13557. Publicada: SI. Véase también en Internet.* 7

DERECHO DE DEFENSA/ PECULADO POR APROPIACION. Si el propósito del demandante era mostrar que la aplicación de la figura de la determinación constituía una falla procedimental atribuible al juzgador de segundo grado, debió apuntar todo su esfuerzo racional a ese objetivo, explicando en qué consistió la irregularidad, la forma como ella concretó las garantías del procesado y trascendió al contenido de la sentencia atacada.

En la configuración del delito de peculado por apropiación, la circunstancia modal que con el vocablo "administración" describe el vínculo entre el sujeto agente y el objeto material del hecho punible, no circunscribe el proceder delictual a la emisión

de un "acto administra-tivo" con validez jurídica ni a la participación exclusiva y excluyente de una sola persona pues la expresión tiene un amplio sentido gramatical, como que involucra a todos aquellos que intervienen y participan permitiendo la ejecución compleja de la función pública. *Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 02/10/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Novoa Rodríguez, Mildaides. Recurrente: Bocanegra Jaramillo, Isabel Amparo. Recurrente: Peñarete Beltrán, Martha Esperanza. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 11657. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 12

PORTE ILEGAL DE ARMAS/ FAVORABILIDAD. 1. La pistola y el revólver, si se atiende a su caracterización por la forma de cargar, se distinguen porque la primera se alimenta por proveedor mientras que el segundo lo hace por un tambor. De modo que la ausencia del tambor y la presencia del proveedor, no significa que el arma corta sea automática, simplemente indica que es una pistola y no un revólver.

2. Frente al recaudo probatorio que obra en el proceso y habida cuenta de la imposibilidad física y legal para aportar otros elementos de convicción, sensatamente se impone la aplicación del apotegma universal de favor rei, para indicar que el arma de fuego en cuestión sólo admite la clasificación en la categoría de defensa personal y no de uso privativo de la fuerza pública. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 06/10/1997. Decisión: Asigna el conocimiento al Juzgado 19 Penal del Circuito de Cali. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Cali. Procesado: Torres, Jaimes. Procesado: Vanegas, Armando. Delitos: Hurto calificado y agravado. Porte de armas de defensa personal. Proceso: 13486. Publicada: Sí. Véase también en Internet.* 50

RECURSO DE HECHO/ CASACION DISCRECIONAL. Si bien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68.3 del C.P.P., compete a la Corte conocer del recurso de hecho cuando se deniegue el de casación, restándose de la casación excepcional, debe decirse, que no es posible la procedencia de dicho recurso, como que es de su resorte exclusivo conceder discrecionalmente el mismo cuando se trate de sentencias de segunda instancia respecto de las cuales no procede la casación ordinaria, ya sea que se trate de aquellas dictadas por los jueces del circuito o que la pena impuesta sea inferior a 6 años o no sea privativa de la libertad. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Recurso de hecho. Fecha: 07/10/1997. Decisión: Declara nulidad de lo actuado a partir de auto que negó el recurso de casación. Procedencia: Juzgado 4º Penal del Circuito. Ciudad: Armenia. Procesado: González Medina, Miriam. Delitos: Hurto agravado. Proceso: 13547. Publicada: Sí. Véase también en Internet.* ... 54

NULIDAD - Técnica en casación/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. 1. Múltiples pronunciamientos irrigan la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de que la causal tercera de casación, por simple que sea su enunciado legal, no se sustrae a la técnica del recurso; la censura en este orden no es de libre formulación, pues, quien pretenda su reconocimiento, debe fundamentar y demostrar la razón de su planteamiento, lo que significa indicar la existencia de las irregularidades sustanciales y la manera como éstas afectan la estructura del proceso, o decir de qué manera se han afectado las garantías de los sujetos procesales o se ha faltado a la competencia, que es en lo que consiste el principio de trascendencia expresamente recibido en el numeral 2º del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal. *

2. Pacífica ha sido la jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que al optar el casacionista por el quebrantamiento directo de la ley sustancial, debe prescindir

del debate probatorio, pues se supone que admite los hechos tal como los consideró demostrados el fallador, para trasladar la controversia al campo inmediatamente legal, bien porque hubo un error de diagnosis o de sentido, era por exclusión evidente de la norma. Pero se advierte que el casacionista abandonó el plano de lo estrictamente jurídico para elaborar proposiciones que lo colocaron de manera indudable en la violación indirecta de la norma sustancial, planteamientos contradictorios que no permiten la prosperidad del cargo. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 07/10/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Recurrente: Ruiz Sanabria, Norberto. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 10977. Publicada: Si. Véase también en Internet* 58

CONTRAVENCION/ CAMBIO DE RADICACION. Las normas que establecen el trámite de los procesos por las contravenciones especiales a que se refieren las leyes 23 de 1.991 y 228 de 1.995, no regulan expresamente el cambio de radicación de esa clase de actuaciones procesales, ni menos aún señalan el funcionario competente para resolver las respectivas peticiones.

De conformidad con el artículo 88 ibidem, el cambio de radicación podrá disponerse cuando, en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Cambio de Radicación. Fecha: 07/10/1997. Decisión: Ordena el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Promiscuo Municipal. Ciudad: Capitanejo. Procesado: Tarazona Mejía, Guillermo. Delitos: Lesiones personales. Proceso: 13629. Publicada: Si. Véase también en Internet 79

RECURSO ORDINARIO Reposición / REGIMEN DISCIPLINARIO /CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. 1.- Los recursos ordinarios buscan corregir los yerros cometidos en las providencias judiciales, mediante un nuevo examen. La reposición constituye un mecanismo que permite al funcionario judicial volver a analizar la solución adoptada para revocarla, reformarla, aclararla, o adicionarla. El estudio de su viabilidad exige, además de la oportunidad, la sustentación, o sea, la exposición de las razones jurídicas por las cuales la providencia se considera errada total o parcialmente, a fin que el funcionario mediante nueva valoración de los hechos y las pruebas la corrija si es el caso.

2. Claramente la Carta le ha otorgado tanto a los Consejos Seccionales como al Consejo Superior de la Judicatura la calidad de órganos judiciales de instancia (art. 254-3) en materia disciplinaria y por eso la ley que desarrolla el precepto respectivo le asignó a aquella entidad el conocimiento de la consulta y los recursos de apelación y de hecho de los asuntos que en primera instancia tramitan las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales. *Magistrado Ponente: Dr. Mario Madrid Nougues. Acción de Revisión. Fecha: 07/10/1997. Decisión: No repone. Procedencia: Consejo Superior. Ciudad: Judicatura. Procesado: Perlaza Alvarez, Oscar. Proceso: 12313. Publicada: Si. Véase también en Internet* .. 82

REAPERTURA DE LA INVESTIGACION/ REFORMATIO IN PEJUS. 1. El artículo 473 del Decreto 050 de 1987, modificado por el artículo 25 del Decreto 1861 de 1989, disponía que vencido el término de reapertura, debería ser cerrada la investigación y fenecido el traslado a las partes, el juez "decretará la cesación del procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación". Es decir, no bastaba

el simple transcurso del tiempo ni la invariabilidad probatoria para que operara la cesación del proceso porque era indispensable una nueva valoración de la prueba y que no existiera mérito para acusar. Imposible determinar la ausencia de fundamentos para proferir resolución de acusación sin analizar la prueba obrante en el sumario, así no se hubiera recaudado ninguna durante la reapertura.

2. La no prohibición de la reformatio in pejus, sufrió modificación sustancial con la promulgación de la Constitución Nacional de 1991 (artículo 31) en cuanto no permite la agravación punitiva cuando el condenado sea apelante único y el artículo 34 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 217 del Código de Procedimiento Penal vigente, que otorga competencia al superior para revisar en vía de apelación únicamente los aspectos impugnados, reforma inspirada en el principio según el cual quien apela a una instancia superior tiene por finalidad la de mejorar su situación jurídica, más no empeorarla. *Magistrado Ponente: Dr. Mario Mantilla Nougues. Sentencia Casación. Fecha: 07/10/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Recurrente: Ibarra Fernández, Narciso Salustino. No recurrente: Mera Benca, Jaime Ernesto. No recurrente: Melo Madroñero, Jose Argemiles. Delitos: Peculado por apropiación. Falsedad documental. Proceso: 10052. Publicada: Si. Véase también en Internet* 87

PRESCRIPCION. El citado artículo 80 del estatuto punitivo, al regular las bases de la prescripción de la acción penal, permite observar que el límite temporal máximo es aplicable tanto a la etapa instructiva como a la del juicio.

De manera que si el lapso mayor de prescripción de la acción penal es de veinte años en su previsión para la fase instructiva, de acuerdo con la remisión que al artículo 80 hace el 84 ejusdem el término extintivo ulterior en la etapa de la causa es de 10 años, equivalente a la mitad del máximo fijado en el referido 80. *Magistrado Ponente: Dr. Mario Mantilla Nougues. Auto Casación. Fecha: 07/10/1997. Decisión: Declara prescrita la acción penal y decreta cesación de procedimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Procesado: Villada Torres, Hugo José Raúl. No recurrente: Martínez Quintana, Luis Alberto. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 12813. Publicada: Si. Véase también en Internet* 95

ERROR DE HECHO. Los errores de apreciación probatoria, llamados de hecho, pueden ser de existencia o identidad. Son de existencia cuando el juzgador supone una prueba que materialmente no está en el proceso, o ignora una que lo integra. Son de identidad, cuando el elemento probatorio es distorsionado en su contenido fáctico, bien porque se le hace decir más de lo que su texto reza, menos de lo que su contenido encierra, o algo totalmente distinto de aquello que en realidad expresa.

Estas modalidades de error de hecho son entre sí incompatibles y por consiguiente imposible de ser alegadas al tiempo y en relación con unos mismos medios de convicción, ya que si la prueba no existe o existiendo ha sido ignorada, mal puede, a la vez, haber sido distorsionado en su contenido fáctico. Para que esta última hipótesis se presente será necesario que la prueba exista materialmente en el proceso y además que haya sido apreciada por el juzgador. *Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 07/10/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Malagón Bermúdez, Jorge Enrique. Delitos. Homicidio culposo. Proceso: 10115. Publicada: Si. Véase también en Internet* 100

UNIDAD PROCESAL. La ruptura de la unidad procesal, cuando no se conculcan las garantías procesales, ninguna consecuencia tiene para la validez del proceso.

Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 07/10/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: San Juan de Pasto. Procesado: Citelly Landazury, Jose Ignacio. Delitos: Falsedad ideológica en documento público. Proceso: 9429. Publicada: SI. Véase también en Internet 120

CASACION DISCRECIONAL / TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE. No es simple casualidad, ni responde a mera liberalidad, que ni el Fiscal, ni la parte civil, ni el tercero civilmente responsable, tengan restringida la posibilidad de solicitar el juicio de necesidad que únicamente la Corte puede formular en función de la procedencia del recurso, ni que los motivos de su admisibilidad sean limitados. Tampoco que tratándose de esta vía excepcional pierdan preponderancia las finalidades de reparación de agravios inferidos a las partes o de efectividad del derecho material (art. 219 C.P.P.), aunque eventualmente la prosperidad del recurso pueda conducir a ellas. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Casación Discrecional. Fecha: 07/10/1997. Decisión: No concede el recurso de casación excepcional. Procedencia: Juzgado 36 Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. No naturales: Tinoco Peña, Wilson Eduardo. Acción: Cubillos Guevara, Maximino. Delitos: Lesiones personales culposas. Proceso: 12862. Publicada: SI. Véase también en Internet* 126

FISCAL GENERAL DE LA NACION - Competencia. Una vez más debe reiterar la Sala que en los asuntos de exclusiva competencia del Fiscal General de la Nación, señalados por la Constitución Política (art. 251) y la ley, y respecto de las investigaciones que atañen a sujetos aforados, no le está permitido delegar las funciones especiales que privativamente se le han atribuido, debiendo asumirlas y ejercerlas directamente.

No obstante, dada la multiplicidad de funciones que administrativa y judicialmente debe cumplir, nada impide que en aras de la celeridad y eficacia de la instrucción y con el fin de asegurar los medios de prueba y evitar que los rastros y vestigios de la ilicitud desaparezcan, comisione a delegados de su dependencia para la práctica de actos procesales que no cambien su potestad funcional frente a los asuntos que le son privativos.

El fuero obliga a que las decisiones fundamentales para los fines del proceso sean tomadas directamente por él, tales como abrir o no investigación, definir la situación jurídica, calificar el mérito del sumario y todas las análogas, pues lo contrario implicaría despojar del fuero y de la garantía de ser investigado y acusado por un funcionario especial como el Fiscal General, al amparado con el. Por tal motivo, tales atribuciones no pueden ser delegadas, so pena de quedar afectadas de nulidad. Pero en cambio, sí puede comisionar para la práctica de pruebas y diligencias que no comporten la toma de decisiones de fondo relacionadas con los objetivos del proceso penal y en las que el comisionado es un instrumento para cumplir con el deber oficial. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Única Instancia. Fecha: 08/10/1997. Decisión: No decreta nulidad invocada. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Ciudad: . Procesado: Vega Goyeneche, Horacio. Proceso: 13085. Publicada: SI. Aclaración de voto Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Aclaración de voto Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Véase también en Internet* 131

EXTORSION - Competencia. El numeral 4° del artículo 71 del C. de P.P, en concordancia con el 16 de la ley 282 de 1996, establece que es de competencia de los jueces regionales el delito de extorsión, cuando la cuantía de lo exigido injustamente sea o exceda de 150 salarios mínimos legales mensuales. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge*

E. Córdoba Poveda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 08/10/1997. Decisión: Declara competencia al Juzgado Regional de Barranquilla. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito. Ciudad: Riohacha. Procesado: Rocha Martínez, Nilson José. Procesado: Oriate García, José Concepción. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Tentativa de extorsión. Proceso: 13658. Publicada: Sí. Véase también en Internet 136

TERMINO - Prórroga. Claro debe quedar que los actos procesales de las partes deben cumplirse en los términos y oportunidades señalados por la ley, o en su defecto por el juez, siendo perentorios, con excepción de la prórroga contemplada en el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, mediante decisión que tome el funcionario judicial que conoce de la actuación. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Casación. Fecha: 08/10/1997. Decisión: Declara desierto el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Procesado: Vera Peralta, Wilson Nurit. Delitos: Homicidio. Proceso: 13499. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 139

DETENCION DOMICILIARIA / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. Tratándose de la detención domiciliaria, ha sido reiterada y constante la posición de la Sala en el sentido de que se trata de una medida de aseguramiento autónoma e independiente de la detención preventiva.

Igualmente, ha sido también constante y pacífico el criterio en el sentido de que habiéndose concedido la detención domiciliaria en el transcurso del proceso, medida que implica que la privación de la libertad, sin encarcelación que se cumple en el domicilio del procesado, al proferirse sentencia de condena negando el subrogado de la condena de ejecución condicional, la orden de cumplir la pena impuesta, implica, de suyo, la consecuente captura para que al procesado pueda trasladársele al sitio de reclusión, ya que por mandato del artículo 198, inciso primero del C.P.P., "se cumplirán de inmediato". Pues "la finalidad del beneficio consagrado en el artículo 398 del Código de Procedimiento Penal (artículo 53 de la ley 81 de 1993) apunta exclusivamente a que el sindicado vaya descontando pena en su domicilio mientras el Estado declara su responsabilidad. Proferida la sentencia de condena y determinada la pena que le corresponde al procesado, en aquellos casos en que el Juez considere improcedente la concesión del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal tendrá que revocar el beneficio concedido (detención domiciliaria), para hacer efectivo el cumplimiento de la sanción impuesta en el fallo de condena. Esto se afirma sin perjuicio de las excepciones consagradas en los artículos 44 y ss. de la ley 81 de 1993" (Auto de noviembre 9 de 1993, M.P., Dr. Gustavo Gómez Velásquez). *Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Casación. Fecha: 14/10/1997. Decisión: Se abstiene de pronunciarse sobre la petición. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Procesado: Galindo Zuluaga, Cesar Iván. Proceso: 13287. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 142

ERROR DE TIPO / ERROR DE PROHIBICION. El defensor acude a la vieja denominación dada a la "defensa putativa" como conducta justificada en el condenado por haber realizado el comportamiento por error "esencial de hecho", descripción que en la legislación de 1936 configuraba la causal de inculpabilidad descrita en el numeral 2° del artículo 23 así:

"2. *Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia*".

Estas clases de error, lo tenía más o menos consolidado la doctrina, convenían cuando la equivocación recaía sobre los elementos constitutivos de la conducta.

sobre una característica del sujeto pasivo o sobre el objeto material, en el primer caso —error de hecho—, o cuando la equivocación versaba sobre la existencia del dispositivo legal que describe la conducta como ilícita o sobre su interpretación, en el segundo caso —error de derecho— (cfr. Reyes Echandía Alfonso - *La culpabilidad*. U.E. de Colombia. 1977 ps.202 y s.s.)

Sin embargo dicha clasificación de las formas de error se fue haciendo insuficiente frente a los criterios que sobre los contenidos de uno y otro concepto se habrían ido delimitando y sobre la imposibilidad dogmática de sostener dicha división, sobre todo porque "todo error jurídicamente relevante es necesariamente un error de derecho" (*Binding*).

De ahí que se terminara sustituyendo ambas modalidades de error por los denominados doctrinalmente error de tipo y error de prohibición. Con el objetivo de superar el absolutismo de la presunción de conocimiento de la ley penal, para destacar, en los primeros el desconocimiento de circunstancias de hecho objetivas pertenecientes al tipo de conjunto, tanto en el ámbito de lo descriptivo como en el de lo normativo, y para recoger en los segundos los que versan sobre la antijuricidad de la conducta.

La defensa putativa, falsa o errónea cabría así, en dichos esquemas, en la categoría de los errores de hecho en la primera fase de la evolución y en la de los errores de prohibición en la segunda, recogidos por el numeral 3° del artículo 40 del C.P. actualmente vigente. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 15/10/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Procesado: Suárez Neira, Julio César. Delitos: Homicidio. Proceso: 9382. Publicada: Sí. Véase también en Internet 147

ESTUPEFACIENTES / FAVORECIMIENTO A NARCOTRAFICANTES. Fueron precisamente razones de política estatal las que determinaron al legislador trazar expresamente en un estatuto normativo las pautas de conducta a ser seguidas por los funcionarios en los casos como éste de conocimiento por el (), con miras a brindar mayor eficacia en la lucha de las autoridades contra el narcotráfico, pues no de otra manera puede entenderse que a la par de los controles establecidos, se sancionara con "mayor gravedad punitiva aquellos comportamientos de los funcionarios o empleados oficiales que faltando a sus deberes funcionales se prestan para el favorecimiento de quienes participan del negocio de la droga, a través de la realización de conductas que, si no existiera esta disposición, estarían previstas de manera más benignamente tratadas, por las normas del C. Penal. *Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 15/10/1997. Decisión: Revoca, condena, concede condena ejecución condicional, compulsa copias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Quibdó. Procesado: Mendoza Villa, Alvaro. Delitos: Favorecimiento a narcotraficantes. Proceso: 10789. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 158

LESIONES PERSONALES / CONTRAVENCION / PRESCRIPCION. En criterio que ahora se reitera, esta Sala precisó en sentencias del 18 de diciembre de 1.989, M.P. Dr. Jorge E. Valencia Martínez (Rév. 3314), 4 de junio de 1.990, M.P. Dr. Jaime Giraldo Angel (Rev. 3955) y 3 de agosto de 1.994, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel (Rev. 8585), que salvo el tema de la competencia, los demás aspectos de que se ocupó la referida Ley 2a. de 1.984 no fueron objeto de estudio y pronunciamiento de constitucionalidad, valga decir, que tanto el procedimiento en ella señalado como el término prescriptivo especial consagrado en el art. 9°, continuaron

vigentes, pues en las posteriores reformas, Decreto 1.450, Ley 55 de 1.984, Decreto 217 de 1.985 y Decreto 0050 de 1.987, estos temas no fueron objeto de regulación, siendo sólo con la entrada a regir de la Ley 23 de 1.991 (modificada por la Ley 227 y 228 de 1.995) y el Decreto Reglamentario 800/91, que delitos como el que ahora nos ocupa, han venido a convertirse en contravenciones especiales, regulándose un procedimiento y fijando la competencia, en primer instancia en los Juzgados Penales o Promiscuos Municipales y manteniendo un lapso de dos (2) años, conforme lo dispone el art. 19 del mismo estatuto. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Acción de Revisión. Fecha: 15/10/1997. Decisión: Declara sin valor la sentencia en cuanto a unos delitos, decreta cesación de procedimiento, impone pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Jurado Cano, Hermes. Procesado: Rojas Roc, Pedro Héctor. Delitos: Hurto. Falsedad en documento privado. Proceso: 10179 Publicada: SI. Véase también en Internet* 186

APELACION - Sustentación oral. El artículo 27 de la ley 81 de 1993 (art. 196B del C. de P.P.), estableció la posibilidad de que la apelación contra la sentencia se sustente de manera oral o escrita, pero sin que tales maneras sean excluyentes entre sí. Así, si todos los recurrentes manifiestan su propósito de sustentarlo por escrito, se surtirá el trámite previsto en el artículo 196 A, esto es, vencido el término para recurrir, el secretario, previa constancia, dejará el expediente a disposición de quienes apelaron, por el término de 5 días, para la sustentación respectiva; y precluido tal lapso, correrá el traslado común a los no recurrentes por el término de 5 días. Pero si cualquiera de los sujetos procesales manifiesta su propósito de sustentar de manera oral el recurso, éste se concederá inmediatamente y no se aplicará el trámite anterior. Si el recurso no se sustenta, se declarará desierto. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Cimoloki Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 15/10/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Rodríguez Ran, Carlos Enrique. Recurrente: Báez Fuentes, Gustavo. Recurrente: Linares, Daniel. Delitos: Falsedad material de particular en doc. públ., Estafa, Falsedad en documento privado. Proceso: 9885. Publicada: SI. Véase también en Internet* 193

NOTIFICACION - Al Ministerio Público / NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE / NULIDAD /MINISTERIO PUBLICO - Funciones. 1. La notificación de las providencias, como proceso comunicación del Estado - jurisdicción con las partes, no constituye un fin en sí misma, pues, además del propósito de publicidad abierta o restringida de la actuación procesal que se cumple con ello, se traduce también en orientaciones para alguna exigencia a los sujetos procesales o se convierte en la puerta de entrada a los recursos. Por ello, si se cumplen los fines para los cuales estaba prevista la notificación que se hace de manera irregular (principio de instrumentalidad de las formas) y además el sujeto procesal agraviado fácilmente convalida el acto viciado por la intervención posterior conforme con la decisión no comunicada (principio de convalidación), obviamente no procedería la nulidad, acorde con las máximas citadas que informan esta clase de sanción procesal, expresamente recibidas en los numerales 1° y 4° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

2. El artículo 277 de la Constitución Política señala como función de este órgano de control, la de "intervenir en los procesos", bien ante las autoridades judiciales ora ante las administrativas, "cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales" (numeral 7°). De modo que, si en un apartado diferente de la norma constitucional aparece la facultad de ejercer la vigilancia superior de quienes detentan las funciones

públicos (numeral 6°), la intervención a que alude el numeral 7° sólo puede entenderse a título de sujeto procesal, pues no habría otra manera, dentro de un proceso penal, por ejemplo, de hacer valer el orden jurídico o de implementar la defensa del patrimonio público o de procurar el respeto a los derechos y garantías fundamentales. Este modo de entender el precepto constitucional, se ha explicitado por el artículo 85 de la Ley 201 de 1995 (orgánica de la Procuraduría General de la Nación), de acuerdo con el cual "En materia penal el Ministerio Público intervendrá, como sujeto procesal, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales" (Se ha resaltado). *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 15/10/1997. Decisión: Desestima los cargos, casa parcial y de oficio en lo que atañe a las penas accesorias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Marta. Recurrente: Flórez Narváez, Ricardo Ramón. Delitos: Lesiones personales. Secuestro simple. Homicidio. Proceso: 9984. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 220

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / CULPABILIDAD / IN DUBIO PRO REO. Aducir o sugerir que se atribuyó delito o se dedujo responsabilidad penal sin culpabilidad, abre el camino bien por la violación directa de normas tan sustanciales como los artículos 2°, 5°, 329 y 340 del Código Penal, por falta de aplicación de los dos primeros y aplicación indebida de los dos últimos, ora por la violación indirecta de los mismos preceptos fundamentales, debido a errores de hecho o de derecho que es preciso individualizar. De igual manera, la capitalización de la regla de solución procesal del in dubio pro reo, según que se haya estimado positivamente por el juzgador o se haya menospreciado su configuración, delinea los dos sentidos indicados de la causal de violación de disposiciones sustanciales, razón por la cual, aquí y allá, el demandante tenía el deber formal de precisar su inconformidad, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Casación. Fecha: 16/10/1997. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Ladino Cañaño, Benjamín Antonio. Delitos: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo. Proceso: 13140. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 239

CASACION DISCRECIONAL / TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE. Si el legislador, a través de este mecanismo excepcional y restrictivo de la casación discrecional, extendió la competencia de la Corte para conocer otros procesos, en procura del desarrollo de la jurisprudencia o la guarda de los derechos fundamentales, resultando la titularidad de su accionar a los sujetos procesales ya mencionados, hay que entender, sin necesidad de acudir a brillantes razonamientos, que la legitimidad para acogerse a este excepcional medio impugnatorio le fue vedada, entre otros, al tercero civilmente responsable; y cuando la claridad y fluidez de la normatividad legal es tan ostensible, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 del Código Civil). *Magistrado Ponente: Dr. Mario Manrique Noguera. Casación Discrecional. Fecha: 16/10/199. Decisión: No acepta el recurso de casación excepcional interpuesto a nombre del tercero civilmente responsable, rechaza por extemporáneo el recurso interpuesto por el defensor. Procedencia: Juzgado 47 Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Borda Chavarro, Luis Enrique. Delito: Lesiones personales culposas. Proceso: 12402. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 245

ACLARACION DE LA SENTENCIA. De acuerdo con el principio de integración previsto en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, la aclaración de la sentencia

debe solicitarse en la oportunidad señalada en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, es decir, dentro del término de ejecutoria, lo que impone al juez pronunciarse mediante auto complementario, respecto de "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella". *Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Auto Segunda Instancia. Fecha: 16/10/1997. Decisión: Aclara valor del salario mínimo mensual para el pago de multa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Quimeno Alvarez, Néstor Olinto. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 12362. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 256

DEMANDA DE CASACION - Requisitos. Las exigencias formales del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que reglan el contenido de la demanda de casación guardan relación con la naturaleza extraordinaria de este medio de impugnación, dentro del cual es de la exclusiva iniciativa del censo la selección y la sustentación de la causal bajo la cual ampara su ataque a la sentencia, autonomía que tiene como contrapartida la neutralidad de la Corte, que no podrá corregir, modificar ni de otra manera exceder los límites que le impone el libelo, restringida como se encuentra por el principio de limitación a responder los cargos de la manera como estos le fueren presentados, con la sola excepción del decreto oficioso de la nulidad o la violación a los derechos fundamentales, la que al no poder ejercer fuera del fallo, supone de igual modo la sujeción de la demanda a las exigencias formales prevenidas.

Dentro de esos ineludibles requisitos resulta insoslayable la necesidad de una fundamentación clara y precisa de la causal seleccionada, tomando cuidado de no incurrir en la presentación de proposiciones entre sí excluyentes o contradictorias, pues, como ya se dijo, frente al principio de limitación no le resultaría posible a la Corte modificar los términos de la demanda, ni escoger a voluntad una pretensión con desmedro de las otras. *Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Casación. Fecha: 16/10/1997. Decisión: Rechaza in limine y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Arias López, Jorge. Delitos: Tentativa de homicidio, Porte ilegal de armas, Homicidio agravado. Procesado: 12693. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 258

DEMANDA DE CASACION - Requisitos / PARTE CIVIL. Sobre la aspiración a modificación del monto indemnizatorio precisa es advertir la falta de interés jurídico del representante de la parte civil para recurrir extraordinariamente, porque la cantidad liquidada en el fallo acusado quedó consentida por él mismo, debido a que su discrepancia con ella, no fue expuesta oportunamente ante el Tribunal, ya que su recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado se interpuso extemporáneamente, según lo revela el trámite del proceso a partir de las notificaciones —cuestión que resta seriedad a su afirmación como censor de haber apelado por esa razón— [fls. 302 y ss.]. *Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 16/10/1997. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Montería. Procesado: Lopera Gómez, Oscar de Jesús. Delitos: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo. Proceso: 12074. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 261

LIBERTAD PROVISIONAL / PERSONALIDAD DEL PROCESADO. Si por personalidad se entiende el conjunto de factores singularizantes del individuo, reflejo de su manera de ser y de actuar, ha de estimarse el comportamiento criminal desplegado, como parámetro decisivo para determinar ese aspecto.

Sobre el particular, la Sala en providencia del 17 de febrero de mil novecientos ochenta y uno dijo:

"La actividad humana, en particular la delictuosa, se ha dicho, es expresión de la personalidad. Una distinción entre delito y personalidad, es ilegítima. En el momento de la infracción, existe una conexión perfecta entre el uno y la otra". *Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación - Libertad - Reposición. Fecha: 21/10/1997. Decisión: No repone providencia que negó libertad. Procesado: Velandia Rodríguez, Luis Alirio, No recurrente: Ramírez Alaiza, James. No recurrente: Minera Salazar, Antonio María. Proceso: 12911. Publicada: Si. Véase también en Internet* 270

REFORMATIO IN PEJUS / LEGALIDAD DE LA PENA. Debe la Sala recordar tal y como lo precisó en la decisión objeto de controversia, que "Es evidente que el juez de segunda instancia no puede estar atado por la ilegalidad que suponga la imposición por parte de su inferior jerárquico de una pena por debajo del límite mínimo, por encima de la sanción máxima, o, en fin, de una naturaleza diversa de la que expresamente le ha señalado la ley. Ya se ha dicho que el principio de la no agravación punitiva por la segunda instancia que consagra la Carta Política en el artículo 31, está condicionado por el también principio de legalidad, lo cual significa básicamente que sólo la pena legal limita la competencia del superior en cuanto a la agravación de la sanción deducida por el inferior (En tal sentido son las fallas de Casación del 29 de julio de 1.992, 6 de octubre de 1.994 y 13 de marzo de 1.997)"

En verdad, la noción que sobre el principio de la reformatio in pejus tiene el defensor de (...) está determinada por la simple literalidad del art. 217 del Código de Procedimiento Penal sin observar que ha sido reiterativa y constante la jurisprudencia de esta Sala en fijar su real contenido y alcance, esto es, en el sentido de considerar que si el juez ad quem advierte una irregularidad en relación con la naturaleza o cuantum de la pena en las hipótesis señaladas, le resulta forzoso corregir el yerro, pues resulta claro que "el artículo 31 de la Constitución Nacional al consagrar la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico", es decir, que bajo ninguna circunstancia puede la reformatio in pejus amparar actos ilegales. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Cortez Argote. Casación Discrecional - Reposición. Fecha: 21/10/1997. Decisión: No repone. Procesado: Escallón Sampedro, Reinaldo. Proceso: 13493. Publicada: Si. Véase también en Internet* 274

REFORMATIO IN PEJUS / CONSULTA. Como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, cuando opera el grado jurisdiccional de la consulta el superior funcional puede revisar en su integridad el fallo así haya sido impugnado, pudiendo incluso agravar la situación del procesado recurrente único. *Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 22/10/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. Recurrente: León Suárez, Carlos Hugo. No recurrente: Tapias Cardona, Martín Gonzalo. No recurrente: Pertuz Villada, Harry Antonio. No recurrente: Rodríguez Arias, Salvador. No recurrente: Ardila Hoyos, Jorge Hugo. Delitos: Concusión. Proceso: 10110. Publicada: Si. Véase también en Internet* 277

NOTIFICACION - Sentencia / TERMINO. La notificación de la sentencia debe hacerse mediante edicto, cuando no ha sido posible notificar personalmente a los demás sujetos procesales distintos al procesado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público, quienes por mandato del artículo 188 del C.P.P. deben notificarse en esta forma.

Si se tiene en cuenta que respecto de las sentencias de segunda instancia, éstas se pueden recurrir en casación "dentro de los quince días siguientes a la última notificación", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 223 del C.P.P., esta clase de fallos solo hacen tránsito a cosa juzgada una vez transcurridos 15 días, después de destijado el correspondiente edicto o de la última notificación personal cuando todos los sujetos procesales lo han hecho de esa manera, siempre que no hayan sido recurridos en casación, pues la impugnación interrumpe su ejecutoria. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación Disrocional. Fecha: 22/10/1997. Decisión: Declara la invalidez del auto del Juzgado, dispone captura, niega por extemporáneo el recurso de casación incorporado. Procedencia: Juzgado 6º Penal del Circuito. Ciudad: Pereira. Procesado: Bayona Cardona, Alvaro. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 13344. Publicada: Si. Véase también en Internet* 286

VIGENCIA DE LA LEY / HOMICIDIO - Ley 40 de 1993 / RESOLUCION DE ACUSACION. 1. Visto que la ley 40 fue insertada en el Diario Oficial número 40726, correspondiente al 20 de enero de 1993, la promulgación se entiende consumada a la media noche de esa fecha (C. R. P. y M., arts. 52, inciso 2º y 60, inciso 1º), y entonces sólo a partir de la media noche del día 20 de enero comienza a regir la mencionada ley (art. 40), sobre todo porque su observancia no puede exigirse antes de que se conozca por obra de su promulgación o publicación en el Diario Oficial.

2. Es obvia la importancia de la resolución de acusación, en el proceso penal colombiano, como que representa el punto de partida del debate público del juicio y el anuncio de las modalidades que revestirá la satisfacción de la pretensión punitiva, razón por la cual se exige suma precisión y claridad en los cargos para facilitar la contradicción y para que la defensa avance univocamente. Para estos fines, el artículo 442 del C. de P. P. dispone las formas básicas del proveído acusatorio, entre las que se destacan, por su relación con el tema discutido, la primera que exige una narración sucinta de los hechos investigados, "con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen", y la tercera, por demandar una "calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal". Este último requerimiento formal debe matizarse con el requisito sustancial de la demostración de la ocurrencia del hecho delictivo (art. 441 ídem), de tal manera que siempre habrá de contener dicha resolución el proceso de subsunción de la conducta circunstanciada en los respectivos tipos legales, sin que sea imperativo citar la pena correspondiente. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 22/10/1997. Decisión: Desestima los cargos formulados por la Procuradora 13. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. No recurrente: Muñoz Corranza, Gabriel. Recurrente: Muñoz Corranza, José Guillermo. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Homicidio. Proceso: 9772. Publicada: Si. Véase también en Internet* 292

ACCION DE REVISION - Cambio de jurisprudencia. Conforme al criterio mayoritario de la Sala, el cambio jurisprudencial debe referirse al criterio que sustentó todo el fallo y, por lo tanto, debe tener como consecuencia que la sentencia condenatoria devenga absolutoria y no simplemente que se reconozca una causal de atenuación o se suprima una de agravación. Cualquier pretensión distinta a derribar la condena revela falta o, por lo menos, insuficiencia de interés y, por ende, es improcedente. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Acción de Revisión. Fecha: 28/10/1997. Decisión: Rechaza in limine la demanda de revisión. Procesado: Barrientos Betancourt, Jorge Orlando. Demandante: Procuradora 86º Judicial, Penal II. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal. Proceso:*

12364 Publicada: Sí. Aclaración de voto: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Aclaración de voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Véase también en Internet 312

ABUSO DE AUTORIDAD / ABUSO DE FUNCION PUBLICA. En el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, en el asesoramiento y otras actuaciones ilegales y en el abuso de función pública, es requisito para su comisión que la gestión indebida del servidor público constituya un acto de abuso de sus propias atribuciones o de usurpación de otras que no le correspondan. *Magistrado Ponente: Dr. Jairo Manuel Torres Fresneda. Unica Instancia. Fecha: 28/10/1997. Decisión: Se inhibe de abrir investigación penal. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Ciudad: Procesado: Olaya Lucena, Jorge. Delitos: Tráfico de Influencias. Proceso: 12728. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 321

ACCION DE REVISION - Improseguibilidad / ACCION DE REVISION. Prueba nueva / ACCION DE REVISION. Prescripción. La revisión de la cosa juzgada sólo es posible cuando ante la demostración de una de las causales taxativamente señaladas en la ley se evidencia la injusticia material del fallo.

Por ello, la demanda habrá de confeccionarse con la más rigurosa técnica, encontrándose entre sus requisitos, los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.

En el caso de la causal tercera es preciso que aparezca que el Estado había perdido la facultad de adelantar el proceso en que se produjo la condena, por prescripción u otro fenómeno extintivo de la acción penal. Y en el de la segunda, no basta que se acredite la existencia de una nueva situación fáctica o probatoria, sino que desde el comienzo debe mostrarse, con un aceptable grado de probabilidad, que de haberse conocido tales pruebas en el curso del proceso, habrían determinado la absolución del sentenciado o la declaración de inimputable.

La prescripción de la acción penal debe ser la del proceso cuya revisión se solicita, es decir, del seguido contra el actor y en el cual fue condenado y no de aquél en donde profirió el dictamen prevaricador. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Acción de Revisión. Fecha: 28/10/1997. Decisión: Inadmite la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pereira. Procesado: Durango Gómez, Octilio. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 13352. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 330

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD - Consumación / REFORMATIO IN PEJUS / LEGALIDAD DE LA PENA. 1. El concepto de disponibilidad, se ha recalcado, no siempre supone una relación material o especial frente a la cosa, pues bien puede suceder que estando la víctima en situación que le vincula de ese modo con ella, sencillamente no puede ejercer ninguna de las actividades que son inherentes a su título jurídico sobre el bien. Por eso es que la esfera de dominio, como concepto que resuelve la situación de apoderamiento por parte del autor del hecho y la desposesión respecto de la víctima, no se resuelve en ninguna de las teorías con que en su momento la doctrina trató de resolver el problema de la consumación del delito contra el patrimonio (aprehensio, amotio, illatio, locupletatio) y antes bien se comprendió con la desaparición que de hecho se podía producir, del ejercicio efectivo de la libertad de disposición del derecho patrimonial, la conducta se entiende perfeccionada, consumada.

2. La Sala ha venido considerando que dada la constitucionalización del principio de legalidad y habida cuenta del mandato que sobre el carácter normativo de la

Carta contiene la propia Constitución, no es posible sostener la prevalencia de la prohibición de reforma en pern de las sentencias (Art 31 C P), para aplicar ésta última disposición en perjuicio de aquél. La garantía fundamental que implica el principio de legalidad (C.P. art 29) no se puede agotar en la recortada perspectiva de la "protección del procesado" en un evento determinado, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley penal a fin de que el Estado (a través de los funcionarios que aplican la ley, esto es, los jueces) no pueda sustraerse de los marcos básicos (mínimo y máximo) de la pena declarada por el legislador para cada tipo penal o para cada clase de hecho punible. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 28/10/1997. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Gómez Ospina, Luis Fernando. Recurrente: Gómez Ospina, José Darío. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 9791. Publicada: Sí. Salvamento Parcial de Voto Conjuez, Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón. Véase también en Internet* 334

LIBERTAD CONDICIONAL / PERSONALIDAD DEL PROCESADO. El artículo 72 del Código Penal señala, como requisitos de naturaleza subjetiva para la liberación condicional del procesado, "que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social", significando así que son varios los elementos de juicio a tener en cuenta por parte del funcionario de conocimiento para realizar un diagnóstico de su personalidad y a partir de él formular una prognosis favorable o desfavorable de readaptación social.

Si entre tales parámetros normativos figura la personalidad del procesado, cualidad conformada por la combinación de todos los factores singularizantes del ser humano y que por lo mismo reflejan su manera de ser y de actuar, ha de considerarse necesariamente el delito cometido como parámetro decisivo para afirmar o descartar el diagnóstico de readaptación social. Ello es así por cuanto el comportamiento desviado es una manifestación de la conducta y ésta refleja la personalidad. *Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Única Instancia. Fecha: 29/10/1997. Decisión: Aprueba el acuerdo de beneficios por colaboración eficaz y niega libertad condicional. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Ciudad: Procesado: Manzur Jattin, Jorge Elías. Delitos: Concusión. Proceso: 0579. Publicada: Sí. Aclaración de voto Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Véase también en Internet* 346

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Cuando se trata de la causal primera de casación, no puede perderse de vista la distinción entre los motivos de violación directa e indirecta de la ley, cuyo fundamento teórico claramente diferenciable para cada una de ellas, como que mientras la violación directa de la ley supone necesariamente yerros del fallador en el proceso de intelección de las normas aplicables al caso concreto, pudiendo incurrir entonces en la falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, la violación indirecta aunque también está referida a yerros de fallador en cuanto a la aplicación o desconocimiento de la norma aplicable al caso, el quebranto se produce por defectos en la labor valorativa de la prueba, o en las disposiciones que se tuvieron en cuenta en dicho proceso intelectivo —normas medio y normas fin violadas—, lo cual puede presentarse debido a errores de hecho o de derecho, bien por suposición, omisión o distorsión probatoria o por falsos juicios de legalidad o de convicción. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Casación. Fecha: 29/10/1997. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Zapata Cartagena, Jesús María. Delitos: Rebelión. Cohecho. Secuestro extorsivo. Proceso: 12744. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 356

ESTAFA - Consumación. De manera reiterada esta Corporación ha precisado que el delito de Estafa se consuma en el lugar donde el sujeto activo obtiene el provecho patrimonial como consecuencia de la inducción en error de la víctima. *Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 29/10/1997. Decisión: Declara competencia al Juzgado 62 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá. Procedencia: Juzgado 2º Penal Municipal. Ciudad: Sogotá. Procesado: Bautista. Evelio. Delitos: Estafa. Proceso: 13657. Publicación: Si. Véase también en Internet* 362

DEMANDA DE CASACION - Requisitos. 1º. Ha sido criterio reiterado de la Corte con el ánimo de evitar desgastes innecesarios, que el recurso de casación por su carácter de rogado está sujeto a una serie de requisitos legales mínimos que el demandante está obligado a respetar so pena de que se rechace el estudio del libelo, como que cada uno de ellos tiene una finalidad específica.

2º. En efecto, es claro que los acápites correspondientes al resumen de los hechos y la actuación procesal, deben obedecer a una presentación objetiva sobre las circunstancias que rodearon el acontecer delictual, así como la actuación procesal debe corresponder a la forma como se rituó el proceso, sin que en ello sea dable hacer críticas o tachas al proceso en general o a la sentencia en particular, pues es en la formulación de los cargos, donde el recurrente debe presentar de manera clara y precisa la causal invocada y en ese orden los fundamentos de ella, esto es, si se trata de yerros in iudicando o in procedendo que pongan en tela de juicio la legalidad de la sentencia. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Casación. Fecha: 29/10/1997. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Recurrente: Villada Baena, Hernán Darío. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 12889. Publicación: Si. Véase también en Internet* 365

DICTAMEN PERICIAL / PRUEBA PERICIAL / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. Es cierto que la estimación juramentada de la cuantía y el valor de los perjuicios puede impugnarse, de conformidad con el artículo 295 del C. de P. P., caso en el cual el funcionario judicial decretará la prueba pericial para establecer lo pertinente. Sin embargo, el respectivo dictamen ha de correr la suerte de cualquier medio probatorio de naturaleza técnica, pues se someterá a los controles de validez y eficacia de que tratan los artículos 264 y siguientes del Estatuto Procesal Penal y, sobre todo, deberá apreciarse por el funcionario judicial conforme con las reglas de la sana crítica (art. 254 ídem), en especial, las que dispone el artículo 273 de la misma obra.

Con apego al principio lógico antecedente consecuente, se dice que la censura por violación directa supone definiciones acordadas sobre los hechos y la prueba de los mismos, de tal manera que la discrepancia se circunscribe a un problema de subsunción o de denotación legal de aquéllos. Es decir, cuando el actor opta por la vía directa, ha lugar a una proposición condicional, porque se entiende que la discusión del encuadramiento legal está supeditada a la aceptación de la verdad fáctica declarada en la sentencia. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Sentencia Casación. Fecha: 30/10/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Naranjo Venegas, Héctor Tiberio. Delitos: Estafa. Proceso: 10005. Publicación: Si. Véase también en Internet* 371

TRASTORNO MENTAL / PERITO. Una evaluación científica de tanta significación en el campo de la imputabilidad penal debe estar precedida necesariamente de un examen personal y objetivo del inculpado por parte del perito psiquiatra, quien para arribar a una conclusión definitiva sobre su estado de sanidad mental al

momento de los hechos imputados, debe auscultar sus antecedentes familiares, personales, sociales y de todo orden con miras a descubrir su verdadero estado psíquico. *Magistrado Ponente: Dr. Mario Mantilla Nougues. Sentencia Casación. Fecha: 30/10/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Delgado Rojas, Eduardo. Delitos: Tentativa de homicidio, Homicidio. Proceso: 9855. Publicada: Si. Véase también en Internet* .. 386

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / SENTENCIA ANTICIPADA. Para la Sala es claro que tal solicitud la puede formular directamente el procesado o por conducto de su defensor, pero que la admisión de los cargos sólo la puede hacer aquel, con el lleno de los requisitos legales, pues en razón de las graves consecuencias jurídicas que de allí se derivan, es un acto personalísimo que únicamente puede ser asumido por el sujeto pasivo de tales consecuencias. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 30/10/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Ochoa Suárez, Yolanda. Procesado: Barón Buitrago, Enrique. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10170. Publicada: Si. Véase también en Internet* 394

ESTAFA - Cuantía / DELITO / CONTRAVENCION. relación a las estafas cuya cuantía para la fecha en que entró en vigencia la Ley 23 de 1991 excedían de diez salarios mínimos legales mensuales, es evidente que la voluntad del legislador fue que mantuvieran su calidad de delitos contra el patrimonio económico, y con posterioridad a dicha Ley no se ha expedido ninguna otra que varíe esa situación, de manera que desde ese punto de vista no tiene asidero invocar el principio de favorabilidad, ya que no existe sucesión de leyes en el tiempo, que es fenómeno que permite seleccionar entre diversas normas cuál es la más favorable para el procesado en el caso concreto.

Ahora, si el tema se reduce a precisar cuál es el efecto que se genera cada vez que el valor del salario mínimo es modificado, con relación a las conductas que en el momento de ejecutarlas superaban los diez salarios mínimos exigidos para considerarlas delito, pero que ante el reajuste ya no los exceden, con certeza se puede afirmar que ninguno. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 05/11/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Azcárate Calero, Gerardo León. No recurrente: Sastoque González, Eduardo. No recurrente: Pinto Sánchez, Carlos Enrique. No recurrente: Mora Pachón, Luis Alberto. No recurrente: Uribe Jaramillo, Rodrigo. Delitos: Falsedad, Estafa, Peculado. Proceso: 11.38 Publicada: Si. Véase también en Internet 401

TESTIMONIO - Prueba. Debe la Sala rechazar que se sostenga en la demanda que "por mandato legal" no se le puede dar credibilidad a una persona simplemente por su condición social o adicción a las drogas, pues si bien esta última sería una razón para analizar esta clase de versiones con el cuidado del caso, ello no significa que haya de descartársele de plano. Si otras pruebas confirman sus palabras, independientemente de su situación de toda clase o sus antecedentes personales, bien podría otorgársele la categoría de verdad. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 05/11/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Contreras Orozco, Germán Arcadio. Delitos: Homicidio. Proceso: 9799. Publicada: Si. Véase también en Internet* 412

DEBIDO PROCESO / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION. 1. Cuando se plantea violación del debido proceso

por defectos de motivación de la sentencia, se impone para el demandante la obligación de demostrar una cualquiera de las siguientes hipótesis: Que el fallo carece totalmente de motivación; que siendo motivado, es ilógico o antievidente; o, que su motivación es incompleta.

2. El error en la denominación jurídica del hecho, ha dicho insistentemente la Corte, constituye un atentado al debido proceso. Por esta razón, cuando el ataque en esta sede involucra la denominación genérica del delito, lo indicado es plantear el cargo al amparo de la causal tercera, con el fin de que la actuación pueda retrotraerse al momento de la calificación, o de la clausura del sumario, según el caso, dependiendo de si el funcionario que formuló la acusación es o no competente para reponerla, y se proceda a un nuevo enjuiciamiento a partir de la tipicidad correcta. *Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 05/11/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Gómez Patiño, José Eusebio. Delitos: Tentativa de homicidio. Porte de armas de defensa personal. Proceso: 9952. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 427

DETENCION FISICA / DETENCION JURIDICA/ LIBERTAD PROVISIONAL - Art. 415 N. 3º C.P.P. 1. La detención preventiva representa la más contundente y grave de las intromisiones de la autoridad estatal en la esfera de la libertad de la persona, no obstante lo cual todos los ordenamientos jurídicos de los países civilizados la autorizan, por la necesidad de defenderse eficazmente del delito y consecuencialmente, de evitar su impunidad, señalándose entre sus finalidades la de garantizar el éxito de la investigación y asegurar la presencia del procesado a la actuación y, particularmente, a la ejecución de la sentencia, en el evento de que llegare a ser condenado.

Pero para que esa detención cautelar o preventiva pueda cumplir sus finalidades debe materializarse o efectivizarse a través de la detención física o encarcelamiento, lo que ha llevado a la doctrina a distinguir entre la detención jurídica y la detención física o captura.

2. Como los objetivos de la detención jurídica no se podrían cumplir si no se materializa, esto es, si la persona no es encarcelada, lo normal es que quien tenga resolución de detención preventiva vigente esté privado de la libertad física. Pero por razones de política criminal, la ley ha previsto excepciones, esto es, eventos en que aunque el procesado continúe jurídicamente detenido quede encarcelado o físicamente en libertad. Tales casos se denominan de libertad provisional o de libertad condicionada o de excarcelación y están contemplados en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Segunda Instancia - Libertad - Fecha: 07/11/1997. Decisión: Niega libertad provisional. Procesado: Durbán Molano, Mario Hernán. Sector Laboral. Procesado: Tolosa Cortés, Jorge Lucas. Procesado: Zambrano, Nohemí Esperanza. Delitos: Peculado por apropiación. Prevaricato por acción. Proceso: 13924. Publicada: Sí. Salvamento de Voto Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Salvamento de Voto Dr. Ricardo Calvete Rangel. Véase también en Internet* 442

LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA - Requisitos. Es necesario reiterar entonces, que en torno al otorgamiento de la libertad provisional, con miras a determinar un pronóstico aproximado de resocialización del recluso, es preciso realizar un examen integral y de conjunto que además del buen comportamiento durante la ejecución penitenciaria y el aprovechamiento del tiempo en actividades laborales e intelectuales, comprenda un estudio de sus "antecedentes de todo orden", dentro

de las cuales se encuentran las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaron la conducta delictiva, elemento que pretende el recurrente se excluya de la evaluación del factor subjetivo, lo cual no es posible pues, como ya se indicó, es la ley que así se lo impone al juzgador. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Casación - Libertad - Reposición. Fecha: 11/11/1997. Decisión: No revoca la providencia por medio de la cual negó libertad. Procesado: Baquero López, Misael. No recurrente: Delgado Baquero, Víctor Manuel. No recurrente: Romero López, Gonzalo. Proceso: 13557. Publicado: Sí. Véase también en Internet* 451

DETENCION DOMICILIARIA. El artículo 396 del Código de Procedimiento Penal dispone que cuando se trate de un hecho punible cuya pena mínima prevista sea de cinco años de prisión, o menos, el funcionario judicial sustituirá la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad, comparecerá al proceso y no coloca en peligro a la comunidad. Negrillas de la Sala.

De acuerdo con la norma transcrita la detención domiciliaria es una medida de aseguramiento y, como tal, eminentemente preventiva o provisional, razón por la que no procede para efectos de pagar la pena impuesta mediante una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada. *Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Única Instancia. Fecha: 11/11/1997. Decisión: Niega detención domiciliaria y se abstiene de resolver solicitud. Procedencia. Corte Suprema de Justicia. Ciudad: . Procesado: Llerena Roca, María del Carmen. Proceso: 12907. Publicado: Sí. Véase también en Internet* 455

PECULADO. El yerro del Procurador Delegado está además alimentado por la creencia infundada de que la secretaria no tenía posibilidad de disposición porque a quien correspondía autorizar su pago era exclusivamente al juez, con lo cual confunde dos conceptos que son diferentes, a saber: a) la disponibilidad jurídica hace relación a que para la comisión del peculado no es necesario que el servidor público tenga directamente la tenencia material del bien, sino que basta que en razón de sus funciones tenga la facultad de disponer jurídicamente del mismo, pues empleando ese poder puede llegar a la apropiación en provecho suyo o de un tercero; y, b) cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia material del bien, y si ella ha llegado por razón de sus funciones, esa relación lo ubica en situación de ejercer un poder de disposición sobre el mismo por fuera de la vigilancia del titular de un poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado, sin que sea necesario que además posea la disponibilidad jurídica. *Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 12/11/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Marta. Recurrente: Campos Torres, Eduardo Enrique. No recurrente: Herrera Ortiz, Ana Himelda. Recurrente: Argenta Rada, Alfredo Alonso. Delitos: Peculado por apropiación, Abuso de función pública. Proceso: 9897. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 457

JUSTICIA PENAL MILITAR - En casación / NULIDAD/ DEBIDO PROCESO/ DERECHO DE DEFENSA. No por el solo hecho de que el demandante haya invocado la causal tercera de casación del artículo 442 del Código Penal Militar y no la del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal puede afirmarse que la demanda impida un pronunciamiento de fondo, pues si bien es cierto que a juicio de la Sala debió invocarse la última disposición por contenerse en un ordenamiento posterior y que regula íntegramente el recurso extraordinario, lo cierto es que se trata de una causal que por igual opera en la jurisdicción castrense y la ordinaria, y ello le resta trascendencia a la informalidad, con mayor fundamento si por

mandato constitucional es el derecho sustancial el que merece prioridad sobre las simples informalidades.

Por principio los vicios atañederos con la debida vinculación del imputado conciernen a la causal tercera de nulidad por desconocimiento del derecho de defensa, pues a pesar de que en su fuente puedan derivar de defectos formales, por vía de ejemplo, en el trámite de la citación, la indagatoria, el emplazamiento o la designación del defensor, lo que en realidad aquí se enerva no es la estructura vertebral del proceso sino las prerrogativas de quien en él interviene como sujeto pasivo de la acción penal, y a quien la Constitución y la ley confieren una serie de instrumentos y garantías para hacer frente al desigual poder punitivo del Estado, medios entre los que pesan particularmente el derecho a conocer oportunamente la imputación, a comparecer y ser oído, a controvertir la prueba que lo incrimine y proponer los medios que le favorezcan, a que se le investigue al lado de lo adverso, lo favorable, a interponer recursos y acceder a una doble instancia, y, en fin, a habilitar su posibilidad de intervenir y usar con oportunidad de todos los mecanismos de favor que se le reconocen.

No empece, y por el destacado motivo de derivar frecuentemente el desconocimiento de esas prerrogativas defensivas de la preterm isión de relevantes formalidades procesales, resulta válido que el actor censure esta clase de vicios bajo cualquiera de los dos motivos. Solo que por corresponder el debido proceso y el derecho de defensa a dos causales legales de nulidad distintas, independientes y autónomas tanto en el texto del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal como en el 464 del Código Penal Militar, esa dispar naturaleza conduce a la disimilitud de los razones del ataque y de la técnica en la formulación que en cada caso se requiere, conllevando a la operancia de su alegación y motivación por separado, como certeramente lo intenta la demanda, obligando la autonomía en su respuesta. *Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Cas. Discrecional. Fecha: 13/11/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. No recurrente: Vidal Vargas, Tobías. Delitos: Deserción. Proceso: 13665. Publicada: SI. Véase también en Internet* 472

COLISION DE COMPETENCIA - Límites. / ESTAFA - Consumación. Es de advertir ante todo que en las decisiones que se profieran para resolver sobre la competencia de un asunto, resulta improcedente toda consideración sobre la atipicidad de la conducta o la responsabilidad del sindicado, pues esos temas se hallan reservados para el funcionario competente y el momento procesal oportuno para las decisiones de fondo.

El tema del conflicto se restringe a los factores que determinan el conocimiento del respectivo asunto como el lugar de ocurrencia, el ámbito funcional, la existencia de fuero, la conexidad o, la materia de que se trata, para cuyos efectos resulta impertinente discutir sobre la "buena fe" con que se haya obrado u otros conceptos análogos.

Procede recordar en relación con el delito de estafa, que éste se consuma con la obtención de un provecho ilícito en detrimento de otro y siendo ello así no solamente es dable afirmar por lo hasta aquí probado que tanto las posibles maniobras engañosas (suscripción de los contratos de promesa de compraventa y arrendamiento y luego la escritura de compraventa) tuvieron ocasión en la ciudad de Armenia sino que, se insiste, fue allí donde se percibió el precio, pues el hecho de haber sido pagada buena parte de esa suma mediante cheques así lo indica, sin que incida en contra de esta conclusión el que el lugar girado tenga su localización en Medellín, pues se trata de instrumentos negociables, idóneos para liberar obligaciones y aptos para ingresar incondicionalmente en el tráfico

comercial. *Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 19/11/1997. Decisión: Atribuye competencia al Juzgado 5º Penal del Circuito de Antioquia. Procedencia: Juzgado 22 Penal del Circuito. Ciudad: Medellín. Procesado: Pantagua Torres, Humberto de Jesús. Delitos: Estafa. Proceso: 13863. Publicada: Si. Véase también en Internet* 485

PREVARICATO / PERJUICIOS. Siendo la administración pública el bien jurídicamente protegido en el delito de prevaricato, no es difícil entender que ella se afecta por el desorden que causa la adopción de resoluciones o sentencias manifiestamente contrarias a la ley, tanto al incumplir el Estado los fines que con estos agentes le conciernen, como por otorgarle el derecho o la razón a quien no es su titular, en detrimento de quien resulta injustamente desfavorecido, y aún por generar en todos desconcierto y desconfianza, sin que por ello derive daño o perjuicio patrimonialmente resarcible. *Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 19/11/1997. Decisión: Revoca ordinal segundo de la parte resolutiva y se abstiene de condenar al resarcimiento de los daños y perjuicios, confirma en todo lo demás. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Carvajal Paredes, María Victoria. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 12834. Publicada: Si. Véase también en Internet* 490

CASACION - No recurrente. El traslado a las partes no recurrentes es una oportunidad que la ley le otorga a quienes no impugnaron el fallo en casación para que se pronuncien sobre la demanda, bien para oponerse a sus pretensiones o para coadyuvarlas, mas no para controvertir la legalidad de la sentencia por iniciativa propia. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 19/11/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. No recurrente: Florido Vargas, Luis Guillermo. No recurrente: Florido Vargas, José Ismael. Delitos: Hurto entre condenados. Proceso: 10526. Publicada: Si. Véase también en Internet 508

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. Para encarar la procedencia de las medidas de aseguramiento no se tiene en cuenta la pena "a imponer", sino el mínimo consagrado en la respectiva disposición legal. *Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 19/11/1997. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Procesado: Abello Padilla, Hugo Gabriel. Procesado: Del Castillo Reina, Roberto Delfín. Delitos: Prevaricato. Concusión. Proceso: 13196. Publicada: Si. Véase también en Internet* 519

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. La distinción que tradicionalmente se ha hecho entre violación directa e indirecta de una norma de derecho sustancial, se fundamenta en la ausencia o presencia de errores de apreciación probatoria en la producción de la infracción. Si el Juez falla en la aplicación o interpretación del precepto legal, sin consideración a la prueba, la violación será directa; pero si marra en el análisis probatorio y, a causa de ello, aplica indebidamente o inaplica la disposición legal, la violación es indirecta. *Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 19/11/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Orjuela, Abelardo. Procesado: Sanabria García, Roberto. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 9571. Publicada: Si. Véase también en Internet* 533

DEMANDA DE CASACION / ERROR IN PROCEDENDO / ERROR IN JUDICANDO. Múltiples veces ha explicitado la Sala que el recurso de casación no está instituido

para reemplazar caprichosamente los fallos de la segunda instancia adversos a los intereses del impugnante. Ese reemplazo, total o parcial, únicamente puede devenir de la demostración objetiva de los errores aducibles a través de la impugnación, que pueden ser jurídicos propiamente tales —vicios in iudicando— o, de actividad —vicios in procedendo— en que haya incurrido el sentenciador, siempre y cuando sean trascendentes, vale decir, eficaces para modificar el sentido o los alcances de la decisión acusada. En tanto la demanda no se allana a estas insoslayables premisas y se limite a comparar la visión de la prueba del censor, extraída de su obviamente interesado criterio sin alusión y demostración de tales errores, con la del juzgador y, a proponer que la Corte, en esas condiciones, prefiera aquélla, fuerza es reconocer que el escrito se sustrae a toda causa de casación y que en definitiva lo que persigue es un debate instancial con replanteamiento probatorio e implícita deslealtad con los sujetos no recurrentes, no admisible, en cuanto la Corte como tribunal de casación también está supeditada a la observancia del debido proceso propio del recurso extraordinario. *Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 19/11/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Recurrente: Valencia Gregorio, Segundo Edgar. Delitos: Homicidio. Proceso: 9666. Publicada: SI. Véase también en Internet* 549

ERROR DE HECHO - Apreciación probatoria. Es reiterada la advertencia jurisprudencial que para que en sede extraordinaria asuma entidad desestabilizadora del fallo de segundo grado, el error de apreciación probatoria que vicie este pronunciamiento debe tener la virtualidad de desquiciar el andamiaje probatorio en que se sustenta mutar bien el sentido, o el alcance de la decisión. Si ese error carece de tal eficacia, es manifiesto su inanidad y no amerita el juicio casacional. *Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 10/11/1997. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio en cuanto a la pena accesoria. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 9258. Publicada: SI. Véase también en Internet* 555

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / SENTENCIA ANTICIPADA. Por tratarse de una sentencia anticipada, la que supone el consentimiento del procesado sobre los cargos que definen su situación provisional, o los de la resolución acusatoria, como aquí ocurriera, anticipándose a fraudes o deslealtades de las partes, previó el legislador la restricción de la apelación a la intervención del fiscal o del ministerio público, morigerando la intervención del defensor y el procesado, al marginar con su arrepentimiento la discusión sobre la existencia del hecho, la tipicidad o la responsabilidad, limitando su interés a la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, los perjuicios o la extinción del dominio sobre bienes. *Magistrado Ponente: Dr. Jairo Manuel Torres Presneda. Auto Casación. Fecha: 20/11/1997. Decisión: Rechaza la limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Zuluaga Ortega, Luis Eduardo. Delitos: Homicidio. Proceso: 12747. Publicada: SI. Véase también en Internet* 564

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Dos clases de transgresión a la ley sustancial para efectos casacionales prevé el numeral 1º del artículo 220 del C. de P.P., dispositivo éste que distingue la violación sin injerencia de la prueba, y la que ocurre con mediación de este aspecto, aclarando que en este último caso, así debe ser alegado por el impugnante.

La primera se conoce como violación directa porque su ocurrencia se centra de manera exclusiva en la norma sustancial por razones de aplicación o de interpretación; y

la segunda como violación indirecta de la ley sustancial porque se origina en la apreciación de la prueba por parte del fallador, de donde resulta la necesidad de que una vez establecido por el demandante el motivo de su disenso con el fallo acusado, exponga clara y precisamente los fundamentos de esa divergencia. Tal es lo que exige el numeral 3º del artículo 225 del C. de P.P. como requisito de orden formal del escrito de sustentación del recurso. *Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 20/11/1997. Decisión: Rechaza la demanda incoada por la parte civil. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: San Gil. No recurrente: Beltrán Martínez, Carlos. Recurrente: Salinas Rojas, Luis Alfredo. Delitos: Homicidio. Proceso: 12196. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 568

DEMANDA DE CASACION - Requisitos. La misma naturaleza rogada del recurso extraordinario de casación, impone al actor el cumplimiento estricto de los presupuestos de forma y contenido expresamente establecidos por la ley, cuya inobservancia inexorablemente conduce al rechazo de la demanda y a declarar desierto el medio impugnatorio. *Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación. Fecha: 20/11/1997. Decisión: Rechaza la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Procesado: Echeverría Prada, Wilson. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 12520. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 573

INVESTIGACION PREVIA / DENUNCIA - Inadmisión / AUTO INHIBITORIO. 1. Las investigaciones previas que cualquier autoridad judicial inicie, de oficio, por denuncia o a petición de parte, tienen distintas posibilidades de finalización: primero, con el proferimiento de auto o resolución de apertura de instrucción, dependiendo de la autoridad que la dicte, cuando el material probatorio recaudado sea suficiente y necesario para declarar cumplidos los propósitos de esta etapa investigativa (artículo 319 del Código de Procedimiento Penal) y sean de tal consistencia que hagan viable, por tanto, adentrarse en la búsqueda de los objetivos señalados en el artículo 334 de la misma codificación; segundo, con la abstención de iniciar instrucción, cuando el material probatorio recaudado ponga en evidencia alguna de las circunstancias que describe el artículo 327 del Código de Procedimiento.

Existe una tercera posibilidad a la que se arriba cuando el proceso investigativo llega a un punto muerto en el que no hay posibilidad de avanzar con seriedad y firmeza hacia la etapa instructiva o de proferir auto o resolución inhibitoria, extremo este en el cual se suspenderá la investigación previa, y aunque la norma no lo menciona, la lógica que integra la normatividad referida al proceso de investigación criminal dentro del Código de Procedimiento Penal, aconseja dejar las diligencias a disposición de las Unidades de Policía Judicial, para que a través de procesos pesquisitorios mienten apoyo pistas que puedan conducir a evitar la impunidad del hecho.

Finalmente existe la figura de la inadmisión de la denuncia, cuando quiera que ella no se encuentre respaldada por una persona identificada o identificable (anónima) o carezca de medios probatorios sobre la comisión de un delito de los que pueda iniciarse una investigación de oficio, supuestos estos en los que conforme al artículo 38 de la Ley 190 de 1995 en concordancia con el numeral 1º del artículo 27 de la Ley 24 de 1992 ni siquiera puede ordenarse la apertura de investigación previa. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Única Instancia. Fecha: 25/11/1997. Decisión: No revoca auto por medio del cual se inhibió de abrir investigación. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Ciudad: . Procesado:*

Moya Angel, Roberto. Delitos: Por establecer. Proceso: 12112. Publicada: Si. Véase también en Internet 580

NARCOTRAFICO/ COMPLICE/ PENA. El delito que se les imputó a los anteriores procesados (art. 33, inciso primero de la ley 30 de 1986) tiene prevista pena de prisión que oscila entre 4 años el mínimo y 12 el máximo, marco punitivo que en razón del agravante a que se refiere el numeral 3° del artículo 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, se mantiene en su límite máximo, pues éste solamente implica duplicar el mínimo, es decir, que en tales eventos la pena es de 8 a 12 años de prisión, para los autores.

Sin embargo, para los cómplices, el artículo 24 del C.P., establece que estos incurren en la misma pena correspondiente a la infracción, pero "disminuida de una sexta parte a la mitad". *Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Casación. Fecha: 25/11/1997. Decisión: Declara ajustada la demanda y declara presentada la acción respecto a otros procesados. Procedencia: Tribunal, Ciudad: Nacional. Procesado: Rojas Rodríguez, Luis Eduardo. Procesado: Vega Castañeda, Rafael Ignacio. No recurrente: Delgado Pizano de Lemus, Gladys. No recurrente: Bayardo Fernández, Arnulfo. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 13739. Publicada: Si. Véase también en: Internet* 585

RECURSO DE HECHO/ CASACION - Interés para recurrir - Apelación. 1. El recurso de hecho tiene como única finalidad determinar si la negativa de conceder el recurso de apelación o de casación, según el caso, tuvo fundamento legal o si por el contrario se dan los presupuestos básicos para su admisión

Por lo tanto, la Corte no puede ocuparse de asuntos diversos a los que son objeto de este tipo de impugnación tales como las supuestas irregularidades que según el encausado se han presentado a lo largo del proceso y que pretende sean tenidas en cuenta por resultar desconocedoras de sus derechos fundamentales.

2. Esta Corporación ha sido unánime en manifestar que cuando uno de los sujetos procesales interpone el recurso de casación sin antes haber apelado el fallo de primer grado siempre que su situación no se haya visto modificada con el pronunciamiento de segunda instancia, carece de legitimidad para acudir a la impugnación por la vía extraordinaria, por no haber manifestado su inconformidad, dentro del término legal previsto para el efecto.

Obedece lo anterior a que las normas procesales que organizan el desenvolvimiento del proceso, son de obligatoria observancia para las partes y por lo tanto deben hacer uso de los distintos mecanismos consagrados para la defensa de sus derechos dentro de las oportunidades consagradas por el ordenamiento jurídico.

Distinto es, y así también lo ha reiterado la Sala, que en virtud del recurso de alzada la situación de la parte no recurrente haya variado desfavorablemente o que contra el pronunciamiento del a quo proceda la consulta, casos en los cuales sí está legitimada para acudir a la casación. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Recurso de Hecho. Fecha: 25/11/1997. Decisión: Declara que estuvo bien denegado el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Mora Serrato, José Luis. Delitos: Acceso carnal violento. Acto sexual violento. Corrupción de menores. Proceso: 13740. Publicada: Si. Véase también en Internet* 588

CONCILIACION / REPARACION DEL DAÑO/ DELITO QUERELLABLE. El artículo 38 del estatuto procedimental penal, consagra la eventualidad de conciliación "durante la etapa de la investigación previa o del proceso", como causa de inhibición de apertura de sumario, preclusión de la instrucción o cesación del procedimiento (inciso 2° lb.), para los delitos que admitan desistimiento y "en los casos previstos en el artículo 39 de este código", es decir, "En los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas, cuando no concurra alguna de las circunstancias de agravación punitiva, consagrados en los artículos 330 y 341 del Código Penal...", de tal suerte que de la norma citada en tratándose de "indemnización integral", sus efectos y consecuencias procesales se producen, aún en la investigación preliminar, si en ese momento los sujetos declaran el haber conciliado sus intereses procesales, tal como lo dispone el inciso 4° del artículo 38 en cuestión:

"No es necesaria audiencia de conciliación cuando el perjudicado manifieste haber sido indemnizado o haber estado de acuerdo con el monto propuesto por quien debe indemnizar". *Magistrado Ponente: Dr. Mario Maniilla Nougues. Única Instancia. Fecha: 26/11/1997. Decisión: Decreta nulidad del auto de apertura de investigación y se abstiene de iniciar instrucción. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Ciudad: . Procesado: Ulel Saad, Vicente. Delitos: Lesiones personales. Proceso: 13270. Publicada: Si. Véase también en Internet* 593

RECURSO DE HECHO. El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal consagra el recurso de hecho cuando el funcionario judicial deniega la apelación formulada contra providencia interlocutoria de primera instancia (art. 202 ibidem), para lo cual el recurrente deberá interponerlo dentro del término de ejecutoria del auto denegatorio. También establece el precepto que: "El mismo recurso procede contra la providencia que deniegue la casación".

A su vez el artículo 208 del estatuto procedimental penal dispone que negado el recurso de apelación o el de casación, el interesado solicitara copia de la providencia impugnada y de las demás piezas pertinentes, las cuales se compulsarán en el término improrrogable de un día y se enviarán inmediatamente al superior. *Magistrado Ponente: Dr. Mario Maniilla Nougues. Recurso de Hecho. Fecha: 26/11/1997. Decisión: Desecha el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca Procesado: Sánchez Pineda, Pedro Aníbal. Proceso: 13607. Publicada: Si. Véase también en Internet* 597

DERECHO DE DEFENSA / PRUEBA / FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA / NULIDAD 1. Resulta por lo tanto erróneo pensar que el derecho a la defensa se desconoce cuando una prueba se practicó en un momento procesal distinto al que había sido solicitado, porque recuérdese que de la forma como está concebido el proceso penal cada etapa que lo compone, llámese previa, de instrucción o de juzgamiento, otorga la posibilidad de evacuar las pruebas que se consideren necesarias, bien a solicitud de parte o de oficio, por parte del funcionario respectivo quien únicamente debe estar guiado por la conducencia y pertinencia de las diligencias a practicar siempre que cuente con los datos suficientes para llevarlas a cabo, así como la legalidad de la oportunidad procesal en que procede a hacerlo.

2. Es cierto que la falta de motivación de la sentencia, desconoce a todas luces el debido proceso y amerita la declaratoria de nulidad, tal como lo señalan la Procuraduría Delegada y los aquí recurrentes.

Lo anterior, por cuanto un fallo condenatorio cuya motivación resulte incompleta e ilógica conculcaría las garantías de los procesados quienes frente a tal circunstancia

se quedan sin saber las razones que tuvo el sentenciador para proferir el fallo condenatorio y genera la imposibilidad de atacarlo mediante los recursos que procedan en su contra. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 26/11/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Recurrente: Arias Sierra, Jose Antonio. Recurrente: Prada Benítez, Alvaro. Recurrente: Ordoñez Bustos, Mauricio. Recurrente: Morales Moscoso, Luis Antonio. Recurrente: Contreras Rojas, Luis Jesús. Delitos: Homicidio agravado, Secuestro, Concierto para delinquir. Proceso: 10477. Publicada: Si. Véase también en Internet* 509

CASACION DISCRECIONAL. En múltiples oportunidades, la Corte ha indicado que la casación excepcional procede contra los fallos de segunda instancia dictados por los tribunales superiores de distrito judicial, Tribunal Penal Militar y el Tribunal Nacional, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad inferior a seis años, y contra la sentencias de segunda instancia dictadas por los Jueces Penales del Circuito. *Magistrado Ponente: Dr. Mario Montilla Noriegas. Casación Discrecional. Fecha: 26/11/1997. Decisión: No concede el recurso de casación discrecional. Procedencia: Juzgado 27 Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. No recurrente: Campos Collejas, Roberto. Delitos: Lesiones personales en occidente de manera. Proceso: 13446. Publicada: Si. Véase también en internet* 616

COMPETENCIA / ALLANAMIENTO / AUDIENCIA PUBLICA / SISTEMA ACUSATORIO - Imparcialidad. El artículo 16 del Decreto 1861 de 1989 prescribía que los jueces antinarcóticos tenían competencia para investigar en todo el territorio nacional, precepto que en tal sentido modificó la más restrictiva previsión del original artículo 316 del Decreto 050 de 1987 (anterior Código de Procedimiento Penal), en actitud positiva que significó la superación de la ingenua concepción de normas localistas y parroquiales, paradójicamente dispuestas para enfrentar una delincuencia dispersa, continuada, extendida como organización por todo el territorio de la nación y hasta comprometida en procedimientos internacionales.

2. No importa que el allanamiento sea un acto de investigación y no un medio de prueba, pues si el mismo se comporta como medio en la formación de la prueba, necesariamente debe impugnarse por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial y no por la de la nulidad.

3. En nuestro singular sistema de tendencia acusatoria, el pliego de cargos es la pieza fundamental de introducción al juicio y, a la vez, es el punto de partida y marco de los debates de esta segunda fase del proceso, y como tal es necesaria su lectura o actualización antes de cualquier intervención de los sujetos procesales en la audiencia pública (C. P. P., arts. 449 y 451).

Lo ideal es que la oralidad y la concentración se cumplan en la sucesión y el intercambio de las distintas posiciones en la audiencia pública, pero la remisión sensata que el fiscal hace a las apreciaciones de la resolución de acusación, pieza que debe declararse conocida en el curso de la misma diligencia, antes que un desatino particularmente puede ser garantía de seguridad, pues, por más que se aline el discurso en la intervención oral, jamás podrán desbordarse gravosamente los cargos consignados en esa limitativa providencia de acusación, aunque obviamente podrá el fiscal solicitar su degradación o inclusive prescindir de la acusación (C. P. P., art. 1259). *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 26/11/1997. Decisión: Declara prescripción, desestima la demanda, casa parcial y de oficio. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Calderón Gómez, Héctor.*

Recurrente: Calderón Cómez, Darío. No recurrente: Yanguma Parra, Leonel. No recurrente: Salas Bustos, Carlos Alberto. Recurrente: Figueroa Vaca, Luis Fernando. Delitos: Falsedad material de particular en doc. priv., Estafa, Falsedad en documento privado. Proceso: 10094. Publicada: Sí. Véase también en Internet 619

PRUEBA - Aducción / INVESTIGACION INTEGRAL. En un sistema procesal penal mixto con tendencia acusatoria como el colombiano, donde el fiscal detenta la dirección del sumario con poder de afectación de la libertad del imputado, el principio de investigación integral legitima el proceso de búsqueda de la verdad material al fijar un lineamiento de imparcialidad en la labor de recolección, formación y aducción de la prueba, y con rango constitucional (art. 250), entronizar la obligación de "investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y... respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten".

Este principio es recogido en los artículos 333 y 362 del Código de Procedimiento Penal, el último de los cuales establece la obligación para el investigador, de hacer constar cuanto el imputado "tenga por conveniente para su defensa o para la explicación de los hechos" y de verificar "las citas y demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones".

Sin embargo, una tal comprobación resultara viable sólo en la medida en que las citas y afirmaciones del procesado revistan un mínimo de racionalidad y verosimilitud, pues el fiscal como director del sumario, mal puede orientar la labor investigativa a comprobar todas las afirmaciones que en su natural interés defensivo haga el imputado.

Tampoco resulta predicable la violación de este principio cuando el instructor, sin escatimar esfuerzos racionales acordes con el apoyo logístico de que dispone para el establecimiento de la verdad, adelanta las pesquisas y diligencias necesarias para practicar la prueba sugerida o solicitada por quien se halla sometido al ejercicio de la acción penal, y ello no resulta posible por circunstancias atribuibles a factores externos a la voluntad del investigador, como sería el caso de un testigo o quien no se le ha podido individualizar, o cuyo paradero se desconoce.

Finalmente ha de advertirse que no toda omisión en la práctica de una prueba solicitada por la defensa repercute inexorablemente en la vulneración del principio de indagación integral, pues para arribar a tal conclusión, la prueba echada de menos tendría que ser a estos efectos y en un plano racional de abstracción confrontada con los restantes elementos de juicio, para deducir la incidencia favorable o desfavorable que tendría en la demostración del hecho punible o la responsabilidad del procesado. *Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 26/11/1997. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Procesado: Díaz Oviedo, Hildebrando. Delitos: Concusión. Proceso: 11126. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 640

DEMANDA DE CASACION - Requisitos / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Es causal de casación, a voces del numeral 1º, segundo inciso del artículo 220 del C. de P.P., la violación de una norma de derecho sustancial proveniente de error en la apreciación de determinada prueba, siendo necesario que así lo alegue el recurrente.

Por su lado, son exigencias de carácter formal de la demanda de casación para otorgar viabilidad al recurso extraordinario, de conformidad con el artículo 225,

numeral 3ª y último aparte de la norma, que el actor indique "en forma clara y precisa los fundamentos" de la causal que se aduce para procurar la quiebra del fallo y que cuando de formular cargos excluyentes se trata, los plantee "separadamente ... y de manera subsidiaria.".

Significa la aludida preceptiva del recurso, que cuando el motivo de la censura es la errada apreciación de la prueba, es deber del abogado demandante, en el ejercicio del derecho de postulación que le asiste, indicar el error de evaluación probatoria que atribuye a la sentencia, individualizando las pruebas en las cuales recayó y demostrando su incidencia en el sentido o el alcance de la decisión que se cuestiona; además, que la fundamentación del reparo ha de ser formalmente inteligible, vale decir, guardar relación de causalidad entre la causal que se alega y los argumentos de soporte; y, finalmente, que cuando se trata de propuestas incompatibles entre sí, se advierta su subsidiariedad. *Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 02/12/1997. Decisión: Rechaza in limine la demanda de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: Jiménez Gómez, Humberto. Delitos: Homicidio. Proceso: 12269. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 650

PRESCRIPCION / TESTIMONIO / RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS. 1. "...con la remisión que al artículo 80 del C.P. hace a su vez el artículo 84 ibídem, no puede menos que concluirse que el término máximo de prescripción en la etapa del juicio es de 10 años, esto es, la mitad del máximo ya fijado en el referido artículo 80, para todos los casos".

2. No cabe duda que el interés del legislador en regular la forma de la citación cubre a la vez la necesidad de asegurar que el funcionario cumpla con la convocación del requerido, como con dar certeza sobre el enteramiento que a éste se hizo, lo que da alcance a dos necesidades instructivas: una hacer constar que el funcionario cumplió con tratar de recaudar las pruebas requeridas, y otra la de facilitar la imposición de una sanción al declarante incumplido.

Pero si como aquí ocurre, ese testigo se presenta y colabora entregando aquella versión que le es requerida, notoria es la inocuidad de cualquier informalidad en su convocatoria, así haya sido que de la citación no quede copia, que ésta se extravíe, o que se haya usado otro mecanismo de comunicación, aún el verbal, lo que no perjudica ni en la forma ni en la credibilidad el dicho recaudado, pues como bien lo anotó el Ministerio Público, el modo de citación no es prerrequisito o condición para la validez del testimonio.

Tampoco se puede predicar la ilegalidad del reconocimiento en fila de personas por el hecho de que en la diligencia no se interrogue al testigo sobre los rasgos físicos de quien ha de serle exhibido, pues bien puede ocurrir que esa descripción ya obre dentro del testimonio previamente rendido. *Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 04/12/1997. Decisión: Declara prescripción, desestima la demanda y fija pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Recurrente: Naranjo Tabaco o Corredor, Luis Daniel. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 10527. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 656

ACCION DE REVISION - Prueba nueva. Si las que se plantean como pruebas nuevas son declaraciones de supuestos testigos presenciales de los hechos, como sucede en el caso examinado, se le impone al demandante explicar quiénes son, sus relaciones pasadas y actuales con el condenado, con la víctima, con sus familias

y allegados, si fueron mencionados dentro del proceso el por qué no declararon, o en el caso contrario el por qué nadie les citó ni hicieron contacto con el fiscal investigador, cómo surgen ahora, cuál fue el medio para contactarlos y saber del conocimiento que tenían sobre lo sucedido e igualmente los intereses en concreto que los motivan en el presente a prestar declaración. Ello para posibilitar el juicio sobre la procedencia de la acción que depende, como lo establece la ley, de la naturaleza novedosa del medio de prueba respectivo.

Si como es natural los nuevos testimonios (o cualquier otra prueba en general), se plantean como soporte demostrativo de una realidad distinta a aquella asumida por el juzgador, a la cual arribó sustentado en el conjunto probatorio obrante al momento del fallo, resulta claro que dicha contraposición de realidades debe ser enfrentada por el demandante, con miras a demostrar de qué manera los nuevos medios probatorios acreditan la inocencia o inimputabilidad del condenado. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Acción de Revisión. Fecha: 05/12/1997. Decisión: Inadmite la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Quibdó. Procesado: Asprilla Moreno, José Antonio. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 13776. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 671

NOTIFICACION - Sentencia / TERMINO / EJECUTORIA. La notificación de la sentencia debe hacerse mediante edicto ante la imposibilidad de notificar personalmente a los sujetos procesales distintos al procesado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público, quienes por mandato del artículo 168 del C.P.P. deben notificarse de esta manera y que además, lo pertinente a la forma como se surte esta notificación debe regirse de acuerdo a lo normado en el C.P.C., dado que el C.P.P. lo previó pero no lo reguló. Por lo tanto, es evidente que para efectos de interponer el recurso de casación, los 15 días a que alude el artículo 223 del C.P.P. comienzan a correr al día siguiente de desfijado el edicto, momento en el que se entiende surtida dicha notificación. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Casación. Fecha: 09/12/1997. Decisión: Rechaza de plano la demanda y declara nulidad del auto del Tribunal. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: González Cardona, Nicolás. No recurrente: Hurtado Alvarez, Gustavo Hernán. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10561. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 675

VIGENCIA DE LA LEY / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / AUDIENCIA ESPECIAL / HOMICIDIO - Ley 40 de 1993. 1. La ley que fija la jurisdicción, la competencia y el trámite se aplica a los procesos que se adelanten durante su vigencia, sin importar si los hechos ocurrieron antes, salvo en lo concerniente a la ley procesal de efectos sustanciales o a que la nueva preceptiva, por razones de conveniencia, establezca puntuales excepciones, como ha ocurrido a lo largo de la historia judicial del país.

2. Las instituciones de la audiencia especial y la sentencia anticipada son prerrogativas que la ley concede al procesado que colabora con la administración de justicia evitándole un desgaste innecesario, pero para acogerse a ellas y tener derecho a la correspondiente rebaja es necesario cumplir con los requisitos formales y, particularmente, temporales que la ley prevé, pues en caso contrario perderían su razón de ser.

3. De este fragmento de la sentencia de exequibilidad fácilmente se deduce que el legislador consagró una regulación punitiva agravada para los delitos que calcula mayormente lesivos de los bienes jurídicos protegidos por el estado de derecho,

cuales sea, el homicidio y el secuestro, sea que se cometan independiente o conjuntamente, de ahí que hable de conexidad axiológica, esto es, de los valores comprometidos en conductas de esa índole, lo que es totalmente distinto de exigir que exista una conexidad comportamental entre los dos, como única hipótesis para aplicar las sanciones que la ley 40 de 1993 establece. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 09/12/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Garzón, Ernesto. Delitos: Homicidio, Porte ilegal de armas de defensa personal. Proceso: 9691. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 680

ACCION DE REVISION Extinción de la acción / TIPICIDAD. Tómese en cuenta que en la oportunidad en que se calificó la idoneidad de la demanda, se precisó que al amparo de la causal segunda de revisión, no resultaba permitido hacer cuestionamientos relacionados con la adecuación típica del comportamiento, las formas de culpabilidad, las circunstancias de comisión del hecho, o cualquiera otra que pudiera incidir en el proceso de individualización judicial de la pena, puesto que las causales de extinción de la acción penal, a las cuales se refiere dicho motivo, comprenden solamente la prescripción, la caducidad de la querella, la ilegitimidad en el querellante o peticionario, haber operado el desistimiento, la conciliación o la indemnización integral en los casos en que la ley le asigna a dichas figuras la potencialidad de concluir el proceso, o la amnistía o el indulto, es decir, a fenómenos de demostración objetiva. *Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Acción de Revisión - Reposición. Fecha: 10/12/1997. Decisión: No reponе providencia mediante la cual se rechazó la demanda. Procesado: González Lizarazo, Alberto. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 13238. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 691

EMBARGO - Parte civil / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. El artículo 52 del Código Procesal Penal prescribe que después de proferida una medida de aseguramiento en contra del procesado, si no se conocieren en concreto bienes de su propiedad o los embargados fueren insuficientes, la parte civil podrá denunciarlos en cualquier momento, correspondiéndole al funcionario decretar su embargo y secuestro en la medida que considere necesaria, previa prestación de caución. *Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Única Instancia. Fecha: 10/12/1997. Decisión: Decreta embargo y secuestro de vehículo, no decreta embargo de salarios. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Ciudad: . Procesado: Cuicedo Huerto, Tomás. Delitos: Falsa denuncia. Proceso: 12291. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 699

COMPETENCIA / FUERO / NULIDAD - Falta de competencia / PRUEBA. Aceptando en vía de hipótesis que el Fiscal carecía de competencia instructiva por haberse establecido ab initio que se trataba de persona aforada, lo único anulable sería la resolución de apertura de instrucción y la indagatoria, si tales actuaciones se hubiesen producido, pero no los actos de prueba. Ha dicho la Corte: "Cuando el Imputado goza de fuero, el auto cabeza de proceso sólo puede ser dictado por la Corporación o el funcionario competente. Si un juez distinto ordena iniciar la investigación, se debe decretar la nulidad de este auto. No obstante, las pruebas practicadas con base en él conservan validez y se entienden incorporadas a las diligencias de indagación preliminar" (auto del 20 de mayo de 1938). *Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Única Instancia - Reposición. Fecha: 10/12/1997. Decisión: No reponе providencia por medio de la cual negó nulidad y cerró investigación. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Ciudad: . Procesado: De los Ríos, Enrique Juvenal. Proceso: 9642. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 702

LEALTAD DE LAS PARTES. El deber de lealtad impuesto por la ley a los sujetos intervinientes en los procesos judiciales, implica, necesariamente, la obligación de actuar con absoluta seriedad y responsabilidad en los planteamientos que se le hagan al órgano jurisdiccional, pues so pretexto de ejercer el derecho de controvertir las decisiones, no es permitido tergiversar su contenido, ni hacer afirmaciones vagas, sin exponer los elementos de juicio que las soporten ni mucho menos allegarlos. *Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Única Instancia. Fecha: 10/12/1997. Decisión: Se abstiene de resolver peticiones. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Ciudad: . Procesado: Maya Angel, Roberto. Procesado: Crispín, Cira. Procesado: Martínez, José. Delitos: Por establecer. Proceso: 13276. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 708

IMPEDIMENTO / RECUSACION /ACCION DE REVISION -Procedencia / EJECUTORIA. 1. La naturaleza y el funcionamiento propios de la institución de los impedimentos y recusaciones, por cuanto apuntan al cumplimiento y efectividad del principio de imparcialidad que concierne a la función jurisdiccional, suponen que ya se ha determinado la competencia por la concreción y/o la concurrencia de los factores que legalmente la delimitan (objetivo, territorial, funcional, etc.). Es decir, como el instituto en cuestión se orienta a eliminar de la actividad judicial los motivos de duda sobre la objetividad, el interés personal y la rectitud de los funcionarios que la impulsan y definen, todo ello presupone que ya está determinada la competencia conforme con las prefiguraciones legales. Con razón, la doctrina pacíficamente sustiene que los impedimentos y las recusaciones son mecanismos de saneamiento de la competencia del órgano jurisdiccional, porque, más allá de la concreción de facultades legales, se trata de asegurar la "capacidad subjetiva del juez".

2. Tanto para expresar la procedencia de la acción de revisión como para asignar competencia, la ley procesal penal se refiere claramente a "sentencias ejecutoriadas" (arts. 68-2, 70-3 y 232). *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Impedimento. Fecha: 10/12/1997. Decisión: Declara fundado el impedimento aducidos por los Magistrados del Tribunal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Procesado: Echeverría de Sanguino, María Del Carmen. Proceso: 13154. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 710

EXTRADICION Prueba. En cuanto a lo previsto en el numeral 4, es importante precisar que, durante el trámite jurisdiccional ante la Corte, la pertinencia de la prueba solicitada debe tener relación directa con los requisitos sustanciales y formales para conceder u ofrecer la extradición y con el objeto mismo del concepto que emite la Corporación antes de la decisión del Gobierno (C. P. P., arts. 549 y 558). *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Extradición. Fecha: 10/12/1997. Decisión: Reduce prueba, deniega solicitud de copias, abre actuación judicial a pruebas. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Estados Unidos de América. Procesado: Stofenmacher Sergio Esteban. Proceso: 13701. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 719

CONFESION / NARCOTRAFICO / CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA / DERECHO DE DEFENSA / NULIDAD. 1. Es imperativo legal del artículo 297 del C. de P. P. previo a la valoración de la confesión en los términos en que lo ordena el artículo 298 del mismo estatuto, que el juez practique las pruebas tendientes a confirmar la veracidad de la confesión y las circunstancias del delito, lo que no implica forzosamente que esas pruebas arrojen ese resultado.

Si en el proceso existe como prueba única la confesión y el investigador no ha cumplido con ese previo imperativo, el juez no puede apreciarla en la forma en

que lo ordena el artículo 298 del mismo estatuto. La apreciación de tal prueba en estas condiciones equivale a concederle "ex-ante" un valor que legalmente no posee.

2. El tipo penal de circunstancia específica agravante del mínimo punitivo consagrado en el numeral 3º del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, es un tipo subordinado del contenido en el artículo 33 de la misma normatividad, por ello la duplicación del mínimo de la pena que prevé hace referencia a "los artículos anteriores", esto es, los artículos 33 a 37 que son todos, descripciones de conductas delictivas de diversa naturaleza dentro de la actividad de narcotráfico, que atentan contra el mismo bien jurídico.

Precisamente por su condición de subordinado del tipo agravante de que se trata, no puede aplicarse de manera independiente, pues únicamente adquiere entidad jurídica en referencia y sólo así, con los tipos básicos a los cuales alude. De tal suerte, el vocablo "cantidad incautada", empleado por el legislador para imprimir mayor drasticidad a la pena mínima de los delitos definidos en los artículos 33 a 37 de la ley en mención, no puede limitarse al significado gramatical del verbo incautar. Éste, haciendo parte del tipo subordinado, pierde también su autonomía y debe ser interpretado dentro del contexto de la normatividad represora del narcotráfico, que no por haberlo empleado solo en la redacción del agravante, excluye de sus efectos la mayor parte de las conductas delictivas que se reprimen, como que las más de las veces la incautación del estupefaciente no llega a materializarse.

3. Toda actuación judicial que conlleve desconocimiento del derecho de defensa así se origine en la propia sentencia constituye un vicio "improcedendo" atacable en casación por la causal 3ª del artículo 220 del C. de P.P., en armonía con el artículo 304-3 ibidem. Sin embargo, planteada la cuestión como una desarmonía entre la acusación y el fallo, nada impide su ataque por la vía de la causal 2a, como lo ha hecho el actor en el presente caso, pues en ambos eventos se llega al mismo resultado, la casación del fallo y la sustitución del mismo directamente por la Corte si el desconocimiento del derecho de defensa tuvo ocurrencia en la sentencia impugnada. *Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Sentencia: Casación. Fecha: 10/12/1997. Decisión: No Casa, declara prescripción en cuanto a un delito, fija pena. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrente: Uscátegui Ramírez, Álvaro Hernán. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Porte de armas de uso privativo de las F.M. Proceso: 9066. Publicación: Sí. Véase también en: Internet* 724

CALIFICACION DEL MERITO DEL SUMARIO. Constituye una garantía del derecho a la defensa y a la legalidad del proceso, el deber del funcionario en adecuar de manera concreta la conducta imputada al procesado, pues de lo contrario se dejaría abierta la posibilidad de que su ataque no cobije todos los cargos probatoriamente evidenciados al momento de la calificación. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 10/12/1997. Decisión: Desestima el 1er cargo de la demanda, casa en cuanto al 2do cargo, casa para... Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Recurrente: Giraldo Giraldo, Julio César. Delitos: Lesiones personales culposas. Homicidio culposo. Proceso: 10362. Publicación: Sí. Aclaración de voto: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Véase también en Internet* 748

PREVARICATO / DOLO. Si la causal de inculpabilidad está plenamente demostrada, esto es, la ausencia de dolo en el actuar de la funcionaria resulta contradictorio afirmar que existe duda en cuanto a si la procesada actuó con culpabilidad dolosa. Si bien una y otra determinación conllevan a la absolución de la procesada, cada una entraña aspectos y consecuencias diferentes entre sí.

De un lado las causales contenidas en el artículo 40 del Código Penal, impiden el nacimiento del hecho punible por ausencia del elemento culpabilidad, que por su carácter netamente subjetivo, operan únicamente en relación con el sujeto agente, en el sentido de que le impiden tener conciencia de la ilicitud de su acción, o desconocen la intención de realizar el tipo.

En el caso del error, tanto el de tipo como el de prohibición, excluyen el dolo ya que debido a la errada apreciación fáctica o la equivocada apreciación de una norma, el sujeto actúa creyendo que lo hace conforme a derecho, bien porque considere que en su conducta no se dan los elementos del tipo, bien porque cree que ella está amparada por una causal de justificación.

Por su parte, el principio del in dubio pro reo hace referencia a la duda que se le presenta al funcionario judicial, sobre la responsabilidad del sujeto con base en el material probatorio recaudado en el proceso y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 10/12/1997. Decisión: Confirma sentencia absolutoria con aclaración hecha en la parte motiva. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Quibdó. Procesado: Mosquera Murillo, Ligia María. Delitos: Prevaricato. Detención arbitraria. Proceso: 11061. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 767

ACCION DE REVISION - Procedencia. Es requisito de procedencia de la acción de revisión, según el primer inciso del artículo 232 del C. de P.P., que la sentencia que se pretende demandar se halle ejecutoriada. A su vez, el artículo 284 de la misma normatividad dispone en su numeral 4°, que en la demanda se relacionen "las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición", y, en su inciso final, que "Se acompañará copia o fotocopia de la decisión de la primera y segunda instancia y constancia de su ejecutoria, según el caso, proferidas en la actuación cuya revisión se demanda". *Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Acción de Revisión. Fecha: 10/12/1997. Decisión: Reconoce apoderado e inadmite la demanda de revisión. Procedencia: Juzgado 4° Penal del Circuito. Ciudad: Sincelejo. Procesado: Pupo Monterroza, Yudy Inés. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 13930. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 783

ERROR DE HECHO / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / SANA CRITICA. El censor no solamente se desvía de modo ostensible de la línea de ataque que escogió y esgrimió (error de hecho por ignorar unas pruebas) para penetrar en un campo vedado en esta sede de casación y que, además, el actor no adujo: el falso juicio de convicción, hoy, por regla general, no de recibo ante la ausencia de tarifa legal; ya la Sala viene repitiendo que cuando en el análisis de la prueba testimonial el sentenciador se aleja de la sana crítica, de la lógica y de las reglas de la experiencia, incurre en un error de hecho por falso juicio de identidad con el proceso. *Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 10/12/1997. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. Recurrente: Cruz Naranjo, Carlos María. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 9712. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 786

VIOLACION AL REGIMEN LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INSTIGACION / CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS. Es claro que no puede predicarse del contratista la autoría material, con ello no se está diciendo que la conducta de quien conociendo la incompatibilidad para contratar con el Estado lo hace con la complacencia del empleado oficial, o usufructuando su ignorancia o su error, escapa a la regulación legal, pues para llegar a una

conclusión en ese aspecto es necesario analizar el comportamiento a la luz de las reglas que rigen las diversas formas de autoría y de participación, a lo cual se procede así:

El artículo 23 del Código Penal le da tratamiento de autor no solo a quien realiza el hecho punible, sino a quien determina a otro a realizarlo, lo que significa que al instigador, que en realidad es un partícipe, la norma le extiende la consecuencia aplicable al autor.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el tipo en estudio tiene entre sus características las de ser especial y propio, por cuanto el sujeto activo es cualificado, y no tiene correspondencia con un tipo común.

Sentadas estas bases, una primera conclusión a la que se llega es descartar la autoría mediata, esto es, aquella en la cual el agente se vale de la ignorancia, del error, de la coacción insuperable, o de la inimputabilidad de la persona que realiza directamente la conducta típica. La razón es que el autor mediato es un verdadero autor, pues realiza el hecho punible valiéndose de la actividad de una persona a quien utiliza como instrumento, lo que indica que cuando se trata de un tipo especial debe reunir la cualificación allí prevista, en este caso, la de empleado oficial en ejercicio de sus funciones.

No ocurre lo mismo con la instigación, entendida como una forma de participación que consiste en determinar a alguien a la comisión dolosa de un delito, pues para ser responsable por ese comportamiento, aún tratándose de un tipo especial propio, no se necesita reunir la cualificación exigida para ser sujeto activo, de modo que un particular puede ser instigador de un prevaricato, de un peculado por apropiación, o de una celebración indebida de contratos, etc.

La instigación se puede lograr mediante el ofrecimiento de remuneración, a través de consejos, de promesas, utilizando la autoridad o el ascendiente que se tiene sobre la persona que se quiere determinar, con amenazas, haciéndole saber el deseo de que actúe de determinada manera a quien está en deuda o depende económica o laboralmente del instigador, o en fin, con cualquier medio que haga surgir en el autor la decisión de realizar el hecho.

La persona que celebra con una entidad estatal un contrato a sabiendas de que se encuentra impedida, tiene la calidad de servidor público en ejercicio de funciones, por lo tanto incurre en el delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, a título de autor, y con independencia de la responsabilidad que se derive para el servidor público que actúa en representación del Estado. *Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Única instancia. Fecha: 16/12/1997. Decisión: Declara prescripción, precluye instrucción, profiere resolución de acusación, revoca libertad provisional. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Ciudad: . Procesado: Jaimes Ochoa, Adalberto. Delitos: Violación al R. de incompa. e inhab. Proceso: 8602 Publicada: St. Salvamento Parcial de Voto Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.. Véase: también en Internet* 797

AUTO INHIBITORIO/ EJECUTORIA. De conformidad con el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, la resolución inhibitoria puede ser impugnada por el Ministerio Público, el denunciante o querellante, mediante recurso que debe ser interpuesto "desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres días, contados a partir de la última notificación", según previsiones que al respecto trae el artículo 196 ejusdem.

Significa lo anterior, que si han transcurrido los términos legalmente establecidos para que tal decisión adquiera ejecutoria formal, sin que se hubiese interpuesto oportunamente recurso alguno, el proveído se torna inmodificable, subsistiendo solamente la posibilidad de revocarla, de oficio o a petición de parte, en los términos del artículo 328 del C. de P. P..

Es así como, "el denunciante o querellante podrá insistir en la apertura de la instrucción, solamente ante el funcionario que profirió la resolución inhibitoria, siempre que aparezcan nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para proferirla". *Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Unica Instancia. Fecha: 16/12/1997. Decisión: Niega pretensión. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Ciudad: _. Procesado: Canossa Guerrero, Francisco. Delitos: Prevaricato por acción, Prevaricato por omisión. Proceso: 12143. Publicada: Si. Véase también en Internet* 831

TERMINO / EJECUTORIA. Es claro que el proceso se encuentra surtiendo el trámite correspondiente al recurso extraordinario de casación interpuesto por (...), luego hasta el momento el fallo no ha cobrado ejecutoria, firmeza que adquiere una vez sea resuelta la impugnación, por cuanto dicho término no corre de manera individual para cada uno de los sujetos procesales. *Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Acción de Revisión. Fecha: 16/12/1997. Decisión: Reconoce personería y rechaza la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Barranquilla. Procesado: De La Hoz Bonet, Nadín Antonio. Delitos: Homicidio. Proceso: 13715. Publicada: Si. Véase también en Internet* 835

COMPETENCIA FUNCIONAL / DETENCION PREVENTIVA -Revocatoria. La solicitud de revocatoria de la detención preventiva elevada por los procesados bajo ningún aspecto será considerada. Sencillamente porque la competencia de la Corte se encuentra limitada exclusivamente a dirimir la controversia de competencias planteada y sólo a ello. Al respecto el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal prescribe que las nulidades a que hubiere lugar sólo podrá decretarlas el funcionario judicial en el cual quede radicada la competencia y, mientras se dirime el conflicto, " lo referente a las medidas cautelares será resuelto por el juez que tuviere el proceso en el momento en que deba tomarse la respectiva decisión". vale decir el que aceptó la colisión de competencias. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 16/12/1997. Decisión: Declara competencia al Juzgado Regional de Medellín. Procedencia: Juzgado 5º Penal del Circuito. Ciudad: Pereira. Procesado: Murillo Valencia, Pablo Alfonso. Procesado: Pedraza, Luis Enrique. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 13833. Publicada: Si. Véase también en Internet* 837

FUERO / FISCAL. El artículo 70, literal e del Código de Procedimiento Penal consagra un fuero legal para el juzgamiento de los fiscales ante los juzgados, adscribiendo dicha competencia a los Tribunales Superiores de Distrito, en Sala de Decisión Penal, siempre y cuando se trate de delitos que dichos servidores públicos cometan "por razón de sus funciones."

Tal fuero, sin embargo, dista de ser personal o referente a la investidura, pues ni se extiende a la totalidad del tiempo en que el fiscal se desempeñe como tal, ni cubre toda clase de infracciones, sino tan sólo aquellas que se cometan dentro de su ejercicio funcional o por razón del mismo, lo excluye no solamente los llamados delitos comunes, sino aún los de responsabilidad que se cometan con el solo abuso del cargo, lo que parece indicar que esta competencia especial refiere a aquella responsabilidad adicional que la Constitución Política adjudica en su

artículo 6, a los servidores públicos, que a diferencia de los particulares, no solo se deriva de la simple infracción a la constitución y a la ley, sino además "por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

Tan específica atribución implica, entonces, dentro de otras consecuencias, que para aquellos delitos en que a cuya ejecución se llega tanto por el abuso de la función como del cargo, la competencia se escinda, cubriendo el fuero con exclusividad el evento primero, en tanto que si la infracción ocurre por un abuso de la investidura, habrán de conocer los funcionarios ordinarios, con sujeción a los demás factores que determinan su intervención en cada caso concreto

Tal es lo que sucede, entre otros, frente al delito de concusión, donde la descripción legal del tipo (artículo 140 del Código Penal, modificado por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995) adrede la ejecución de la conducta, sea porque el servidor público abuse de su "cargo" ora "de sus funciones", siendo entendido que su alcance queda restringido a la segunda de estas dos hipótesis puntuales. *Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Segunda Instancia. Fecha: 16/12/1997. Decisión: Decreta nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Quibdó. Procesado: Palacios Valoyes, Adalberto. Delitos: Concusión. Proceso: 13303. Publicada: SI. Salvamento de Voto Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Véase también en Internet* 841

ACCION CIVIL / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / SENTENCIA ANTICIPADA. El artículo 43 del Código de Procedimiento Penal prevé que la acción civil, individual o popular, para el resarcimiento de los daños causados con el delito, puede ejercitarse ante la jurisdicción civil o la penal, a elección del titular.

Dicha facultad de escoger cualquiera de las dos jurisdicciones, y que encuentra plena justificación por el principio de economía, tiene sin embargo excepciones, como, por vía de ejemplo, la del artículo 5° del artículo37D del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 12 de la Ley 365 de 1997), según el cual, en las sentencias anticipadas "no se resolverá lo relativo a la responsabilidad civil" y, en coherencia con ello, el numeral 4° ibidem, al consagrar el interés para apelar esa clase de fallos, no relaciona a parte civil entre los sujetos procesales con tal vocación.

La confundencia y claridad de esos preceptos los toman refractarios a cualquier perplejidad e incertidumbre, motivo nítido por el cual los sentenciadores de instancia resolvieron de conformidad con los mismos. *Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Recurso de Hecho. Fecha: 16/12/1997. Decisión: Deniega el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Fonseca Pico, Norberto. Procesado: Cantor Cárdenas, Jairo Fernando. Delitos: Falsedad. Peculado. Proceso: 13957. Publicada: SI. Véase también en Internet* 859

PRUEBA - Inconducencia. La garantía de la investigación integral no se viola simplemente porque el funcionario instructor no haga todo lo que a los sujetos procesales se les ocurra pedirle, pues todo lo contrario, a él como director del proceso le corresponde preservarlo de dilaciones injustificadas, de diligencias inconducentes o superfluas, de tentativas de distracción o de desviación con respecto al objeto principal de la investigación, en fin, de todo aquello que obstaculice indebidamente el alcanzar la meta para lo cual se puso en funcionamiento la actividad judicial. *Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación Disciplinaria. Fecha: 16/12/1997. Decisión: Inadmite el recurso de casación*

discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Moreno Barracaldo, Luis Antonio. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Proceso: 13338. Publicada: Sí. Véase también en internet 862

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / CASACION - Competencia. La Corte carece de facultad para decidir sobre la sustitución de la medida de aseguramiento, pues la competencia durante el trámite de la casación se limita a las cuestiones inherentes al recurso mismo, sin que pueda revisar los fundamentos fácticos y jurídicos de tal medida, ya que ello implicaría formular, prematuramente, juicios de valor sobre la juridicidad de la sentencia censurada. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Casación. Fecha: 19/12/1997. Decisión: Se abstiene de considerar petición de la apoderada. Procesado: Barón Zamorano, Rocío del Pilar. No recurrente. Rueda Rivera, Jaime. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 13969. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 866

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA / DETENCION DOMICILIARIA. No puede, en todo caso, confundirse la suspensión de la detención preventiva en los términos del artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, con la detención domiciliaria, que regula el artículo 396 del mismo Estatuto, pues el único elemento común de tan disímiles figuras procesales es el de la utilización del domicilio, que en la primera se impone como obligación de permanecer en él, mientras que en la segunda se usa para en tal lugar sea donde se "verifica la detención preventiva", evidenciándose en este caso que el sindicado sigue con su derecho fundamental a la libertad de locomoción restringido y es por ello que descuento pena; en el primer caso es un régimen de libertad controlada que es bastante lejano como concepto jurídico de uno de privación de la libertad. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Segunda Instancia - Libertad. Fecha: 19/12/1997. Decisión: Niega libertad. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Ruda Victoria, Fanny. Delitos: Prevaricato por acción. Abuso de función pública. Proceso: 12968. Publicada: Sí. Véase también en Internet* 869

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

ANEXO DECISICIONES DE TUTELA

SEGUNDO SEMESTRE DE 1997

RELATORIA DE TUTELAS

Santafé de Bogotá D. C., Colombia - 1998

INCIDENTE DE DESACATO: el beneficiario del amparo no está legitimado para impugnar la providencia que decide sobre el desacato, los intervinientes procesales se limitan al Estado y al ciudadano que no acata la orden

El mecanismo adecuado de coerción frente al incumplimiento del fallo de tutela no puede ser diferente a uno que ostente características iguales al cual le sirve, requerimientos que cumple el trámite incidental, alejado del amplio debate de los procesos ordinarios con limitación de los intervinientes procesales, que no pueden ser diferentes al Estado que ejerce la facultad punitiva y al ciudadano que no acató la orden; de lo contrario, se obstaculizaría la agilidad de la protección preferente de los derechos fundamentales constitucionales. Por consiguiente, el silencio de la norma en torno al recurso de apelación dentro del incidente no es casual, dadas las características ya expuestas. De esta manera, en tanto que la intervención del demandado ha sido restringida al máximo, la del beneficiario del amparo ha sido excluida, en razón de que su interés no puede ir más allá del restablecimiento del derecho, e incumplido éste, corresponde al Estado imponer los correctivos de efectividad que deben ser revisados a través del grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, la carencia de legitimidad obra como razón suficiente para no acceder a la protección demandada por el accionante.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., julio dos de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Radicación No. 3675. Aprobado Acta No. 74.

VISTOS

Decide la Corte Suprema de Justicia la impugnación propuesta por *Javier Arroyo Hernández* contra el fallo del Tribunal Nacional que negó la tutela por él incoada para proteger los derechos fundamentales al debido proceso y de petición.

ANTECEDENTES

Esta Sala decidió, en fallo del 10 de octubre pasado, tutelar el derecho fundamental al debido proceso que reclamó Javier Arroyo Hernández vulnerado por el Sindicato de Trabajadores de Hospitales, Clínicas, Consultorios y Sanatorios de Bogotá y el Departamento de Cundinamarca, "Sintrahosclisas", al omitir el cumplimiento del régimen estatutario en el proceso disciplinario que en su contra se impulsó; para su restablecimiento, debía convocar a Asamblea Extraordinaria dentro de las 48 horas siguientes al conocimiento del fallo de tutela.

Sin mayor preámbulo, enterado el accionante de la determinación de la Corte, promovió contra los directivos sindicales un incidente de desacato ante el Tribunal de Santafé de Bogotá que tuvo a su cargo la decisión en primera instancia, bajo el supuesto de que el accionado la incumplió, trámite ancjo que no declaró probada la desobediencia.

Al conocer el fallo, el demandante lo impugnó.

DE LA ACCIÓN

El peticionario inició una nueva tutela ante el Tribunal Nacional aduciendo que para el momento de la presentación del incidente de desacato, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá estaba vulnerando el derecho de petición pues a pesar del tiempo transcurrido no se había desatado el trámite respectivo y con ello impedía el restablecimiento del derecho ya amparado. Sumó a su reclamo el incumplimiento de los ritos procesales en la notificación al accionado del fallo que le había sido favorable, lo que surgía como un atropello al debido proceso. Derechos que a su juicio, deben salvaguardarse por la vía constitucional.

Durante el trámite de esta acción el tutelante informó a la primera instancia que el fallo reclamado se había proferido con clara inobservancia del debido proceso, puesto que su motivación, configura una vía de hecho que debería ser enmendada. Agregó que, de ser necesario, debería concederse la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable. Y agrega:

"Si fuere el caso solicito la tutela como mecanismo transitorio de conformidad con los artículos 8º y 9º del Decreto 2591/91 para evitar un daño irreparable, ya que es mi interés adelantar la respectiva acción de nulidad y las demás procedentes ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo contra los actos administrativos emanados del Mintrabajo y teniendo en cuenta que contra la actuación judicial dentro del proceso incidental que se resolvió negativamente, no existe

otro recurso o medio de defensa judicial que posea necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de los derechos fundamentales como el debido proceso judicial que por su naturaleza, tiene la acción de tutela y en consecuencia este honorable Tribunal de Justicia ordene la nulidad de lo actuado en el citado incidente y por tanto se proceda a sancionar por desacato".

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Nacional negó por improcedente la acción de tutela al considerar que no hubo afectación de las garantías constitucionales fundamentales del peticionario en el trámite del incidente de desacato que está caracterizado por la ausencia de intervinientes procesales diferentes al Estado en ejercicio de la facultad coercitiva y la persona acusada del incumplimiento: luego al carecer de la calidad de parte, ningún derecho puede verse menoscabado; su intervención se limita únicamente a su proposición sin que pueda perseguir más que el restablecimiento de un derecho presuntamente avasallado. A este efecto remembra un pronunciamiento de la Sala de Casación Penal del 12 de agosto de 1996.

Empero lo anterior, quiso la primera instancia revisar la legalidad del trámite incidental sin que hallara vicios en su desarrollo que proclamaran arbitrariedad: aspecto que impide compulsar copias para una investigación penal o disciplinaria. Apreció por consiguiente que no obstante el tiempo transcurrido la gestión judicial se adelantó con diligencia hasta la decisión, puesto que estuvo precedida de un aporte probatorio cuya consecución no era posible dentro de un lapso más reducido de tiempo. Menos aún encontró lógico que el accionante se abrogara como una conculcación de su derecho al debido proceso, la presunta indebida notificación que ha pregonado, porque de haber existido el desmedro era en contra del accionado.

Concluyó el Tribunal de primera instancia imponiendo al incidentante una sanción pecuniaria por temeridad y abuso de la acción de tutela, no sólo por la carencia de argumentos legales sino también porque surge evidente su deseo de causar malestar cuando las decisiones no se acomodan a su capricho; así lo revela su ejercicio plural con el sólo propósito de lograr el reintegro a la organización sindical de la cual ya fue expulsado, olvidando que los fines de la administración de justicia no pueden se diferentes a la equidad e imparcialidad.

LA IMPUGNACIÓN

En extenso memorial, apoyado en citas de la Corte Constitucional, sostiene el recurrente que la providencia adversa provocó

una nueva vulneración al debido proceso, al desestimar las falencias surgidas durante la tramitación del incidente de desacato que obligaban su corrección por parte del Juez de tutela. También acusa a la primera instancia de haber equivocado el sentido y objeto de su pretensión, que no era otro diferente a la enmienda de los errores minuciosamente advertidos para, a continuación, indicar cómo debió proceder el Tribunal Nacional para subsanarlos.

Refuta los argumentos en los cuales se apoyó la primera instancia para vedar su intervención en el trámite incidental; con fundamento en que se le reconoció al interior de la actuación la posibilidad de acceder a la impugnación. Este razonamiento y otros de difícil comprensión, lo conducen a afirmar que nuevamente le han desconocido los derechos fundamentales cuyo amparo ha perseguido; tornándose más gravosa su situación si se le suma la sanción pecuniaria impuesta por temeridad pues desconoció el juez constitucional que las acciones fueron dirigidas contra diferentes demandados, no obstante que en algunos casos los hechos y las pretensiones hayan sido las mismas, aspecto que le permite solicitar la revocatoria del acápite segundo del fallo, recordando su insolvencia económica para su cancelación.

Adjuntó como prueba fotocopias de algunos extractos correspondientes a decisiones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que le permiten, de acuerdo a su criterio, sustentar el discurso.

Consideraciones de la Corte

Le asiste razón a la primera instancia cuando fundamenta la improcedencia de la acción de tutela en la falta de legitimidad del impugnante para intervenir en el trámite incidental. Efectivamente, si entre las responsabilidades del Estado está la de garantizar los derechos consagrados en la Carta Política, para su viabilidad necesita de instrumentos adecuados que respondan con igual eficacia y oportunidad.

Resulta, por lo tanto, que el mecanismo adecuado de coerción frente al incumplimiento del fallo de tutela no puede ser diferente a uno que ostente características iguales al cual le sirve, requerimientos que cumple el trámite incidental, alejado del amplio debate de los procesos ordinarios con limitación de los intervinientes procesales, que no pueden ser diferentes al Estado que ejerce la facultad punitiva y al ciudadano que no acató la orden: de lo contrario, se obstaculizaría la agilidad de la protección preferente de los derechos fundamentales constitucionales. Por consiguiente, el silencio de la norma en torno al recurso de apelación dentro del incidente no es casual, dadas las características ya expuestas. De esta manera, en tanto que la intervención del demandado ha sido

restringida al máximo, la del beneficiario del amparo ha sido excluída, en razón de que su interés no puede ir más allá del restablecimiento del derecho, e incumplido éste, corresponde al Estado imponer los correctivos de efectividad que deben ser revisados a través del grado jurisdiccional de la consulta.

En consecuencia, la carencia de legitimidad obra como razón suficiente para no acceder a la protección demandada por el actor, y menos aún resulta admisible su pretensión de que la Corte se ocupe de un asunto no referido en la respectiva demanda que introdujo cuando el Tribunal Nacional tramitaba la acción de tutela, so pretexto de querer corregir una supuesta arbitrariedad en la decisión del incidente, que no cobijó sus intereses.

Con el mismo argumento se debe rechazar la petición del impugnante respecto a la aplicación de esta acción como mecanismo transitorio, además, porque este instrumento no opera en el incidente de desacato, sino en la acción de amparo en donde ya sus derechos fundamentales fueron protegidos.

Como si lo anterior fuera poco, el derecho de petición del accionante no fue conculcado, porque la decisión judicial que ponía término al incidente de desacato se produjo dentro de la oportunidad procesal que tenía el juez constitucional, dos días después de haber promovido la presente acción de tutela, sólo que el fallo no consultó su interés; sin embargo, pretendió desconocerlo sometiéndolo a debate en esta acción, lo que sumado a la preexistencia de otras acciones de tutela le valió el calificativo de temeridad por el Tribunal de instancia, pues le resultó clara la violación del artículo 83 de la Constitución Política; empero la Corte no halla temeridad en la conducta del accionante pues no obstante su propósito de desconocer las decisiones administrativas de la organización sindical, las pretensiones en la interposición del amparo tutelar han sido diferentes, lo que demanda como consecuencia la revocatoria de la sanción impuesta.

Por las anteriores razones, y con la modificación expresada, se confirmará el fallo impugnado.

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

RESUELVE:

Confirmar la sentencia de tutela de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva, con la *modificación* de revocar la sanción que por temeridad le fue impuesta al accionante.

Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase .

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*; *Ricardo Calvete Rangel* (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Dídimo Páez Velandia*, *Nilson Pinilla Pinilla*, *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL: no se vulnera el derecho cuando en procesos contravencionales regulados por la Ley 228 de 1995 se rechaza el recurso de apelación presentado después de la audiencia de juzgamiento

La impugnación propuesta por la defensora de la accionante ha debido sustentarse como lo enseña el artículo 24 de la Ley 228 de 1995, "antes de terminar la diligencia", y no como parece entenderlo la recurrente cuando dice que para ello "se cuentan los tres días hábiles siguientes a partir de la notificación última", pues como ya se anotó, dado el principio de oralidad aplicable a los procesos que se adelanten por las contravenciones a que se refiere la citada ley, la interposición y sustentación del recurso de apelación debe cumplirse hasta antes de finalizar la audiencia de juzgamiento, y no después. Si no se hizo, no corresponde inmiscuir al juez de tutela, quien no puede entrar a terciar en situaciones que han sido resueltas por los funcionarios judiciales competentes.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., julio dos (2) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla.*

Radicación No. 3679. Aprobado Acta No. 74

VISTOS

Por impugnación interpuesta por la apoderada de la accionante *María del Socorro Gallego Romero*, conoce la Corte del fallo de 22 de mayo del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Cali, Sala Penal, negó por improcedente la acción de tutela incoada en protección a los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de la señora *Gallego Romero*, presuntamente conculcados por providencia dictada por el Juez 7° Penal del Circuito de aquella ciudad.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Con base en querella formulada por *Carlos Alberto Findlay Gutiérrez* contra su ex-compañera *María del Socorro Gallego Romero*, el

Juzgado 25 Penal Municipal de Cali inició proceso contravencional de conformidad con lo previsto por la Ley 228 de 1995, actuación que culminó en diligencia celebrada el 1° de abril del año en curso, donde se dió lectura al fallo de fecha 20 de marzo, por medio del cual condenó a la implicada *Gallego Romero* a la pena de multa equivalente a "*diez (10) dias de salario*", "por la contravención de *ejercicio arbitrario de las propias razones*" (fs. 12 a 18).

En el acto de lectura del fallo (1° de abril de 1997), la defensora de la incriminada *Gallego Romero* interpuso recurso de apelación, que se indica sustentó de la siguiente manera: "No comparto los plantcamientos expuestos por el *a quo* pero los respetos a considerar que mi defendida es responsable del delito de Ejercicio Arbitrario de las Propias Razones, ya que como lo he manifestado en el caso *sub-judice*, la causal de inculpabilidad del artículo 40 numeral 4° del Código Penal está plenamente demostrada en el plenario con las pruebas recaudadas. Ya que mi defendida estaba convencida de que su conducta estaba amparada por cualquiera de las causales de justificación, error que es contemplado como motivo de inculpabilidad; y mi defendida obró convencida de que su conducta no está descrita en ninguna norma" (transcripción textual -f. 40-).

Por auto de la misma fecha (1° de abril de 1997), el Juez 25 Penal Municipal concedió la alzada, asunto que correspondió por reparto al Juzgado 7° Penal del Circuito de Cali. Con fecha 4 de abril postrero, la apoderada de la implicada presentó ante el *ad quem* escrito donde señaló algunos motivos de inconformidad con el fallo recurrido, acotando que no pudo "actuar a fondo ni menos explayarme en la sustentación de la apelación interpuesta contra la sentencia ..., en virtud a que me encontraba muy enferma e inclusive incapacitada" (fs. 19 a 21).

El Juzgado 7° Penal del Circuito de Cali, mediante providencia de fecha 9 de abril siguiente (fs. 22 a 26), declaró desierto el recurso de apelación, determinación que apoyó indicando, como primer punto, que de conformidad con lo previsto por el artículo 24 de la Ley 228 de 1995, la interposición y sustentación de la apelación contra la sentencia en asuntos contravenciones puede hacerse hasta antes de que termine la diligencia, y en este caso la defensora no cumplió con ese deber, pues en lo que tiene que ver con la sus-tentación se limitó "a exponer tangencialmente aspectos que no pueden tener trascendencia ..., ninguna valoración de fondo efectuó la recurrente" y, además, en lo referente a la presunta inculpabilidad demostrada según ella con las pruebas aportadas ni siquiera precisa "cuáles son las pruebas a las cuales se refiere, criticando de manera directa por comparación entre su contenido y la providencia recurrida".

Como segundo aspecto, señaló el funcionario cuestionado que el memorial presentado por la defensora ante su despacho "no convalida lo exigido por el legislador, porque no es la filosofía que inspira la ley en tales eventos, pues equivaldría a dejar por puertas los precisos términos fijados por el art. 24 de la Ley 228 de 1995, cuando establece en forma terminante que antes de concluir la diligencia debe interponerse y sustentarse el recurso" (f. 25).

La implicada *Gallego Romero* acude a la acción de tutela a través de la misma apoderada que la representó en el proceso contravencional, indicando que el Juez 7° Penal del Circuito de Cali violó sus derechos al debido proceso y a la defensa al dictar auto declarando desierto el recurso de apelación, pues en la diligencia cumplida el 1° de abril del presente año en el Juzgado 25 Penal Municipal, y mediante el escrito presentado ante el *ad quem* el 4 de abril, su defensora interpuso y sustentó la alzada, la cual ha debido resolver el funcionario contra quien dirige la tutela.

El Fallo Impugnado

Recibida la petición de tutela, el Tribunal Superior por auto de fecha 28 de abril del año en curso, dispuso conceder 3 días hábiles a la apoderada de la actora "para que demuestre la incapacidad de la presunta ofendida *María del Socorro Gallego Romero*, o en su defecto, reciba el poder requerido para la gestión dentro de la tutela", pues a pesar de reconocer que está demostrado que aquélla actuó en el proceso contravencional como defensora de la implicada *Gallego Romero*, "el escrito de la tutela adolece de un poder similar, que la señora *María del Socorro* debió extender para que la Dra. *Elvia Lucía Ocampo Cadavid* la representara aquí" (fs. 31 y 32).

La accionante presentó el mandato exigido por el *a quo* (f. 39). A continuación el Tribunal de Cali negó por improcedente la tutela incoada; para sustentar esta determinación, señaló la citada Corporación que el Juez 7° Penal del Circuito de aquella ciudad, al declarar desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado 25 Penal Municipal, por ausencia de sustentación, no incurrió en vías de hecho, ni lesionó los derechos al debido proceso y defensa de la peticionaria, toda vez que el argumento expuesto por la defensora de la procesada *Gallego Romero*, "no constituye ni someramente una crítica jurídica a la sentencia de marras, porque se limita a manifestar que la causal de inculpabilidad '*está plenamente demostrada en el plenario con las pruebas recaudadas*', las que para nada menciona, luego puede concluirse sin mayores esfuerzos que esta insular manifestación, no es suficiente para refutar, combatir o contradecir, los argumentos de la sentencia, de donde se colige sin dubitación alguna que el

acto a que se refiere el inciso 3° del art. 24 de la Ley 228 de 1995, además de ser reglado, tiene perención, sea decir, que no puede habilitarse otro término para complementar la falencia en la sustentación".

Destacó el Tribunal al referirse a los motivos que llevaron a la apoderada de la sindicada *Gallego Romero* a no sustentar como corresponde el recurso de apelación antes de terminar la diligencia de lectura del fallo, que "la defensora no estaba preparada para asumir el rol que le correspondía, porque al parecer sufría quebrantos de salud que no fueron alegados en el acto, ni tampoco sustituyó el poder y, por ello, pretendió equivocadamente dentro del término de ejecutoria del fallo, reforzar indebidamente los argumentos sustentatorios" (f. 46).

LA IMPUGNACIÓN

La apoderada de la accionante se muestra inconforme con el fallo dictado por el Tribunal Superior, indicando dos razones esenciales. En la primera, dice que quien acude a la justicia, en este caso su defendida *María del Socorro Gallego Romero*, no puede correr con la diversidad de criterios que se presentó entre los funcionarios que conocieron de su proceso, pues mientras el Juez 25 Penal Municipal concedió la apelación por considerar que el recurso fue sustentado en debida forma, el de segunda instancia (7° Penal del Circuito) estimó lo contrario, situación esta última que en su parecer constituye atentado contra el principio de la doble instancia y el debido proceso.

En segundo lugar, sostiene la recurrente que en su opinión no existió "extemporaneidad" en lo que tiene que ver con el escrito de "complementación de la sustentación" que presentó ante el funcionario accionado, toda vez que ella amplió "la sustentación oral" dentro de los 3 días hábiles siguientes a partir de la última notificación (fs. 53 a 55).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. No obstante la improcedencia de la acción de tutela frente a decisiones judiciales que adelante se define, ante la insinuación de vía de hecho y en orden a responder los planteamientos de la recurrente, ha de observarse lo siguiente:

El capítulo Tercero de la Ley 228 de 1995 establece el procedimiento aplicable a las contravenciones especiales de que trata dicha normatividad, al igual que a las demás previstas en la Ley 23 de 1991, y de todas aquellas sancionadas con pena de arresto por la Ley 30 de 1986, precisando en el artículo 38 que en caso de vacío "se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal

y las normas sobre desistimiento, prescripción y nulidades contenidas en la Ley 23 de 1991, siempre que no se opongan al carácter oral del procedimiento establecido en ella".

En lo que tiene que ver con la "*audiencia de juzgamiento*", el artículo 24 de la Ley 228 de 1995, enseña que "*En la audiencia pública de juzgamiento se practicarán las pruebas decretadas, salvo en los eventos en que ello no sea posible según los artículos 18 y 23, el funcionario precisará si mantiene los cargos jurídicos ya formulados e interrogará y oirá al procesado. Luego, se dará la palabra al representante del Ministerio Público, si asistiere, y al defensor. Terminada la diligencia, el funcionario decidirá si el procesado es o no responsable.*

Para efectos de motivación y dosificación de la sanción podrá decretar un receso máximo de tres (3) días. En tal caso, fijará día y hora para la diligencia de lectura de la sentencia.

Contra la sentencia procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo, ante el respectivo superior, que deberá interponerse y sustentarse antes de terminar la diligencia. Se dará oportunidad a los demás sujetos procesales para que expongan sus argumentos en relación con la impugnación. El funcionario judicial decidirá en la misma audiencia sobre la procedencia del recurso...".

De la disposición acabada de citar, se deduce con claridad que atendiendo el principio de oralidad en el adelantamiento de los procesos por las contravenciones a que se refiere la Ley 228 de 1995, la sentencia queda ejecutoriada al término de su pronunciamiento, de allí que el recurso de apelación que contra ella procede, ha de interponerse y sustentarse antes de terminar la diligencia, caso en el cual los demás sujetos procesales que hayan concurrido pueden exponer sus puntos de vista, para que finalmente el juez decida en el mismo acto procesal sobre su procedencia.

En el caso tratado, la impugnación interpuesta por la defensora de la implicada *María del Socorro Gallego Romero* ha debido sustentarse como lo enseña el artículo 24 de la Ley 228 de 1995, "antes de terminar la diligencia", y no como parece entenderlo la recurrente, cuando dice que para ello "Se cuentan los tres días hábiles siguientes a partir de la notificación última" (f. 55), pues como ya se anotó, dado el principio de oralidad aplicable a los procesos que se adelanten por las contravenciones a que se refiere la citada ley, la interposición y sustentación del recurso de apelación debe cumplirse hasta antes de finalizar la audiencia de juzgamiento, y no después. Si no se hizo, no corresponde inmiscuir al Juez de tutela, quien no puede entrar a terciar en situaciones que han sido resueltas por los funcionarios judiciales competentes.

2. En lo que tiene que ver con la inconformidad que la impugnante plantea contra el auto de fecha 9 de abril de 1997, por medio del cual el Juez 7° Penal del Circuito de Cali declaró desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juez 25 Penal Municipal por ausencia de sustentación, es criterio de la Corte, sostenido desde el fallo de 22 de mayo de 1992, con ponencia del Magistrado Juan Manuel Torres Fresneda y desarrollado en la decisión de 30 de agosto de 1995, con ponencia de quien aquí cumple igual cometido, que la acción de tutela contra providencias judiciales es improcedente.

Las razones tenidas en cuenta para apoyar esta posición jurisprudencial se encuentran consolidadas, con la fortaleza inamovible erigida por lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 243 de la Constitución Política, a partir de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, determinada por la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 1° de octubre de 1992.

Como la parte resolutiva de dicha sentencia de inexequibilidad está protegida por la garantía de la cosa juzgada constitucional, es de obligatoria observancia.

En sustento de esa decisión se tuvo en cuenta lo siguiente, entre otras consideraciones convergentemente definitorias:

"La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

(...) Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso...

(...).

(...) no corresponde a las reglas de hermenéutica jurídica ni se compadece con los principios de la lógica asumir que el Constituyente de 1991 consagró la acción de tutela como medio de defensa contra los resultados de los procesos que él mismo hizo indispensables en el artículo 29 de la Constitución para asegurar los derechos de todas las personas.

(...)

(...) no encaja dentro de la preceptiva fundamental un sistema que haga posible al juez, bajo el pretexto de actuar en ejercicio de la

jurisdicción constitucional, penetrar en el ámbito que la propia Carta ha reservado a jurisdicciones como la ordinaria o la contencioso administrativa...".

Con estas precisiones, hizo bien el Tribunal al negar el amparo propuesto.

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:

1. *Confirmar* el fallo recurrido.

2. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*; *Ricardo Calvete Rangel* (no firmó), *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Paez Velandia*, *Nilson Pinilla Pinilla*, *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LEGITIMACION ADJETIVA: carece de legitimación el apoderado que con base en mandato conferido para actuar en un proceso penal presenta solicitud de amparo del derecho a la vida de su poderdante; ante este evento debe rechazarse la demanda

Aunque "en principio ha admitido la Corte la posibilidad de que el profesional que ejerce la defensa del procesado al interior de la investigación penal, instaure la acción de tutela a su nombre sin que requiera de poder para ello, también es cierto que ésta se circunscribe únicamente a las 'actuaciones o decisiones tomadas u omisiones en el asunto donde se actúa como apoderado de una de las partes ...'(T3696, M. P. Dr. Nilson Pinilla), situación que no se presenta en el caso en estudio, en el que la solicitud de amparo pretende proteger el derecho a la vida e integridad personal del —poderdante—, que dice el accionante, se encuentra amenazado por la negativa del Director de la Cárcel..." a trasladarlo de la cárcel Modelo en donde está recluido en uno de los Cai adecuados para los ex miembros de la fuerza pública, a fin de procurar la seguridad que por su condición requiere. Así pues, la situación planteada no se deriva del trámite propio del proceso penal, y por ende no podía el Tribunal darle curso a la presente acción, pues el abogado accionante carece de legitimidad para actuar, imponiéndose la anulación de lo actuado y como consecuencia el rechazo de la acción.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D. C., veintidós de julio de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Radicación No. 3728. Aprobado Acta No. 85.

VISTOS

Decide la Corte la impugnación presentada por el abogado *Said Mohamad Rouby*, quien manifiesta actuar como defensor de Roberto Delgado Romero, contra el fallo de tutela proferido el pasado 16 de mayo del año en curso por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá D. C., que le negó el amparo a los derechos a la vida, igualdad ante

la ley y al debido proceso, presuntamente vulnerados por la Fiscalía Regional de esta ciudad, el Director de la Cárcel de Facatativá y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

LA ACCIÓN

El Dr. Said Mohamad Rouby, quien dice actuar "como abogado defensor" del cabo primero de la Policía *Roberto Delgado Romero*, manifiesta que éste se encuentra vinculado a un proceso penal que adelanta la Fiscalía regional de esta ciudad, por el delito de narcotráfico de que trata el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, por hechos sucedidos en el aeropuerto el Dorado el 10 de marzo del año en curso.

Destaca al respecto, que una vez escuchado en diligencia de indagatoria, el Fiscal dispuso que debía permanecer privado de la libertad en el centro de reclusión de la Policía Nacional con sede en Facatativá, sitio en donde no fue recibido debido al hacinamiento, razón por la cual el Teniente Coronel José Fernando Bohórquez, Director de dicha cárcel, amparándose en circular No. 182 del 12 de septiembre de 1995, y el acuerdo No. 002 de 1997, dictados por el Consejo Directivo del INPEC, recomendó que el detenido fuera remitido a la cárcel Nacional Modelo en donde se adaptaron unos pabellones para los miembros de la fuerza pública, denominados CAI, a donde efectivamente el Fiscal dispuso su remisión.

Agrega también, que 18 de marzo de 1997, dirigió un memorial al Fiscal Regional, invocando el artículo 402 del C.P.P. "en armonía con la Sentencia T-588 de la Corte Constitucional", solicitando que su defendido fuera trasladado al centro de reclusión de Facatativá o a la DIJIN o a una estación, sin que a la fecha del escrito de tutela le hubiera sido resuelto.

En conclusión, manifiesta que por la condición de miembro de la Policía Nacional, *Roberto Delgado* corre peligro en la cárcel Modelo donde se encuentra actualmente, la que además está en condiciones infrahumanas y de hacinamiento, solicitando en consecuencia se le proteja el derecho a la vida, igualdad ante la ley y debido proceso y se "obligue al Director del Centro de Reclusión de la Policía Nacional (CEREC) ubicado en la localidad de Facatativá (Cundinamarca) para que reciba a mi cliente y lo mantenga recluido en dicho establecimiento" y, subsidiariamente que se le traslade a otro sitio, como una Estación de Policía o la Sala de Retenidos de la Dirección Nacional de la Policía Judicial e Inteligencia DIJIN.

EL FALLO

Partiendo de la naturaleza y alcances con los que fue creada la acción de tutela, refiere el Tribunal el artículo 5º del Decreto 2591

de 1991, sobre su improcedencia frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto, afirmando a partir de allí que "cuando las actividades delincuenciales obligan a la detención de personas en número que supera las capacidades de alojamiento previstas para determinado establecimiento de reclusión necesario resulta que las autoridades del ramo adopten las medidas pertinentes para que la medida de detención recaída sobre un sindicado se haga efectiva en cualquier otro lugar adecuado del sistema carcelario. Es obvio que quienes se hallan internados en un establecimiento especial como los del Centro de Reclusión de Facatativá para ex servidores de la Policía Nacional tienen derecho a exigir que no sobrepase la capacidad de este lugar a fin de evitar problemas de hacinamiento que a su turno acarrean problemas de índole sanitaria y de simple convivencia, de manera que pretender forzar la recepción de nuevos reclusos implicaría, cuando se ha sobrepasado dicha capacidad, atentar contra los derechos de los ya internados, por lo que los derechos fundamentales de éstos prevalecen, en este tipo de situación, a las exigencias de normas reglamentarias del servicio carcelario especial para cierta clase de detenidos".

Así las cosas, concluye que la situación planteada en el caso concreto sobrepasa el ámbito de la acción de tutela.

No obstante lo anterior, considera que lo acontecido frente a los internos especiales de los CAI 1 y 2 de la cárcel Modelo de esta ciudad, es diferente, pues aquellos pueden estar expuestos a la actuación de los delincuentes comunes, lo cual es apenas una situación inespecífica de riesgo que puede ser coyuntural pero no necesariamente inminente, ya que dichos sitios especiales de reclusión se deben al acuerdo celebrado el 26 de marzo del año en curso, entre Gobierno Nacional y demás entidades encargadas de la protección y vigilancia de los derechos de los reclusos.

Por ello, colige, no existe amenaza contra el derecho a la vida o a la integridad personal del procesado *Roberto Delgado Romero*, por el hecho de encontrarse en uno de los CAI especiales de la cárcel Modelo. Y, además, la situación de riesgo en tal sentido, si existe, debe ponerse en conocimiento de las directivas de la institución para que se adopten los correctivos del caso, pues la tutela no es un recurso preventivo, agregando de inmediato que "el derecho a la igualdad no juega en este tipo de circunstancias porque no hay motivo para pensar que a *Delgado Romero* se le haya recluido donde está para colocarlo en situación de inferioridad con respecto a otros detenidos de su misma categoría".

Por último, en lo que tiene que ver con el derecho de petición, afirma el *a quo*, que fue ya fue resuelto, y además, no aparece

constancia que demuestre que el petente haya elevado petición alguna al INPEC con fines de cambio de reclusión.

Con sustento en tales consideraciones, el Tribunal denegó el amparo solicitado.

LA IMPUGNACIÓN

Basándose fundamentalmente en la afirmación del Tribunal en cuanto a que la tutela no procede contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, así como que obligar a las directivas de la cárcel de Facatativá para que reciban a *Delgado Romero*, en últimas, atentaría contra los derechos de los internos que ya se encuentran allí, el abogado del accionante expresa sus razones de inconformidad así:

— Que el mismo argumento puede hacerse frente a los reclusos de los reclusos de los CAI 1 y 2 de la cárcel Modelo, destacando al respecto, que no es cierto que la cárcel de Facatativá se encuentre hacinada, pues sigue recibiendo personas procesadas por la justicia penal militar, lo que sucede es que se niega a recibir a quienes están siendo investigados por la justicia ordinaria.

— Igualmente, afirma que "los famosos CAI 1 y 2 que se establecieron en la Cárcel nacional Modelo que supuestamente cuentan con las debidas seguridades se reducen a ser un pasillo en donde están recluidos miembros del DAS, del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía (CTI) y de la Policía Nacional", en donde estas personas se encuentran en deplorables condiciones, pues es notoria la carencia de adecuadas condiciones sanitarias y de alojamiento para un ser humano.

También discrepa el impugnante del fallo atacado, en su consideración sobre que la eventual situación de riesgo que podría darse frente a la vida e integridad personal es inespecífica, ya que, en su criterio, solo es una apreciación teórica, habida cuenta que durante el tiempo que *Delgado Romero* ha permanecido allí, ha sido objeto de amenazas contra su vida, situación que no se remedia, como lo sugiere el *a quo*, con "dar quejas a la autoridad carcelaria", ya que, agrega, es de público conocimiento que las personas internas en la cárcel Modelo son de alta peligrosidad, lo cual, en su criterio demuestra la necesidad de que a *Delgado Romero*, en su condición de policía, se le recluya en la cárcel especial de Facatativá, tal como lo establece el artículo 402 del Decreto 2700 del C.P.P. y el 27 de la Ley 65 de 1993.

También se muestra en desacuerdo con la apreciación del Tribunal en cuanto que el derecho a la igualdad "no juega" en este caso, pues precisamente lo que pretende es que *Delgado Romero* sea tratado como sus demás compañeros de la Policía que se en-

cuentran privados de la libertad en la cárcel de Facatativá, y por ello, explica, se apoyó en el artículo 2º de la Carta Política, ya que dicho centro de reclusión es "n veces mejor que la Cárcel Modelo".

Así, luego de hacer referencia a una decisión de la Corte Constitucional sobre el deber del Juez de tutela de evaluar la situación fáctica y jurídica en cada caso concreto, manifiesta que la que es ahora objeto de estudio la ha interpuesto como mecanismo transitorio y ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, por cuanto no cuenta con otros mecanismos de defensa judicial.

Solicita, por tanto, se amparen los derechos a la vida e integridad personal, igualdad ante la ley y debido proceso de *Roberto Delgado Romero*.

CONSIDERACIONES

1º. Siendo la tutela un mecanismo que permite la intervención inmediata del Juez constitucional para la protección de los derechos fundamentales ante la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos en la ley, que se caracteriza primordialmente por la informalidad, celeridad y eficacia, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 puede ser instaurada directamente por el afectado o bien por intermedio de apoderado, caso en el cual, ha sostenido la Sala y la Corte Constitucional deben respetarse las reglas para el ejercicio de la profesión, debiéndose acreditar la calidad con que se actúa, imperioso resulta concluir en el presente caso, que el abogado Said Mohamad Rouby, interpuso ilegítimamente la tutela a nombre de *Roberto Delgado Romero*.

2º. En efecto, aparte de la manifestación de que actúa en calidad de defensor del titular del derecho, no aparece en las diligencias poder que faculte al mencionado profesional para actuar a nombre de *Delgado Romero*, ni mucho menos éste expresa que aquél se encuentre imposibilitado para ejercer su propia defensa, por lo que en manera alguna tampoco puede entenderse que esté ejerciendo una agencia oficiosa (artículo 10, inciso 2º. *Ibidem*).

3º. Además, aunque en principio ha admitido la Corte la posibilidad de que el profesional que ejerce la defensa del procesado al interior de la investigación penal, instaure la acción de tutela a su nombre sin que requiera de poder para ello, también es cierto que ésta se circunscribe únicamente a las "actuaciones o decisiones tomadas u omisiones en el asunto donde se actúa como apoderado de una de las partes... (T3696, M. P. Dr. Nilson Pinilla), situación que no se presenta en el caso de estudio, en el que la solicitud de amparo pretende proteger el derecho a la vida e integridad personal de *Roberto Delgado Romero*, que dice el accionante, se encuentra

amenazado por la negativa del Director de la Cárcel de Facatativá a mantenerlo allí privado de la libertad y a su turno las de la cárcel Modelo en donde fue finalmente recluido en uno de los CAI adecuados para los ex miembros de la fuerza pública, a fin de procurar la seguridad que por su condición requieren en tales circunstancias.

4°. Es pues, una situación de orden eminentemente administrativa la que se tacha de atentar contra los derechos de *Delgado Romero*, y por ello, resulta inane y sin ningún sustento la pretendida vulneración del derecho al debido proceso que relaciona el demandante, pues la situación planteada no se deriva del trámite propio del proceso penal, y por ende no podía el Tribunal darle curso a la presente acción, pues el abogado accionante carece de legitimidad para actuar, imponiéndose la anulación de lo actuado y como consecuencia de ello el rechazo de la acción.

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:

1°. *Anular* la actuación realizada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Penal, que culminó con la negación del amparo a los derechos a la vida e integridad personal, igualdad y debido proceso reclamados por el abogado Said Mohamad Rouby, quien dijo actuar a nombre del procesado *Roberto Delgado Romero*.

2°. En consecuencia, *rechazar* la acción de tutela, por ilegitimidad de quien la interpuso.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO A LA SALUD, DISCAPACITADOS, DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL: se vulnera el derecho cuando se ordena el traslado laboral con base en la facultad discrecional del nominador, olvidando las previsiones médicas que desaconsejan tal decisión debido al grave estado de salud del trabajador

Con clara omisión de las evaluaciones de Salud Ocupacional y, prevalidos del criterio de la discrecionalidad legal, la Secretaría de Educación ignoró a los galenos para fijar otras pautas de conveniencia que tenían que ver con el funcionamiento administrativo, mas no con la protección a derechos tan prioritarios como la igualdad, la salud y la vida, que terminaron conculcados o amenazados con el acto de traslado, olvidando el ente oficial que acatando las prescripciones médicas era perfectamente posible aplicar el Decreto 180 de 1992 sin transgredir el ordenamiento constitucional, sobre todo el artículo 13 que en su inciso final consagra la protección especial a aquellas personas "que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta...", por lo que su deber era armonizar la aplicación de ambos preceptos para cumplir los fines de la administración y los de protección dispuestos en la Carta Política, más aún cuando están en juego derechos fundamentales de indiscutible prioridad como el de la salud asociado al de la vida.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., julio veintinueve de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Radicación No. 3757. Aprobado Acta Nro. 89.

VISTOS

Resuelve la Corte la impugnación presentada por *Armando Sánchez Cabezas* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que en providencia del 12 de junio pasado negó la tutela para proteger los derechos fundamentales a

la salud y a la igualdad presuntamente vulnerados por la Secretaria de Educación de esta capital.

ANTECEDENTES

Desde hace aproximadamente 14 años el señor José Armando Sánchez Cabezas empezó a sufrir un proceso degenerativo muscular de miembros inferiores (polimiositis) que hoy, en su fase crítica, lo obliga a utilizar bastón para caminar pues su marcha no es normal, impedimento que lo ha llevado a solicitar en varias oportunidades a su empleador, la Secretaría de Educación Distrital, lo ubique en concentraciones educativas cercanas a su residencia para desempeñar sus labores como docente de acuerdo a las recomendaciones médicas, mas como el último traslado de la Escuela San Vicente a la de Santa Cecilia localizada en el sector de Fontibón contravino condiciones propicias para su salud, interpuso acción de tutela ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá que la decidió adversamente.

DE LA ACCIÓN

Considera el actor que la Secretaria de Educación de Santafé de Bogotá conculcó su derecho a la salud cuando dispuso su traslado de la Escuela San Vicente hacia otro centro educativo, ya que ignoró las recomendaciones médicas que indicaban que su labor como docente debía desarrollarse en un lugar cercano a su residencia; lo que al parecer atribuye a prácticas persecutorias ejercitadas por el titular de aquella dependencia. Puso en evidencia que el cumplimiento sin restricciones de la jornada académica le ha generado perjuicios a su salud.

Para sustentar lo aseverado aportó prueba documental y solicitó ser escuchado en declaración.

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Evacuadas las diligencias que apreció pertinentes, el Tribunal negó la protección tutelar invocada al considerar que la facultad discrecional utilizada por la accionada cuando dispuso el traslado del docente de un centro educativo a otro, en modo alguno respondía a motivaciones diversas a las de cumplir con las necesidades del servicio, que en nada podían agraviar sus derechos fundamentales; por el contrario, la determinación sólo conllevó el deseo de proteger su salud al punto de destinarlo a un primer piso en el nuevo sitio académico y así evitarle desplazamientos que a la postre fueran perjudiciales, acogiéndose así la entidad nominadora a la última certificación médica cuya data es del 4 de octubre del año inmediatamente anterior.

Agregó la primera instancia, que lo procedente era que el accionante se sometiera a una nueva evaluación médica con el objeto de conocer exactamente sus actuales condiciones y así determinar las circunstancias afines para continuar laborando o con miras a una posible pensión de invalidez, para lo cual debe intervenir la división de Salud Ocupacional de la Secretaría de Educación, porque son aspectos que escapan a la valoración del juez de tutela, que por su carácter técnico no puede llegar a suplantar, máxime cuando la enfermedad es crónica y progresiva.

La Impugnación

Notificado de la decisión contraria a sus pretensiones el actor la impugnó sin exponer las razones de la censura, pero antes de proferirse la actual decisión las ha hecho conocer a la Sala.

Reprocha el peticionario que el Tribunal hubiera aceptado como válido el llamado traslado discrecional pues este representa una clara conculcación al derecho a la salud, por cuanto debe superar varios escalones que le significan un gran esfuerzo a causa de su impedimento motriz. Además estima que la decisión lo condena a trabajar como una persona normal hasta obtener la pensión de invalidez, a renunciar al empleo o a cambiar de profesión.

Reitera, en consecuencia, la solicitud de protección en esta instancia de los derechos que estima conculcados, aporta certificaciones médicas sobre su actual condición física y peticiona la recepción de algunos testimonios que en su opinión permitirán acreditar el cumplimiento de la actividad escolar asignada sin reducción alguna, que afecta su salud.

Consideraciones de la Sala

Dentro de los parámetros de la norma superior (artículo 86) que instauró un mecanismo preferente y sumario para proteger los derechos fundamentales cuando estos se encuentren amenazados o el quebranto sea evidente por parte de la autoridad pública, corresponde analizar si le asiste razón al impugnante cuando pregona que la Secretaría de Educación del Distrito le ha vulnerado el derecho a la igualdad y a la salud con profundas repercusiones en el derecho a la vida, cuya protección le fue negada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

Es una realidad palmaria que el accionante se ve aquejado por una enfermedad degenerativa de orden muscular en los miembros inferiores, cuya evolución es lenta pero progresiva comprometiendo de manera severa la capacidad motriz, situación que otrora fue considerada por la Secretaría de Educación al momento de determi-

nar las instituciones educativas a las cuales debía prestar sus servicios como docente, procurando que el acceso a ellas respondiera a las características topográficas sugeridas por los galenos y evitar de dicha manera que el deterioro de su salud se acelerara, situación que no ha sido constante en las últimas épocas. Veamos:

1. Para el mes de mayo del año de 1995 el impugnante estaba asignado a la Escuela Monteblanco, a la cual había llegado luego de considerarse la evaluación médica sobre su estado físico practicada por Salud Ocupacional de la Caja de Previsión Social de esta ciudad el 1 de octubre de 1992, que recomendó por la hipertro-fia progresiva del músculo de la parte anterior del muslo "ubicación en función sedentaria, con mínima deambulación" y en lo posible que estuviera "en cercanía al lugar de su residencia", debido a la limitación que había producido en el desplazamiento. No obstante, para solucionar otros conflictos que se suscitaron con el docente se dispuso su traslado para la Escuela La Marichuela por medio de la Resolución 921 fechada el 4 del mes y año antes citados, a cuyo cumplimiento se sustrajo el educador por la imposibilidad física en que estaba de allanar la topografía que circundaba el centro educativo, como se comprobó a través del proceso disciplinario impulsado en virtud del desacato y otras acusaciones ajenas al asunto del cual se ocupa la Sala, que concluyó con exoneración de responsabilidad según Resolución 66 de 1996. Es esta prueba palmaria de la desatención a las instrucciones médicas.

2. El libelista al conocer aquella transferencia pretendió la revocatoria directa del acto administrativo que le fue negada el 26 de julio de 1995, a pesar de que ocho días antes la división de Salud ocupacional, previa valoración del especialista, había recomendado "trabajo prioritariamente sedentario con deambulación no frecuente y de cortas distancias", insistiendo en la ubicación laboral cercana a su domicilio, por cuanto la historia clínica reportaba mengua progresiva de la fuerza muscular de miembros inferiores, asociada a la pérdida de volumen que consecuentemente dificultaba la marcha, con diagnóstico de "distrofia muscular (Cintura pélvica) Versus Polimiositis".

3. Posteriormente se acató el concepto médico, como así se infiere de lo expuesto por el peticionario, pues fue desplazado a la Escuela San Vicente que permitía el cumplimiento de sus funciones con un mínimo de desgaste físico; pero aún vigente el concepto del galeno, nueve meses más tarde, el 8 de abril dispuso la Secretaría de Educación el traslado para la Escuela Santa Cecilia, núcleo más distante de su casa de habitación.

4. Evaluado por salud ocupacional el 4 de octubre del año inmediatamente anterior, se halló que la capacidad laboral había dismi-

nuido en un 43%, porcentaje que no le permitía acceder a la pensión de invalidez; pero se iteraba propiciar cortos desplazamientos para llegar a la sede educativa, además de sugerir la necesidad de alternar la postura de pie con la sedente, reducir o evitar el uso de escaleras y recortar la jornada laboral, recomendaciones que no se tuvieron en cuenta pues se mantuvo la orden de traslado, pese a la insistencia del actor para que no se infringiera el citado reconocimiento médico, todo lo cual fue desconocido por la Coordinadora Local de Educación en el oficio C-0 0067 del 7 de marzo pasado.

5. Según los reconocimientos médicos de mayo 16 y 22 de esta anualidad, además del compromiso de miembros inferiores surgía afectación del superior derecho, sin variar el pronóstico de la enfermedad.

Significa lo anterior que, no obstante las severas limitaciones que padece el peticionario para desempeñar las labores propias como educador, por sus precarias condiciones de salud debidamente certificadas por los profesionales del ramo, la Secretaría de Educación prefirió acudir a la facultad discrecional de carácter legal para cambiarle las condiciones de la prestación del servicio, pese a que con ello desprotegía a quien por imperativo constitucional tenía derecho a especial amparo por su debilidad manifiesta, deteriorando su salud y poniendo en serio peligro la vida, que como don más preciado ocupa el primer rango de protección y respeto en la Carta Política.

Las evaluaciones médicas, por su carácter científico y oficial, eran motivo suficiente para que la Secretaría de Educación facilitara al docente el desarrollo de sus tareas y, como lo recomendaba Salud Ocupacional, redujera la jornada laboral, pues nadie mejor que esta oficina se hallaba en condiciones de saber la resistencia física y las limitaciones del peticionario de la tutela, de cara al franco deterioro progresivo de su enfermedad.

Pero infortunadamente hubo clara omisión de estas evaluaciones y, prevalidos del criterio de la discrecionalidad legal, ignoraron o los galenos para fijar otras pautas de conveniencia que tenían que ver con el funcionamiento administrativo, mas no con la protección a derechos tan prioritarios como la igualdad, la salud y la vida, que terminaron conculcados o amenazados con el acto de traslado, olvidando el ente oficial que acatando las prescripciones médicas era perfectamente posible aplicar el Decreto 180 de 1992 sin transgredir el ordenamiento Constitucional, sobre todo el artículo 13 que en su inciso final consagra la protección especial a aquellas personas "que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta...", por lo que su deber era armonizar la aplicación de ambos preceptos para cumplir los

fines de la administración y los de protección dispuestos en la Carta Política, más aún cuando están en juego derechos fundamentales de indiscutible prioridad como el de la salud asociado al de la vida.

Pretermitió el Secretario de Educación de Santafé de Bogotá el cumplimiento del artículo 54 de la Carta que ordena al Estado, tal como lo solicita el accionante, garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud, por lo que no resultan atendibles los argumentos de la primera instancia para denegar el amparo de los invocados derechos.

En consecuencia se brindará la protección tutelar para que dentro del término de 48 horas el Secretario de Educación realice las gestiones concernientes al reintegro del actor a la Escuela San Vicente y, acatando las recomendaciones de la oficina de salud ocupacional, previa nueva evaluación del docente Sánchez Cabezas, determine en qué medida debe reducirse su jornada laboral.

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:

1. *Revocar* el fallo apelado.

2. En su lugar, *tutelar* los derechos a la igualdad y a la salud en conexión con el derecho a la vida que le fueran desconocidos al educador José Armando Sánchez Cabezas por la Secretaría de Educación del Distrito de Santafé de Bogotá.

3. En consecuencia, en el término de 48 horas la entidad accionada procederá a reubicar al docente en la Escuela San Vicente, con observancia de las recomendaciones sobre intensidad de la jornada laboral que, previa nueva evaluación de su estado, haga la oficina de salud ocupacional.

4. *Remitir* a la Corte Constitucional lo actuado para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll; Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SEGURIDAD SOCIAL: mediante tutela no se puede obtener la orden de atención médica directa por el empleador cuando el trabajador se ha negado a afiliarse a una EPS so pretexto de la consagración de una mejor protección en la convención colectiva

La accionante, en su condición de beneficiaria de los servicios asistenciales, y pretextando la omisión por parte del trabajador de afiliarse con su familia a una EPS, pretende que la empresa demandada le preste directamente - como antes lo hacía -, los servicios a que tiene derecho por virtud de la convención colectiva de trabajo.

Tal actitud contraría abiertamente el mandato del artículo 153.2 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que "la afiliación al sistema general de salud es obligatoria para todos los habitantes de Colombia" (conc. Art. 156.b. ejusdem)

La accionante pretende eludir por vía de tutela la obligación legal establecida como presupuesto para gozar de los servicios del POS, lo cual torna su reclamo abiertamente improcedente.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D. C., doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Radicación No. 3780. Aprobado Acta No. 94.

ASUNTO

Desatar la impugnación interpuesta por *Olga Rocío Arcila* contra el fallo de siete de julio del año en curso, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, negó la tutela de los derechos fundamentales a la salud, igualdad, intimidad, buen nombre, debido proceso y libre desarrollo de la personalidad, presuntamente vulnerados por la empresa Cristalería Peldar S.A., al abstenerse de prestar en forma directa los servicios médicos asistenciales pactados en la Convención Colectiva vigente de 1995 a 1997.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

La accionante es casada con José Bernardo Montoya Zapata, quien actualmente trabaja en la Empresa Cristalería Peldar S.A. Su cónyuge no es miembro de la organización sindical que existe en la referida empresa, "pero la compañía, para que él se beneficie de la convención colectiva... le deduce la cuota sindical cumplidamente, pues se trata de una organización sindical mayoritaria".

En el artículo 71 de dicha convención se estableció "que la empresa seguiría prestando los servicios médicos asistenciales, entre otras para la esposa, como la consulta a los médicos generales, médicos especialistas, consultas de urgencia, drogas al 90%, servicios de hospitalización, cirugía, etc.".

Agrega que "Peldar cumplió con esta obligación hasta hace unos 6 meses aproximadamente para con la suscrita, para lo cual me había dotado de un carné que adjunto, pero a partir de esa fecha se ha negado a prestarme los servicios, pese a estar vigente la convención colectiva, que fundamentalmente consistía en qúe mi esposo o yo solicitábamos una orden en la Unidad de Salud a cualesquier hora para uno de los médicos que le prestaban los servicios a la Empresa, y con ella iba donde el médico y en dicho formulario me recetaba y en una de las farmacias me despachaban la droga, facturándole luego a Peldar".

Su esposo no se afilió a ninguna E.P.S., "sino que ha querido con base en el derecho de la negociación colectiva art. 53 C. N., y en ejercicio de los derechos adquiridos, continuar disfrutando de los servicios en la forma que lo venía haciendo desde hace muchos años".

Agrega que "se ha visto privada de los servicios médicos referidos y establecidos en la Convención Colectiva, celebrada entre Peldar y el sindicato, a los cuales tengo derecho, causándome trastornos en la salud, y privándome de unos derechos legales".

EL FALLO RECURRIDO

Destacando la omisión del cónyuge de la accionante en afiliarse a la E.P.S., el Tribunal *a-quo* denegó el amparo deprecado con los siguientes argumentos:

"*Cristalería Peldar* por intermedio de su representante legal, el doctor *Gilberto Restrepo Vásquez* no ha lesionado ni siquiera amenazado el derecho fundamental de la salud y el del debido proceso de la señora *Olga Rocío Ardila*. Existe una convención colectiva vigente y un acuerdo suscrito entre la empresa y los trabajadores firmado el 29 de octubre de 1996 (fls. 20 y 21). De este acuerdo se le dio amplia información a *José Bernardo Montoya*, se le invitó

para que se afiliara a una de las E.P.S., se le explicó acerca de los beneficios de salud para sus familiares y él tozudamente se negó a afiliarse a una de estas E.P.S. donde recibiría la atención médica para su cónyuge después de expedirle un carnet de afiliado. Su actitud no tiene justificación bajo ningún aspecto, máxime que se le están haciendo los descuentos por nómina y la empresa les está brindando los beneficios pactados en la convención cuando lo reconocido por la E.P.S. no los cubre" (fl. 130 *ib.*).

La Impugnación

Aduciendo que su reclamación "se basa en derechos otorgados en la convención colectiva, celebrada después de la vigencia de la Ley 100 de 1993", la accionante insistió en que, de conformidad con dicho acuerdo, "los trabajadores que *voluntariamente* lo deseen pueden optar por afiliarse a una EPS, para los beneficios *convencionales*, no para los legales que los disfruta mi esposo al estar afiliado al *Instituto de los Seguros Sociales*.

Agregó que "al no tener... legitimación para demandar el cumplimiento de la convención colectiva, ni la fuerza legal para cambiar la decisión de mi esposo, el derecho se me debe proteger por medio de la tutela", pues según ella nada puede hacer frente al conflicto jurídico entre su esposo y Peldar" (fl. 135 *ib.*).

Consideraciones de la Corte

Sea lo primero advertir que la actora —en su condición de beneficiaria de la convención colectiva de trabajo—, sí está legitimada para intentar la presente acción de tutela contra una empresa particular —Cristalería Peldar S.A.—, por cuanto se halla en situación de indefensión frente a la misma, pues ante la inexistencia de un contrato de trabajo entre ella y la firma demandada, no puede acudir a la jurisdicción laboral.

No obstante lo anterior, la presente reclamación de amparo constitucional no está llamada a prosperar, por cuanto no existe actuación u omisión ilegítimas por parte de la Empresa Cristalería Peldar S. A., habida consideración que ha garantizado al accionante y a su familia la prestación de los servicios de seguridad social integral, en los términos y condiciones establecidos por el parágrafo 3° del artículo 181 de la Ley 100 de 1993, que establece la posibilidad de reemplazar la asistencia legal que la empresa prestaba directamente, "contratando dichos servicios con las entidades promotoras de salud adscritas al sistema general de seguridad social en salud".

La accionante, en su condición de beneficiaria de los servicios asistenciales, y pretextando la omisión por parte del trabajador de afiliarse con su familia a una Entidad Promotora de Salud, pretende

que la empresa demandada le preste directamente —como antes lo hacía—, los servicios a que tiene derecho por virtud de la convención colectiva de trabajo.

Tal actitud contraría abiertamente el mandato del artículo 153.2 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que "la afiliación al sistema general de salud es obligatoria para todos los habitantes de Colombia" (conc. art. 156.b. *ejusdem*).

En aras del cumplimiento de dicho precepto, y tal como lo informa la empresa demandada, Cristalería Peldar S.A., a través de su Gerente de Relaciones Industriales y del Presidente de la misma, ha enviado las comunicaciones visibles a folios 55 y ss. del c.o. al señor *José Bernardo Montoya* "invitándolo a cumplir con la dicha obligación que a buena hora introdujo la Ley 100 de 1993 para que pueda recibir los servicios médicos para la familia del trabajador que contempla el plan obligatorio de salud contenido en el Acuerdo 008 del Consejo Nacional de Seguridad Social y en el Decreto 1938 de 1994 y que los presta la E.P.S. directamente, quedando a cargo de la Empresa los servicios médicos adicionales o complementarios, que prevé la convención Colectiva de Trabajo" (fl. 45 *ib.*).

No empece lo anterior —se insiste—, y alegando la culpa de su cónyuge al omitir afiliar a su familia a una Entidad Promotora de Salud, la accionante pretende eludir por vía de tutela la obligación legal establecida como presupuesto para gozar de los servicios del plan obligatorio de salud, lo cual torna su reclamo abiertamente improcedente, pues tal situación no es imputable a la empresa demandada, que, como se evidencia a folio 47 *ib.*, "sí viene cotizando por el trabajador y su familia al ISS, donde él se encuentra inscrito, el 12% sobre su salario por cobertura familiar en salud, desde que empezó a regir el Sistema General de Salud de la Ley 100 de 1993".

Ahora bien, la existencia de un régimen convencional consagratorio de servicios adicionales a los establecidos en la Ley 100, no excluye la afiliación al régimen obligatorio de seguridad social en salud, pues como lo precisa el apoderado de la firma demandada, en tales eventos la empresa asume "los servicios médicos adicionales o complementarios, que prevé la Convención Colectiva de Trabajo" (fl. 45 *ib.*).

La Sala de Casación Laboral de esta Corporación ha destacado la imposibilidad en que se encuentra el trabajador para autoexcluirse del régimen legal de seguridad social en salud, pretextando la consagración de una mejor protección en la convención colectiva, pues además de proteger al trabajador, la Ley 100 consagra la

obli-gación tanto para los trabajadores como los empleadores, de contri-buir para que los sectores no laborales de la población se beneficien con el sistema de seguridad social integral (cfr. sentencia de homolo-gación de diciembre 4 de 1995, Mag. Pon. Dr. Escobar Enríquez).

Así las cosas, ante la inexistencia de actuación ilegítima alguna imputable a la empresa demandada, y la inexplicable omisión por parte del trabajador de afiliarse junto con su familia a una Entidad Promotora de Salud de libre elección, surge evidente el carácter infundado y caprichoso de la acción instaurada, debiéndose confirmar integralmente la providencia objeto de impugnación.

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:

1. *Confirmar* integralmente el fallo recurrido.

2. *Notificar* esta providencia de conformidad con el art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. *Remitir* las diligencias a la Corte Constitucional, una vez en firme esta providencia, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL. DERECHO DE DEFENSA: no se vulnera el derecho cuando se profiere calificación del mérito del sumario sin tener en cuenta, por extravío, los alegatos de conclusión elaborados por el procesado pues el sistema procesal colombiano exige la presencia de un defensor técnico, privilegiando su actuación en detrimento de aquel

Aún en el evento de haberse extraviado los alegatos de conclusión de los procesados, por razón imputable a la Asesoría Jurídica de la cárcel, tal situación no afecta para nada la normal tramitación del proceso penal, por cuanto el sistema procesal colombiano exige la presencia de un defensor técnico, privilegiando su actuación en detrimento de la auto defensa del procesado, por lo que si bien es cierto se reconoce a éste el derecho de presentar escritos, impugnar, alegar, etcétera, en el caso concreto que reclaman, sus alegatos no son necesarios para la validez procesal del acto de calificación, basta simplemente la acreditación del enteramiento personal del acto del cierre de la instrucción al defensor y a los sindicados detenidos y el vencimiento del correspondiente traslado para presentar las solicitudes que considere necesarias con relación a la calificación que deba adoptarse, para que el Funcionario Judicial pueda proceder al calificatorio en los términos de ley.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D. C., agosto doce (12) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

Radicación No. 3783. Aprobado Acta No. 94.

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la impugnación presentada por los accionantes *Parmenio Quiñones Ortiz, Carlos Alberto, Luis Arturo y Raúl González y Audelio Rodríguez* en contra del fallo proferido el 9 de julio de 1997 por la Sala Penal

del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila), por medio del cual negó la acción de tutela que invocaron los actores, reclusos de la cárcel del Distrito Judicial de esa ciudad, contra el asesor Jurídico de ese establecimiento, a quien señalan responsable de la pérdida de unos alegatos de conclusión que los reclusos entregaron para su remisión a la Fiscalía Regional de Bogotá, a donde nunca llegaron por lo que se consideran perjudicados en sus intereses.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

Los señores Parmenio Quiñones Ortiz; Carlos Alberto, Luis Arturo y Raúl González; y Audelio Rodríguez, internos en la cárcel del Distrito Judicial de Neiva (Huila), a disposición de un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá D. C., presentaron acción de tutela en contra del Asesor Jurídico del establecimiento carcelario a quien señalan incompetente en el desempeño del cargo y responsable de la pérdida de cuatro memoriales con destino a la Fiscalía Regional de Santa Fe de Bogotá D. C., en los cuales se "sustentaban los alegatos de conclusión del cierre de investigación".

Advierten que del extravío de tal documento se enteraron por la notificación de la misma Fiscalía del 27 de junio de 1997, en la que se les informaba que "por no haber presentado los alegatos, nos declaraban desierta dicha providencia y que hiba (sic) a dictar fallo condenatorio"

Concluyen entonces solicitando la solución de la anomalía; la intervención ante la Fiscalía para que les conceda una reposición y puedan presentar nuevamente sus alegatos, la "renuncia del jurídico" y que les nombren "una doctora femenina" porque las mujeres desempeñan el trabajo mejor y con orden.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila), mediante fallo del 9 de julio de 1997, negó la acción invocada por los señores Parmenio Quiñones Ortiz, Carlos Alberto, Luis Arturo y Raúl González y Audelio Rodríguez .

El Tribunal, sin identificar ningún derecho fundamental, señala que los reclamos de los actores deben ser presentados y resueltos al interior del proceso penal que actualmente enfrentan en un Juzgado Regional, pues esa actuación procesal es el medio expedito para la protección de los derechos reclamados y especialmente es la instancia adecuada para obtener la reposición impetrada.

LA IMPUGNACIÓN

El fallo fue apelado por los accionantes, quienes afirman que el Asesor Jurídico violó una ley y por lo tanto debe ser sancionado.

por lo que protestan porque se le rebaje una falta tan grave, ya que obstaculiza sus defensas en los procesos penales, afirmando que en el caso concreto del asunto al que están vinculados "desapareció los memoriales que presentamos como alegatos de conclusión ante los Fiscales Regionales de Santa Fe de Bogotá D. C", perjudicándolos al habérsele declarado desierto un recurso de apelación.

Concluyen solicitando que se visite la oficina del Asesor Jurídico para que se pueda apreciar que se encuentra retenido desde hace más de cuatro meses un memorial del interno Alvaro Maldonado en el que solicita su libertad por enfermedad permanente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La acción de tutela presentada por los internos Parmenio Quiñones Ortiz, Carlos Alberto, Luis Arturo y Raúl González y Audelio Rodríguez, contiene en principio una queja sobre el funcionamiento administrativo de la oficina de asesoría jurídica de la Cárcel del Distrito Judicial de Neiva (Huila), sobre cuyo presunto desgreño administrativo, este mecanismo extraordinario no es el instrumento adecuado para solucionarlo, pues solo puede utilizarse para la protección de derechos fundamentales que han sido violados o están en peligro inminente de serlo.

Sin embargo, como los cargos por el supuesto desorden y la arbitrariedad con la que se presta el servicio de tal oficina en el establecimiento carcelario, son serios y reiterativos, se dará traslado de los memoriales de los actores a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su cargo.

2. De otra parte, se observa en la fundamentación de la acción, que se alega, sin definirla, una posible violación al derecho fundamental al debido proceso, aunque la supuesta vulneración presenta características *sui generis*, pues para aceptar su presencia habría de reconocerse que la omisión de una autoridad administrativa, el asesor jurídico de la cárcel del Distrito Judicial de Neiva, en el cumplimiento de sus funciones relativas al trámite de la correspondencia de los internos, tiene incidencia directa en el adelantamiento del proceso penal al que se encuentran vinculados los actores, por cuanto el extravío de los memoriales generaría, según los accionantes, consecuencias procesales que determinaron la preclusión de una oportunidad procesal concreta.

Pero la situación teóricamente así planteada no corresponde a la realidad: las pruebas practicadas por el Tribunal de Primera Instancia ponen de presente el normal trámite de un proceso penal, dentro del cual los aquí actores y allá procesados han tenido la defensa técnica adecuada, como quiera que sus apoderados presen-

taron alegatos de fondo previos a la calificación sumarial y en la actualidad, ya en la etapa del juicio, se han recibido escritos conclusivos de los propios procesados y se espera el vencimiento del término correspondiente para la recepción de las conclusiones de los otros sujetos procesales. (folios 40 y 41)

Surge entonces evidente la inexistencia de violación alguna a un derecho fundamental de los señores Parmenio Quiñones Ortiz; Carlos Alberto, Luis Arturo y Raúl González; y Audelio Rodríguez. Conviene en todo caso aclarar que aún en el evento de haberse extraviado los alegatos de conclusión de los procesados, por razón imputable a la Asesoría Jurídica de la cárcel, tal situación no afecta para nada la normal tramitación del proceso penal, por cuanto el sistema procesal colombiano exige la presencia de un defensor técnico, privilegiando su actuación en detrimento de la autodefensa del procesado, por lo que si bien es cierto se reconoce a éste el derecho de presentar escritos, impugnar, alegar, etcétera, en el caso concreto que reclaman, sus alegatos no son necesarios para la validez procesal del acto de calificación, basta simplemente la acreditación del enteramiento personal del acto del cierre de la instrucción al defensor y a los sindicados detenidos y el vencimiento del correspondiente traslado para presentar las solicitudes que considere necesarias con relación a la calificación que deba adoptarse, para que el Funcionario Judicial pueda proceder al calificatorio en los términos de ley.

En este orden de ideas, por estas precisas razones habrá de confirmarse el fallo del 9 de julio de 1997 de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, señalando en concreto que la acción es improcedente por no existir ningún derecho fundamental violado ni en vía de serlo.

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:

1°. *Confirmar*, la sentencia de tutela del 9 de julio de 1997 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila), por las razones anotadas en la parte motiva.

2°. Por Secretaría líbrense las copias a que se hace mención en la parte motiva.

3°. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO: no hay vulneración del derecho cuando el juez profiere sentencia en un plazo célere

Lo que fija el legislador en el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil es un plazo máximo para el pronunciamiento, no puede constituir antiprocesalismo alguno el que el funcionario adopte la decisión en un lapso restringido, como tampoco viola el debido proceso el que la determinación se adopte sin el previo registro del proyecto, pues la razón de ser de este formalismo está en el alinderamiento del término que se le da al sustanciador para que elabore su proyecto, y el que le queda a la Sala para su estudio y decisión, lo que pierde razón de ser cuando la decisión se toma en un término breve muy inferior a los plazos mayores que señala la norma en comento.

Así las cosas, si el sustanciador produjo su proyecto, y la Sala decidió inmediatamente, ninguna vía de hecho ni acto arbitrario puede darse, menos cuando la decisión advierte que la ponencia se discutió y aprobó oportunamente, cuenta con el aval de cada firma, y sin corresponder a la definición de un tema particularmente complicado, lleva la decisión en sí una argumentación clara y suficiente, que deja ver el análisis de la situación objeto de la instancia.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D. C., catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Radicación No. 3792. Aprobado Acta No. 94.

Vistos

Por el presente proveído se desata la impugnación propuesta por el apoderado de *Alvaro Moreno Vélez*, contra el fallo del nueve de julio del año en curso mediante el cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín denegó la acción de tutela instaurada contra la Sala Civil del Tribunal Superior del mismo distrito.

ANTECEDENTES

El señor *Alvaro Moreno Vélez* en calidad de heredero de *Gustavo Moreno* instaura mediante apoderado, acción de tutela contra la sentencia del 15 de abril de 1997 emitida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín y el auto que decide el incidente de nulidad en la misma instancia, proferidos en el proceso de restitución de tenencia del local ubicado en la calle 48 No. 53-21 de Medellín, instaurado por de *Jaime Moreno Velásquez* y *Carmen Jiménez de Moreno*, contra *Gustavo Moreno*.

Se deduce del escrito presentado por el apoderado del accionante y de las fotocopias que se adjuntan al instaurar la acción de tutela que el planteo de los demandantes radica en la restitución del inmueble por cuanto el convenio de las partes que permite el alquiler del local tenía una duración indefinida con fechas de vencimiento, de mes a mes; con ese criterio el 27 de enero de 1994 se procedió a desahuciar al demandado, informándole que debía entregar el local seis meses después del vencimiento, esto es el 20 de agosto. La parte demandada propuso la excepción consignada como "*Vigencia del Contrato*" mediante la cual argumenta que ella es de un año contado desde el primero (1°) de Septiembre hasta el 31 de agosto, por lo que resulta jurídicamente imposible exigir la entrega el 20 de agosto.

Solicitó, entonces el representante del demandado a la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín la confirmación del fallo de primera instancia, rechazando las razones planteadas en la impugnación, y explicando los motivos que lo llevaban a apoyar la sentencia impugnada.

Sin embargo, al pronunciarse el Tribunal sobre el recurso de apelación y concretamente sobre la validez del desahucio, afirmó que al confrontar las afirmaciones del *a-quo* con las constancias obrantes en el proceso y el artículo 520 del código mercantil, concluía en que se: "exige que el desahucio que se le debe dar al inquilino para evitar una nueva prórroga contractual debe proceder a la fecha de terminación del acuerdo (Agosto 31/94) con no menos de seis meses, lo cual aplicado al *sub-lite* implicaría como mínimo que el desahucio tantas veces citado se realizara a más tardar el día 28 de febrero de 1994, el que se efectuó el 28 de enero, con efectos a partir del 20 de febrero de esa misma anualidad satisface en suma tal exigencia porque procedió a la fecha en, que, terminaría la nueva prórroga con más de los seis meses de que habla la norma en estudio, razón por la cual ilógico resulta considerar como inválido el desahucio de que ya se habló como lo hizo la *a-quo*".

Luego de analizar otros aspectos de la apelación, resolvió revocar lo dispuesto en los numerales segundo y tercero de la providencia

del juzgado y declarar judicialmente terminado el contrato entre los señores *Jaime Moreno Velásquez* y *Carmen Jiménez de Moreno* en calidad de arrendadores y *Gustavo Moreno Restrepo* en su carácter de arrendatario, disponiendo que los sucesores hicieran entrega a los actores del aludido inmueble.

El 30 de abril de 1997 el apoderado de la parte demandada solicitó la anulación de la sentencia de segundo grado invocando como causal de nulidad la prevista en los incisos primero y último del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil; al no adquirir la Sala competencia que le permitiera decidir, por incumplimiento de los trámites necesarios para pronunciarse, y por no resolver sobre la excepción propuesta en la contestación de la demanda, acorde a lo previsto en los artículos 306 y 304 del Código de Procedimiento Civil, que impone como requisitos del fallo que el Juez se pronuncie sobre las excepciones y que la decisión sea clara y expresa, solicitando además la práctica de varias pruebas.

El 2 de mayo de 1997 la Sala Unitaria del Tribunal rechazó de plano la nulidad impetrada por considerar que las causales invocadas no originan la invalidez del fallo y rehusó aceptar la complementación de la decisión, por lo que el 9 se instauró en contra de ese auto el recurso de súplica, afirmándose que la nulidad invocada es por falta de competencia, y que las causales de invalidez no son taxativas pues la Jurisprudencia y la Doctrina han aceptado como nulidad la carencia de motivación. Además, que la petición se encamina a que el incidente se declare abierto.

La Sala Dual de Decisión del Tribunal se pronunció el 22 de mayo, negando la propuesta al contemplar que en ninguna norma del Código de Procedimiento Civil se indica la unidad de reunión y de discusión que solo depende de la complejidad de los asuntos a resolver, y que el hecho que el asunto se despache el mismo día se origina en su sencillez y el intercambio de ideas entre el ponente y los miembros de la Sala, trámite suficiente para colmar las aspiraciones del Juez colegiado. Asimismo encuentra inaceptable que se proponga la no consideración de la excepción en la sentencia y como refutación transcribe apartes del fallo.

Obra en el paginario declaración extrajuicio rendida el 28 de abril de 1997 por el señor *Libardo Antonio Moreno Vélez* en la cual afirma que el 22 de abril de 1997 acudió al Tribunal en compañía de la Dra. *Gloria Cecilia Henao* con el fin de indagar por el proceso, y que en diálogo sostenido con el Dr. *Silvio Arias Zuluaga* estableció que el proyecto no había sido debatido, y que los Magistrados de la Sala Dual se habían limitado a firmar la propuesta presentada por la Magistrada Ponente.

El mandatario del accionante instaura entonces a nombre de este, acción de tutela, por considerar viable el amparo de los derechos del debido proceso y de defensa previstos en el artículo 29 de la Constitución Política, y como sustento de la acción propone encauzar su planteo a demostrar cómo la sentencia emitida por la Sala Civil debe ser examinada como vía de hecho, al tener en cuenta los siguientes aspectos:

El incidente de nulidad se sugiere con sustento en el primer y último inciso del artículo 142 del Código de Procedimiento Penal, causal que admite su alegación con posterioridad a la sentencia, sin que los motivos para dar aplicación a la norma son taxativos. La Magistrada Ponente al conocer del incidente lo rechaza por considerar que los fundamentos de la nulidad no se enmarcan dentro de las causales que la hacen posible y al fallar el recurso de hecho los Magistrados de la Sala Dual profieren una decisión contradictoria, pues no se pronuncian con la revocatoria o la confirmación del auto recurrido, sino que lo hacen de fondo sobre el incidente.

Precisa, que el artículo invocado autoriza al Juez a resolver de plano cuando no considere necesaria la práctica de pruebas, pues de lo contrario debería aceptar el incidente. Como el objeto del asunto consistía en verificar la discusión de la ponencia del proveído emitido por la Sala Civil del Tribunal, mediante la recepción de testimonios, los funcionarios optaron por no practicarlos ni declararse impedidos, a fin de que otra Sala tomara la decisión y permitiera el cumplimiento efectivo del derecho de defensa.

Otra circunstancia que se orienta demostrar es que la decisión no fue tomada en Sala, pues el fallo fue emitido el 15 de abril, fecha en la que pasó el expediente al Despacho después de permanecer en Secretaría hasta el 14 del mismo mes. Este procedimiento lleva a conceptuar al actor que no existió debate, y por ello, la sentencia se profiere antes de la deliberación, sin garantizar el derecho a la parte demandada de ser escuchada por toda la Sala quebrantando así el debido proceso, pues concluye que no existió proyecto para someter a discusión, y observa además que el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil impone la obligación de registrarlo, y a partir de allí a contabilizar los términos, para que la Sala de Decisión profiera la sentencia, sin que para el actor sea de recibo decir que la sencillez del asunto libera la obligación de registrar el proyecto y discutirlo.

Refiere que la sentencia no analizó la excepción de vigencia del contrato, pues la argumentación se encauza a expresar que si bien el desahucio se hizo con más de seis meses de anticipación, el trámite fue inapropiado y no produce efectos, como ordenar la

entrega del local antes de la fecha de vencimiento del contrato. La Sala Dual afirma que si analizó este aspecto, y para ello transcribe apartes de la decisión, considerando en forma errada que lo solicitado por el demandado era obtener pronunciamiento en la parte resolutiva del fallo, pues esa no era la solución buscada, pues el fundamento del alegato se traduce en afirmar que el Tribunal ni explícita ni implícitamente consideró la excepción.

Aclara que la contestación de la demanda cuestionó el desahucio al ser utilizado como medio para lograr la entrega del local, antes del vencimiento normal del contrato, por lo que la sentencia de primer grado acogió el planteamiento. Pero pese a que ante la segunda instancia se reiteró este punto como argumento central de la defensa, es insostenible aseverar que se resolvió acerca de la excepción, pues en el fallo lo que se expresa es que el desahucio procede con seis meses de anticipación. El Tribunal estaba en la obligación de explicar la razón que le asistía para decir por qué el desahucio "no era cierto que estaba mal hecho", pero al pasar por alto la argumentación, se quebranta el derecho a la defensa. Además, el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil impone la obligación de proferir una decisión expresa y clara sobre las excepciones.

Por último, concluye que la sentencia de la Sala Civil es una vía de hecho, como también lo es el rechazo del incidente de nulidad, y que el Juez de Tutela debe ordenar el trámite de ese incidente. Afirma que si bien la sentencia admite el recurso de revisión, y éste se va a instaurar, si el trámite es demorado, por lo que solicita la tutela ante el perjuicio irremediable.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín avocó el conocimiento de la acción, solicitó a la Secretaría de la Sala Civil constancia orientada a establecer si se registró el proyecto de sentencia en el proceso y si éste se fijó en un lugar visible de la Secretaría; y el Secretario General de esa Sala certificó que en el proceso de la referencia no se registró proyecto, en razón a que el mismo día que ingresó el proceso al Despacho, se dictó el fallo respectivo, luego de disponer se surtieran las notificaciones de rigor.

La Sentencia Impugnada

Argumenta el Tribunal, al denegar la petición del accionante, que la ley procesal civil no contempla la obligación de los jueces o de los magistrados de someterse a la presentación de un proyecto de decisión, apreciando el sentido del artículo 124 de la siguiente forma: "..los magistrados deberán dictar las providencias que les corresponde o presentar los proyectos de las que sean de conocimiento de la Sala", aspecto que significa que si no existe proyecto

al analizar con antelación el expediente, y están de acuerdo en la decisión, el camino es emitir el fallo y suscribirlo.

El evitar cumplir con el formulismo de presentar el proyecto no atenta contra el debido proceso, puesto que los funcionarios tienen ocasión de debatir los puntos de vista relacionados con el asunto, la decisión es tomada por los tres magistrados y prueba es que la suscribieron y consistieron, y administraron justicia por encima del rito de reunirse previa orden para "formalizar" lo decidido.

Tampoco se observa vulneración al debido proceso al tomar la Magistrada Ponente la decisión de rechazar de plano la nulidad, por fundarse en causal distinta de las señaladas en el artículo 143 inciso 4o. del Código de Procedimiento Civil, y cuando el interesado instaura el recurso de queja ante la Sala Dual, ésta se pronuncia mediante confirmación de la negativa de la nulidad, cumpliendo con el rito sustancial, y manteniendo el derecho de defensa incólume. Los reparos conceptuales relativos a la excepción propuesta, son materia de decisión del superior jerárquico mediante el recurso extraordinario de revisión previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Por lo anterior sostiene el Tribunal que no tiene ocurrencia el perjuicio irremediable con la decisión proferida, pues la legalidad del asunto no se discute, y si bien las decisiones pueden ser calificadas por las partes como injustas, lo cierto es que son formal y sustancialmente justas, situación que no autoriza el ejercicio de una acción de tutela, ante la no existencia de perjuicio irremediable. Existen además medios de defensa al interior del Código de Procedimiento Civil, como es el recurso extraordinario de la revisión.

La Impugnación

No comparte el impugnante las apreciaciones del *a quo* por considerar:

1. Que al analizar el aspecto del perjuicio irremediable se incurre en petición de principio, pues la sentencia es el origen del perjuicio, y si ella no es vía de hecho, no se ocasiona ese resultado. Luego es la sentencia el tema de discusión.

2. El registro del proyecto es necesario. El artículo 124 del Código de Procedimiento Civil indica los mecanismos dentro de los cuales se deben efectuar los pronunciamientos y uno de ellos es el registro del proyecto. Con el argumento del Tribunal que resuelve la acción, la obligación de registrar el proyecto y fijar el aviso en la Secretaría quedaría extinguida, planteamiento que no comparte pues es el registro del proyecto es la seguridad que sustenta la existencia de

una ponencia y su discusión, y por ello la esencia del debido proceso y del derecho de defensa.

3. Considera grave que el Tribunal acepte como juez de tutela que la Sala Civil discutió la sentencia antes de escuchar la alegación de segunda instancia, si el fallo es de fecha 15 y el término para alegar venció el 14. Por ello cuestiona cómo conocieron la alegación, y si el escrito no era de trascendencia, se incurre en violación del derecho de defensa.

4. El fallo impugnado precisa que al suscribir los Magistrados *Arias* y *Carvajal* la sentencia, se demuestra su acuerdo, sin tener en cuenta que existen dos testigos que aseguran aspecto diferente y a los cuales no se les ha permitido declarar. Además de la existencia de indicios graves que conducen a establecer la no deliberación, como es la ausencia del registro del proyecto su fijación en lugar visible de la Secretaria, y el desconocimiento de la hora de entrada del proceso al Despacho de la Magistrada.

5. Considera que cualquier decisión que se tome antes de oír la alegación de las partes (que fue lo que ocurrió por parte de la Magistrada Ponente) y presuntamente sin que los otros Magistrados discutieran la sentencia, origina una grave violación al derecho de defensa.

6. En referencia al incidente de nulidad precisa que la Magistrada Ponente lo rechaza por no estar previsto en la ley, pero los otros magistrados se pronuncian de fondo. Luego si era improcedente, es un error decidir sobre la causal sin decretar pruebas, máxime si se cuestionaba a estos funcionarios.

7. El Tribunal, Sala Penal, indica que no tiene la autoridad y discreción para decidir sobre la excepción, apreciación que cuestiona, pues el Juez de Tutela esta llamado a estudiar el punto, la conclusión no era si la excepción debía prosperar, sino dilucidar si la Sala Civil estudió esa pretensión. Así mismo si la excepción no fue analizada se soporta la no existencia de proyecto.

8. Los reparos de procedimiento son de gran seriedad y se convierten en una flagrante vía de hecho que no permite el desarrollo adecuado de los principios de contradicción y discusión en la sentencia judicial atacada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El amparo constitucional impetrado por el apoderado del accionante *Alvaro Antonio Moreno Vélez* tiene como propósito innegable invalidar la sentencia de segundo grado proferida el 15 de abril de 1997 por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, al interior del proceso de restitución de inmueble que promueven en calidad

de demandantes los señores *Jaime Moreno Velásquez* y *Carmen Jiménez de Moreno* en contra del arrendatario *Gustavo Moreno Restrepo* (hoy fallecido), decisión que innegablemente le afecta como sucesor del arrendatario ante el deber de entregar el inmueble ubicado en la calle 48 número 53-21 de la ciudad de Medellín.

Desde este punto de partida, la primera respuesta que el actor merece tiene que ser la que le haga presente la improcedencia de la tutela para controvertir decisiones judiciales, conclusión que emana no solamente del artículo 6-1 del Decreto 2591 de 1991 en cuanto que existiendo mecanismos de defensa judicial al interior de los procesos para controvertir esa clase de decisiones, no es posible someterlas paralelamente a controversia por la vía de la tutela, pero además, porque como ha sido el entendimiento persistente de esta Colegiatura, luego avalado por el fallo de la Corte Constitucional de octubre 1° de 1992 que declaró inexequible el artículo 40 del aludido decreto, por ser la acción de tutela un mecanismo residual, no puede intentarse para controvertir decisiones judiciales ni mucho menos para desconocer determinaciones amparadas con el valor de la cosa juzgada, salvo apenas la ocurrencia de actos de simple abuso o arbitrio, constitutivos de verdaderas vías de hecho.

Como en ese plano ubica el accionante su reclamo, es de advertir que revisado el trámite que acompaña la decisión de la cual viene discrepando, ninguna violación al debido proceso se vislumbra porque se haya resuelto la apelación el mismo día de ingreso del expediente a la oficina del Magistrado sustanciador, como tampoco porque previa la suscripción de esa decisión no fuera registrado el proyecto de providencia.

En relación con lo primero, sorprende que en un momento en que los reclamos a la actividad judicial reprochan la lentitud de sus determinaciones, vengan precisamente a proponerse otros enderezados contra su celeridad, cuando ella cumple el postulado de una pronta y cumplida justicia, sin sacrificio en el trámite previo a la adopción de la providencia respectiva.

En tal sentido procede recordar que para la adopción de las decisiones interlocutorias, el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil señala un término de diez días, y de cuarenta para las sentencias, "contados todos desde que el expediente pase al despacho para tal fin".

Luego si lo que fija el legislador es un plazo máximo para el pronunciamiento, no puede constituir antiprocesalismo alguno el que el funcionario adopte la decisión en un lapso restringido, como

tampoco viola el debido proceso el que la determinación se adopte sin el previo registro del proyecto, pues la razón de ser de este formalismo está en el alinderamiento del término que se le da al sustanciador para que elabore su proyecto, y el que le queda a la Sala para su estudio y decisión, lo que pierde razón de ser cuando la decisión se toma en un término breve muy inferior a los plazos mayores que señala la norma en comento.

Así las cosas, si el sustanciador produjo su proyecto, y la Sala decidió inmediatamente, ninguna vía de hecho ni acto arbitrario puede darse, menos cuando la decisión advierte que la ponencia se discutió y aprobó oportunamente, cuenta con el aval de cada firma, y sin corresponder a la definición de un tema particularmente complicado, lleva la decisión en sí una argumentación clara y suficiente, que deja ver el análisis de la situación objeto de la instancia.

Por último y en lo que hace relación con el incidente de nulidad, basta con ver que su rechazo de plano tampoco constituye un acto de simple arbitrio funcional de su signante, sino el obedecimiento de una facultad prevista en el artículo 138 del Código de Procedimiento Civil, dándole al inconforme la garantía del trámite y la decisión del recurso que interpuso, sin que ofrezca seriedad alguna la afirmación del accionante en cuanto dice dolerse, no porque la Sala Dual no haya dirimido el asunto, sino porque se excedió tal vez en argumentos, lo que le lleva a afirmar que decidió "de fondo".

Sin que sea competencia del funcionario de tutela entrar a resolver sobre el acierto o error de las decisiones judiciales, basta lo expuesto para adverar que de lo actuado no asoma la ocurrencia de una violación de hecho, por lo que de las varias razones ofrecidas surge la necesaria confirmación del fallo recurrido.

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:

Primero. Confirmar la sentencia impugnada, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Penal, denegó la tutela interpuesta por el representante de *Alvaro Antonio Moreno Vélez* contra una Sala de Decisión Civil de esa misma Colegiatura.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Tercero. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar (no firmó), *Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CESACION DE LA ACTUACION IMPUGNADA: la cesación puede provenir de la voluntad del demandado o de un tercero /INDEMNIZACION EN TUTELA: establecida la relación causal entre el contenido de plomo en la sangre de los infantes y las emanaciones tóxicas de las chimeneas de la Empresa accionada, se condena por concepto de daño emergente al suministro de atención médica para los menores.

1. Débese advertir que resulta indiferente que la cesación de la actuación impugnada provenga de la voluntad del demandado en tutela o de un tercero, toda vez que lo trascendental es la efectiva culminación de la acción u omisión lesiva del derecho fundamental conculcado.

2. La condena en perjuicios será avalada por la Sala, en tanto se entienda como daño emergente derivado de la relación causal que puede inferirse entre el contenido de plomo en la sangre de los infantes y las emanaciones tóxicas de las chimeneas de la Empresa accionada, en razón de la cercanía de su residencia, la comprobada y aceptada manipulación de tal metal y su emisión a la atmósfera en cantidades superiores a los límites permitidos.

Entonces, la acción de tutela se declarará fundada solamente para efectos de la atención medica que se les debe prestar a los menores, la cual será la indispensable para lograr la recuperación su salud, de acuerdo con lo que dispongan los galenos y expertos correspondientes, luego de las valoraciones y dictámenes del caso.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Córdoba Poveda.*

Radicación No. 3793. Aprobado acta N° 96.

VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el accionante Daniel Quintero Cortés y la representante de la Compañía Metalúrgica Bera de Colombia S.A. contra la decisión del pasado 18 de junio por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali accedió a tutelar los derechos a la salud, la vida y el medio ambiente sano de los menores *Raquel* y *José Daniel Quintero Ceballos*, vulnerados por dicha empresa industrial y comercial.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Demanda el solicitante la protección de los derechos fundamentales de sus dos menores hijos (*Raquel* y *José Daniel* de 6 y 1 año respectivamente), toda vez que en su calidad de vecinos de la empresa metalúrgica Bera S.A., ubicada en el sector Sena-Salomia de la ciudad de Cali, se ha visto afectada su salud al respirar aire contaminado por la actividad industrial desarrollada por aquélla.

En estas condiciones reclama la intervención del juez constitucional a fin de que se suspenda la actividad polucionadora en beneficio de los derechos fundamentales de sus hijos, previa realización de un examen "de plomo" en la sangre de los mismos.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

En el trámite de esta acción el Tribunal Superior de Cali ordenó practicar un examen de plumbemia tanto en el accionante como en sus menores hijos, con el cual se estableció, mediante dictamen emitido por el Seguro Social, División de Atención en Salud Ocupacional, lo siguiente:

Los niños *Raquel* y *José Daniel* poseen en su sangre un contenido superior al permitido de partículas de plomo, como quiera que el nivel tolerable en infantes es de 10 ug/DL y en el particular caso la primera registra 20.3 ug/DL y el segundo 19.0 ug/DL, circunstancia que no es igualmente predicable para el propio actor quien presenta 20.3 ug/DL, cuando la cifra tolerable en el adulto puede llegar hasta 30.9 ug/DL.

En consecuencia, acudiendo prolijamente a criterios axiológicos acerca del derecho a la vida digna y a las condiciones de existencia razonables, concluye que este derecho fundamental se encuentra en la cúspide de la valoración sistemática que el Legislador Constitucional quiso fuera el parámetro de interpretación de los derechos fundamentales.

Por ello, dice el Tribunal, derechos como la libre empresa y trabajo no pueden ejercerse indistinta e indiscriminadamente, sosla-

yando otros derechos de mayor rango y de incidencia trascendental a la comunidad, como la vida.

Encontrando relación de causalidad entre la actividad industrial de la empresa demandada en tutela y el silencioso pero grave padecimiento de los menores Quintero Ceballos, decide el juez constitucional de primera instancia amparar sus derechos fundamentales y, por consiguiente, ordena que en el término de las 48 horas siguientes al proferimiento del fallo se clausure absolutamente la quema de cualquier elemento o material que produzca emanación de plomo.

También dispone que "*en forma inmediata*" se suministre el tratamiento médico y clínico necesario para "*la recuperación de la salud de los menores Raquel y José Daniel Quintero Ceballos*", por cuenta y sufragándose todos los gastos por la empresa Bera S.A.

No sobra agregar que en la misma sentencia se le ordena al DAGMA que contrate con la Universidad del Valle u otra entidad de carácter científico, un estudio técnico acerca del impacto ambiental que producen las emanaciones de plomo de las chimeneas de dicha factoría.

LA IMPUGNACIÓN

Dos son las impugnaciones que se presentan.

El actor manifiesta que su inconformidad radica en que establecido que sus menores hijos poseen un alto nivel de plomo en la sangre, lo que se pudo comprobar dentro del trámite de ésta acción constitucional, debió haberse condenado adicionalmente en perjuicios a la empresa demandada.

La representante de Bera de Colombia S.A. igualmente la impugna, poniendo de presente, *prima facie*, que en el sector dentro del cual se ubica el establecimiento comercial, por demás de carácter mixto (industrial y urbano), derivado del crecimiento no planificado de la ciudad de Cali, existen otras 72 empresas dedicadas a labores similares.

Más aún no debió prosperar la tutela, estima, cuando la compañía cumplió con los requisitos de orden administrativo para su funcionamiento, licencias administrativas y permisos sanitarios del caso.

En estas condiciones, considera que el fallo del Tribunal es "arbitrario", pues viola principios constitucionales como el derecho al trabajo de cerca del ochenta por ciento de los trabajadores que quedarán cesantes, el derecho a la libre empresa y la iniciativa que había tenido Bera para desarrollar en el futuro actividades de planificación para evitar la contaminación.

De la misma manera, muestra su inconformidad con el hecho que "tan sólo" se hubiese valorado el examen de plumbemia practicado por el Seguro Social y, peor aún, que se le hubiera asignado el valor de "plena prueba", desconociéndose los esfuerzos de Bera para impedir la contaminación como haberse cambiado cerca de 270 mangas (elementos filtrantes) de sus chimeneas, en evidente protección a la comunidad.

Por todo lo anterior, reclama la revocatoria de la decisión del Tribunal "y/o" hacer claridad sobre los alcances del fallo, toda vez que la clausura de la quema de materiales con liberación de plomo prácticamente deja a la empresa sin actividad económica, lo cual implicaría el incumplimiento de múltiples compromisos comerciales nacionales e internacionales.

Por último, muestra la impugnante la indeterminación del fallo en punto del tratamiento médico que se sugiere practicar a los menores, pues de acuerdo con informaciones conocidas "vía internet":

"Una primera conclusión puede darse en el sentido de que un menor con niveles de plomo en sangre en el orden de 20-26 mcg/dL, si bien está en riesgo y el nivel de plomo en su sangre es alto, requiere evaluación médica completa pero no tratamiento médico y clínico como lo pide el fallo de Tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali".

Precisamente, para comprobar lo anterior, solicita se practiquen las siguientes pruebas: a) se pida al médico que realizó el examen de los menores, determine cuál es el tratamiento a seguirse y los exámenes complementarios; b) se realice una toma de muestras de aire en el sector Sena-Salomia; c) se disponga lo necesario para lograr una toma masiva de muestras de sangre con distintos puntos de la ciudad de Cali a fin de establecer los niveles de contaminación de su población y d) se pida al Instituto Nacional de Salud certificación acerca de los niveles máximos de plomo permitidos en la sangre de los colombianos.

LA CORTE CONSIDERA

Previo a cualquier consideración, debe advertir la Sala que estando en trámite la presente acción de tutela, el Departamento Administrativo del Medio Ambiente del Municipio de Santiago de Cali, en cumplimiento, según se menciona en el propio acto administrativo, de las atribuciones conferidas por la Ley 99 de 1993, el Acuerdo Municipal 01 de mayo de 1996 y en acato del fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 5 de junio de 1997, en acción promovida por los menores Andrés Taba Castro y Kenny Castro, profirió la resolución No. 135 del 12 de junio de 1997 que en la parte pertinente reza:

"Artículo 1°. Confírmase la suspensión de actividades relacionadas en los numerales 1 y 2 que generan contaminación ambiental por plomo, hasta cuando se realice toda adecuación necesaria para evitar la contaminación ambiental. Una vez efectuada la adecuación pertinente, la que deberá comprobarse por el DAGMA, se ordenará por éste mismo y bajo su responsabilidad la reactivación de sus actividades".

"(...).

"Artículo 4°. La verificación de los estudios de emisiones presentados por la empresa serán a costo de la Compañía Metalúrgica de Bera de Colombia S.A.".

"(...).

"Artículo 6°. Contra la presente resolución no procede recurso alguno".

Considerando que una de las pretensiones del peticionario Quintero Cortés con la interposición de la presente acción de tutela era la de lograr la suspensión de las actividades contaminantes especialmente las derivadas de la liberación de partículas de plomo y como quiera que en la tramitación constitucional instaurada por los menores Castro, ya referida, se ordenó al Dagma que procediera a dicha interrupción, habiendo tal entidad proferido la resolución transcrita, debió haberse procedido en primera instancia de acuerdo con el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 y ordenar la cesación de la actuación impugnada, toda vez que carecía de objeto que el juez constitucional decretara la suspensión de las labores contaminantes, cuando ya fue ordenada.

Con base y en atención a estas circunstancias, el legislador extraordinario al expedir el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, previó en su artículo 26, lo siguiente:

"Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes".

En otras palabras, lo que se busca con este excepcional medio es que una vez se verifique la situación de vulneración o amenaza, el juez constitucional profiera una orden o adopte las medidas conducentes para que cese de inmediato la afectación del bien jurídico protegido. Pero si esa vulneración o amenaza desaparece, en el trámite de la tutela, ésta carece de objeto, pues no hay derecho fundamental para proteger.

Débese advertir que resulta indiferente que la cesación de la actuación impugnada provenga de la voluntad del demandado en tutela

o de un tercero, toda vez que lo trascendental es la efectiva culminación de la acción u omisión lesiva del derecho fundamental conculcado.

En consecuencia, si bien las razones que revela el expediente llevan indudablemente a la tutela del derecho a la salud y la vida de los menores Raquel y José Daniel Quintero, la constancia recibida acerca del proferimiento de la resolución clausurativa de las actividades contaminantes hacen innecesario cualquier pronunciamiento al respecto.

Se insiste, con fundamento en el mencionado artículo 26, en que la acción de tutela ha debido ser desestimada, con la única salvedad, si se consideraba pertinente, de la condena en perjuicios que efectivamente decreta la Sala de decisión del Tribunal Superior de Cali, pues no otra cosa es la orden perentoria del juez constitucional para que sea dispensada la atención médica a los menores Raquel y José Daniel Quintero Ceballos.

La condena en perjuicios por vía de tutela, si bien es cierto se ha visto limitada al cumplimiento de ciertos requisitos, como que posea una íntima relación con el efectivo goce del derecho conculcado, que no exista otro mecanismo de defensa judicial y que la lesión provenga de una actitud arbitraria de la entidad pública o privada, en este caso debe aceptarse su reunión, pues debe ser vista como corolario de un efectivo goce del derecho a la salud y en un futuro mediato del derecho a la vida de los niños involucrados. De otra parte, si bien es cierto existen otros mecanismos judiciales para reclamar dicho daño emergente, estima la Sala, no resultarían medianamente razonables frente a las expectativas de prontitud, celeridad y necesidad de una adecuada atención médica. Por último, la grave afectación a la salud de los caleños, causada por las emisiones de plomo, producto de una acción que puede conceptualmente catalogarse como de unilateralmente arbitraria.

Tal condena en perjuicios será avalada por la Sala, en tanto se entienda como daño emergente derivado de la relación causal que puede inferirse entre el contenido de plomo en la sangre de los infantes y las emanaciones tóxicas de las chimeneas de la Empresa Bera de Colombia S.A., en razón de la cercanía de su residencia, la comprobada y aceptada manipulación de tal metal y su emisión a la atmósfera en cantidades superiores a los límites permitidos.

Entonces, la acción de tutela se declarará fundada solamente para efectos de la atención médica que se les debe prestar a los menores, la cual será la indispensable para lograr la recuperación de su salud, de acuerdo con lo que dispongan los galenos y expertos correspondientes, luego de las valoraciones y dictámenes del caso.

No sobra advertir que esta condena en perjuicios no resulta incompatible con cualquier otro mecanismo ordinario y judicial que se intente para reclamar los mismos. Lo que aquí se determina se refiere, exclusivamente, a la atención médica, en razón de su indudable urgencia.

Con relación a los distintos elementos probatorios cuya práctica solicita la representante de la empresa demandada, deberán negarse, toda vez que inferida la relación de causalidad entre la actuación de la metalúrgica y la afectación de la salud de los menores, no se hace necesario ahondar en más comprobaciones para determinar lo que fehacientemente muestran los datos allegados.

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:

1. *Negar* las pruebas demandadas por la representante de la Compañía Metalúrgica Bera de Colombia S.A..

2. *Revócase* parcialmente la decisión del Tribunal Superior de Cali y objeto de impugnación en tanto tutela los derecho a la salud, vida y ambiente sano, impetrada por el ciudadano Daniel Quintero Cortés (numerales primero y segundo), para en su lugar negar el amparo por carencia de objeto a tutelar de conformidad con las motivaciones expuestas en esta determinación.

3. *Confírmase* en todo lo demás la sentencia, entendiéndose, especialmente, que queda vigente la orden de atención médica inmediata a los menores en idénticos términos a los expuestos por el Tribunal (numeral tercero).

4. Ejecutoriada esta determinación remítase el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

5. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO DE PETICION: Se vulnera el derecho cuando el fiscal, en la etapa de investigación previa, con el argumento que en ésta no existem sujetos procesales, no responde las peticiones formuladas por los afectados con medidas como la retención de vehículos

Entender que por el hecho de que ante las peticiones elevadas el funcionario accionado, simulara responder con resoluciones ordenando la práctica de piuebas, y lo que es más censurable, que transcurrido un tiempo considerable, apenas, en auto de junio del año en curso se limitara a reconfirmar su conducta omisiva, en el sentido de que no daba respuesta a las solicitudes del aquí accionante, "máxime cuando todavia no ha sido sometido a versión libre", no es argumento válido para afirmar, que con tal proceder, se ha satisfecho el derecho de petición.

Resulta francamente censurable que después de un año de iniciada la investigación previa, el Fiscal se haya enfrascado en una sin salida por considerar que siendo investigación previa no hay sujetos procesales, y por ende no puede responderles, ya que precisamente por esa razón es que siendo que el peteute aún no tiene adquirida ninguna calidad dentro del proceso, está habilitado como cualquier otro ciudadano a elevar respetuosas peticiones, que, por supuesto, no impliquen la violación de la reserva sumarial.

IMPUGNACION - Necesidad de sustentar la impugnación para proceder al estudio de la tutela en segunda instancia (Salvamento de Voto)

Corte Supremo de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D. C., diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Radicación No. 3811. Aprobado Acta No. 96.

VISTOS

Decide la Corte la impugnación presentada por el apoderado del ciudadano *Samuel Gerardo Galeano Pilonieta*, contra el fallo de tutela proferido el 16 de julio del año en curso por el Tribunal Superior de Cundinamarca, por medio del cual se le negó el amparo a los derechos de petición y debido proceso, presuntamente vulnerados por el Fiscal Seccional No. 2 de Cáqueza.

LA ACCIÓN

Dice el apoderado del accionante, que éste adquirió en Santafé de Bogotá una volqueta marca Chevrolet, modelo 1955, y habiéndola cancelado en su totalidad recibió a cambio un traspaso en blanco y una tarjeta de propiedad a nombre de José Alirio Meza Gamboa expedida por las autoridades de tránsito de Cáqueza.

Agrega también que por necesidades de trabajo el ahora accionante la utilizó para sus necesidades profesionales como ingeniero, en la Paz (Santander) sin haber actualizado la documentación ante las autoridades de Cáqueza a fin de figurar en la tarjeta de propiedad como el actual dueño del vehículo.

Así las cosas, dice, dicho automotor fue aprehendido por la Sijin de Vélez y puesto a disposición de la fiscalía Seccional de dicho municipio, disponiéndose posteriormente el envío del expediente a la Fiscalía de Cáqueza donde radicaron las diligencias preliminares No. 1791, por encontrarse allí matriculado el vehículo, autoridades ante las que el propietario solicitó su entrega en calidad de depósito, pues se trata de un poseedor de buena fe, sin que hubiese obtenido respuesta.

No obstante, y luego de indagar en la Fiscalía de Cáqueza sobre la respuesta a las peticiones de entrega elevadas desde el 19 de noviembre de 1996, solo hasta el 29 de abril del año en curso se le respondió exigiéndole que el traspaso del vehículo estuviera a nombre de *Samuel Gerardo Galeano* para proceder a ello, y por ese motivo, el siguiente 30 de abril, puso a disposición de dicha autoridad el referido traspaso en blanco, sin que tampoco se le respondiera, pues en las diversas oportunidades en que se acercó a la Fiscalía para averiguar sobre el pronunciamiento el propio accionado le manifestó sucesivamente que a la semana siguiente, hasta que el 4 de junio pasado se le informó que solo podía resolverse tal petición una vez obtuvieran respuesta sobre el historial del vehículo.

Ante tal actitud, solicitó la colaboración del Personero, quien se comprometió a intervenir, pero éste funcionario también ha eludido el cumplimiento de su función.

Asimismo la propia secretaria del de la Personería de Cáqueza le manifestó que se entrevistó con el Fiscal y éste le contestó que no podía resolver la mencionada petición de entrega hasta que no practicara una inspección al vehículo, en la ciudad de Vélez, y por tanto, desconocía cuándo se efectuaría la misma.

Solicita en consecuencia, se ordene al Fiscal accionado que decida sobre la petición elevada a nombre de *Samuel Gerardo Galeano Pilonieta* sobre la entrega del vehículo que se encuentra a su disposición dentro de las diligencias preliminares No. 1791, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

El Fallo

Partiendo de una serie de precisiones sobre el núcleo esencial del derecho de petición, cuya confrontación hizo con las copias que de las diligencias preliminares se allegaron a la actuación, encontró el Tribunal que las cinco peticiones presentadas por el apoderado de *Galeano Pilonieta* fueron oportunamente respondidas en forma negativa por la autoridad accionada, sin que de ello se hubiese notificado al interesado, pues lo fueron mediante decisiones de cúmplase.

Por tanto, en lo relativo al derecho de petición, estimó pertinente ordenarle al Fiscal accionado que procediera a notificar al accionante las decisiones tomadas sobre sus diversas peticiones dentro del término de 48 horas.

En lo que tiene que ver con el debido proceso, no obstante considerar que la Fiscalía no ha actuado con la diligencia que le corresponde en el caso concreto, dilatando indefinidamente la posibilidad de emitir un pronunciamiento de fondo en las referidas preliminares, no encontró vulnerado el precitado derecho, pues el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial que puede ejercer dentro de dicho proceso, sin que se advierta la presencia de un perjuicio irremediable.

Sin embargo, por este motivo dispuso la expedición de copias para que se investigue disciplinariamente a los funcionarios que han intervenido en dicho proceso.

Contra la anterior decisión, el apoderado del accionante interpuso recurso de apelación sin exponer las razones de disentimiento con el fallo de primer grado.

Consideraciones

1º. Aunque ha sido el criterio mayoritario de la Sala la procedencia del estudio de fondo de la impugnación de tutela, aún cuando el inconforme no exprese las razones que lo motivan a disentir, y

así se procederá en este caso, atendiendo al principio de informalidad que guía este mecanismo constitucional de protección de derechos fundamentales, resulta cuando menos censurable, que actuando el petente por medio de abogado, este no haya sustentado su inconformidad.

2º. Ahora, comoquiera que la vulneración de los derechos cuyo amparo reclama el accionante, se derivan de la actuación surtida dentro de las diligencias previas No. 1791 adelantadas por la Fiscalía Seccional de Cáqueza, se hace necesario detallar el desarrollo de las mismas, teniendo en cuenta para ello las copias que a esta acción se allegaron, así:

El 21 de febrero de 1996, la Sijin de Vélez, pone a disposición de la Fiscalía Seccional No. 2 de dicho municipio, la volqueta de placas SVA 543, informe con base en el cual dicha autoridad judicial, el 1º de marzo del mismo año, dicta una resolución ordenando iniciar la investigación previa.

Así, el 1º de abril de ese año, dicha Fiscalía resolvió negativamente la solicitud de entrega provisional del vehículo, que el 28 de marzo le hiciera *Galeano Pilonieta.*

Posteriormente, el 22 de mayo de 1996, aquél le otorga poder al abogado que ahora lo representa en esta acción para que en su nombre, realice todas las gestiones tendientes a la entrega provisional de la mencionada volqueta y, a su turno, por resolución del 26 del de julio, la fiscalía de Vélez dispone la remisión de las diligencias a la fiscalía Seccional de Cáqueza, por encontrar que la posible falsedad en los documentos de propiedad del automotor retenido, se efectuó en esa ciudad.

Recibidas las diligencias en la Dirección Seccional de Fiscalías, el 9 de agosto de 1996, se asignó el conocimiento de la investigación previa referida al Fiscal Seccional No. 2, ante quien el apoderado del accionante presentó solicitud de entrega provisional del automotor, que pasó inadvertida, pues solo hasta el 16 de diciembre del año pasado, resolvió avocar el conocimiento de la actuación ordenando la práctica de una inspección a las oficinas de tránsito de la localidad y oficiar a la General Motors, solicitando información sobre la declaración de importación del automotor reclamado, al tiempo que se abstuvo de resolver sobre la petición de entrega provisional del vehículo, por encontrarse éste aún a disposición de la Fiscalía Seccional de Vélez.

Al folio 93, se observa una constancia secretarial del 30 de abril de 1997, en la que se dice que: *"...se hicieron presentes ante la Secretaría de esta unidad, el Dr. José Ernesto Bohórquez Masmela.*

identificado con la c. c. No. 17.103.454 de Bogotá y portador de la T. P. No. 9239 del Ministerio de Justicia y el señor Manuel Gerardo Bohórquez Pilonieta, *identificado con la c. c. No. 17. 165. 528. con el fin de allegar a tasa diligencias con carácter devolutivo el traspaso abierto No. 093-4541486 (Formulario Unico Nacional) INTRA. el cual será devuelto en su debida oportunidad...".*

No obstante, más adelante aparecen dos nuevas peticiones del apoderado de *Galeano Pilonieta* (fs. 96 y 100). en las que se insiste y reitera al Fiscal sobre la entrega provisional del vehículo y se le solicita respuesta al respecto, las que al parecer se resuelven en la resolución del 23 de junio de 1997 en la que el Fiscal accionado manifiesta que: *"Dentro de las presentes diligencias de Investigación previa, ha venido presentando escritos el Doctor José Ernesto* Bohórquez Masmela, *a través de los cuales solicita la entrega del vehículo (volqueta de placas SVA - 543) encartado, según actuación adelantada por el profesional. en representación de su poderdante, señor* Samuel Gerardo Galeano Piloniela. *Sin embargo, como bien sabido es y de acuerdo con nuestras normas procedimentales que regulan la materia. en esta etapa investigativa no emergen aún sujetos procesales. Por tanto. no podemos atender, por ahora, petición alguna elevada por el memorialista, máxime cuando todavía no se ha sometido a versión libre a su cliente. así que ningún pronunciamiento hará el Despacho en torno a las pretensiones del peticionario".*

3º. Siendo pues, la anterior, la forma como se ha tramitado dicha investigación previa, en criterio de la Sala, es evidente que se ha quebrantado el derecho de petición, ya que, salvo la decisión del 1º de abril de 1996, proferida por la Fiscalía Seccional de Vélez, las peticiones elevadas al Fiscal de Cáqueza, no han sido respondidas, pues. el hecho de que ante la insistencia en la respuesta sobre la entrega del vehículo. se optara por decretar pruebas, con el ánimo de dilatar una respuesta eficaz y seria frente a la solicitud concreta no releva al funcionario accionado de responder y de enterar al peticionario del contenido de la misma, por lo que. en este aspecto el argumento del Tribunal de que las peticiones fueron resueltas oportunamente pero no notificadas, no es en estricto sentido, cierto.

En efecto, entender que por el hecho de que ante las peticiones elevadas el funcionario accionado. simulara responder con resoluciones ordenando la práctica de pruebas, y lo que es más censurable, que transcurrido un tiempo considerable, apenas, en auto del 23 de junio del año en curso se limitara a reconfirmar su conducta omisiva. en el sentido de que no daba respuesta a las solicitudes del aquí accionante, "máxime cuando todavía no ha sido sometido a versión libre", no es argumento válido para afirmar, como lo hace

el Tribunal, que con un tal proceder, se ha satisfecho el derecho de petición, cuando de manera por demás contradictoria, ordena que al accionante se le notifiquen dichas decisiones, siendo que, en rigor, no se han respondido las peticiones en ningún sentido.

Además, en este sentido, olvida el *a quo*, que igualmente se vulnera el derecho de petición cuando no se responde, que cuando la respuesta no es oportuna, no se refiere a lo solicitado o cuando aunque se elabore la respuesta, se impide al peticionario conocer su contenido, pues el efecto es el mismo.

Menos, puede aceptarse como justificación a la omisión de responder el hecho de que el peticionario no haya rendido versión, porque sería desconocer que el proceso penal es por excelencia oficioso y no de partes, es decir; debe tramitarse por sí mismo por parte del funcionario encargado de administrar justicia, es decir, pues si el fiscal considera que es necesario escuchar en versión libre a Galeano Pilonieta debió citarlo en su oportunidad y no esgrimir su negligencia en la investigación, como excusa frente a la clara vulneración del derecho de petición, pues resulta francamente censurable que después de un año de iniciada la investigación previa, el Fiscal se haya enfrascado en una sinsalida por considerar que siendo investigación previa no hay sujetos procesales, y por ende no puede responderles, ya que precisamente por esa razón es que siendo que el petente aún no tiene adquirida ninguna calidad dentro del proceso, está habilitado como cualquier otro ciudadano a elevar respetuosas peticiones, que, por supuesto, no impliquen la violación de la reserva sumarial.

Por lo anterior, habrá de revocarse parcialmente el numeral primero del fallo impugnado en el sentido de amparar el derecho de petición del ciudadano *Samuel Gerardo Galeano Pilonieta*, y en consecuencia, ordenarle al Fiscal Seccional No. 2 de Cáqueza que dentro del término de 48 horas, siguientes a la notificación de este proveído, resuelva de fondo las solicitudes de entrega provisional que de la volqueta de placas SVA 543, elevadas por el apoderado del accionante.

4°. En lo que respecta al debido proceso, debe decirse que tal vulneración no es sustentada ni demostrada por el accionante, pues su quebranto se identifica con lo aducido frente al derecho de petición y a ello se reduce, por lo que la Corte se relevará de pronunciarse al respecto, no sin antes advertir que aparte de que la tutela no puede ser instrumento válido para impulsar los procesos, con mayor razón no lo es para imponer o insinuar la forma cómo los funcionarios judiciales deben decidir, como equivocadamente lo hizo el Tribunal, entendiendo que la razón por la que el accionante

pretende el amparo al debido proceso es porque el Fiscal no ha proferido resolución inhibitoria o de apertura de la investigación.

El fallo impugnado entonces, será revocado el numeral primero del fallo y confirmado en lo demás, pero por las razones anteriormente expuestas.

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:

1º. *Revocar* parcialmente el numeral primero del fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca, esto es, en lo que tiene que ver con la negativa de amparo al derecho de petición y en su lugar tutelarlo.

2º. Como consecuencia de lo anterior, ordenarle al Fiscal Seccional No. 2 de Cáqueza que en el término máximo de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este proveído, decida de fondo las solicitudes de entrega provisional de la volqueta de placas SVA 543, elevadas por el apoderado del ciudadano *Samuel Gerardo Galeano Pilonieta*.

3º. Confirmar en lo demás el fallo impugnado.

4º. Entérese de lo aquí resuelto al Tribunal Superior de Cundinamarca.

5º. En firme esta decisión, envíense las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

6º. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll; Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia (salvó voto), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Como se decidió sin haberse sustentado el recurso, el suscrito salva el voto. Las razones son las que aduje en el caso de la Rad. 404 (M. P. Dr. Guillermo Duque Ruiz):

"1.) El debido proceso es un derecho fundamental que el ordenamiento brinda a quien por cualquier circunstancia deba acudir al Estado en procura de la solución de sus conflictos, como garantía de una recta y cumplida justicia, esto es, para que la ley sustancial sea cabalmente aplicada.

"La Carta Política, en su artículo 29, consagró este derecho no sólo respecto de las actuaciones judiciales, sino además de las administrativas, quedando, por consiguiente, toda actuación oficial que requiera trámite sujeta al debido proceso que la ley le señale, porque la Constitución solamente consagra el derecho pero no dice cuál es el debido proceso en cada caso, defiriendo a la ley ese cometido.

"2.) La competencia, por ser el presupuesto de la actuación, la señala el constituyente en forma genérica y algunas veces específicamente dejando, en el primer caso, la facultad al legislador para desarrollarla pero con sujeción a pautas claramente señaladas, como es el caso del derecho de impugnación (artículo 29) o el de una segunda instancia (artículo 31).

"Al consagrar la acción de tutela, la Constitución señaló como funcionario competente para decidirla a los 'jueces' cuya sentencia, siguiendo los principios referidos en precedencia, está sujeta a impugnación en los términos que la ley señaló.

"3.) El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción, consagró en el artículo 31 que «Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo *podrá ser impugnado* por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato». (Cursiva fuera de texto). O sea, como es obvio, deja a la discreción del interesado apelarlo o no, pues ha de entenderse que con dicho fallo el cometido de la acción se cumplió; tan cierto es, que debe tener cumplimiento inmediato. Cualquier inconformidad que surja, no sólo respecto del solicitante, sino de cualquiera de las personas mencionadas en la norma, deberá hacerse conocer en la forma debida, pues así lo exige el artículo 32 *id.*:

"*Presentada debidamente* la impugnación..." (resaltado fuera de texto).

"Qué es presentar debidamente una impugnación?

"La Sala mayoritariamente, con apoyo en criterio de la Corte Constitucional, entiende que es «presentarla dentro del término para impugnar»; de lo cual discrepamos respetuosamente porque, en primer término, si ese fuera el querer del legislador hubiese

utilizado un adverbio de tiempo como 'oportunamente' y no el de modo que utilizó, para significar precisamente que deben presentarse 'como corresponde o es lícito', que es lo que significa 'lo debido'; y, en segundo lugar, porque es el propio artículo 32, en su inciso segundo, el que le da el verdadero sentido al adverbio utilizado cuando dice: «El juez que conozca de la impugnación, *estudiará el contenido de la misma, cotejándola* con el acervo probatorio y con el fallo» (resaltado fuera de texto).

"Obsérvese cómo el legislador utilizó dos verbos inequívocos: 'estudiar' que es, según la Real Academia, «Ejercitar el entendimiento para alcanzar o comprender una cosa», es decir, que para que el *ad-quem* pueda comprender la inconformidad del recurrente debe éste consignarla por escrito, o lo que es igual, «presentarla adecuadamente»; y 'cotejar' que significa, según la misma fuente, «comparar una cosa con otra u otras», o sea, que el juez de segunda instancia debe tener a la vista los argumentos del impugnante, el acervo probatorio y los fundamentos de la decisión (la sentencia) para poder *estudiarlos* y decidir en derecho quién tiene la razón; si está de lado del juez, confirmará o, si está de parte del recurrente, revocará, modificará o adicionará el fallo (según lo pedido y lo probado). Es, pues, lo que dice la norma, en la lógica de una interpretación sistemática del estatuto de tutela.

"Es inexacto entonces, afirmar que el estatuto de tutela no exije (sic) la sustentación (acabamos de demostrar lo contrario), y también lo es, sostener que para admitirla, sea menester acudir a otros ordenamientos procesales. Es, simplemente el rito debido, que en su sabiduría el legislador estableció; que, si es contrario a los principios que cita el fallo de mayoría, ha debido inaplicarse el precepto pero no desconocerlo o interpretarlo de manera diferente a su claro tenor.

"4.) La Sala mayoritaria hace suyos los argumentos de la Corte Constitucional sobre el particular, los cuales respetamos profundamente por ser criterios de autoridad, pero discrepamos de ellos con apoyo en el mandato constitucional contenido en el artículo 230, en cuanto tales principios, expresos o teleológicamente deducidos, los respetó el legislador al expedir la reglamentación del artículo 86 de la Constitución Política cuando exigió la sustentación de las impug-naciones a los fallos de tutela de primera instancia.

"En efecto, la sustentación no se opone a la naturaleza preferente y sumaria que la Carta Política exige para accionar la tutela ni con la inconformidad que el artículo 14 del Decreto 2591 requiere para la presentación de la solicitud, pues una cosa es *solicitar* o ejercer la acción, pedir se garantice el derecho, y otra distinta es *cuestionar* la

negación o el otorgamiento del derecho. Allá, por ser el ciudadano raso el generalmente afectado, está bien que su demanda esté desprovista de tecnicismos, formalidades complejas —no es que no tenga formalidades, pues el art. 14 las exige inequívocamente—, etc.; pero, acá, una vez que el juez por él seleccionado haya decidido la acción, en una providencia que necesariamente ha de ser motivada, elemental resulta que quien no comparta lo allí sostenido y decidido lo impugne, señalando cuál es su inconformidad o los yerros del juez para que el superior los pueda corregir.

"Es que se ha argumentado por la Sala mayoritaria como si solamente fuese el peticionario el impugnante. No, puede serlo cualquiera de los mencionados en el artículo 31 del Decreto y cómo no exigirles a dichas partes, con la ley desde luego, que expresen concretamente las razones de su inconformidad? Y si esto resulta razonable para ello —ya lo dijo la Corte en varias decisiones—, en desarrollo del principio de igualdad ha de serlo también para todos los interesados sin que respecto del solicitante se exija tecnicismo alguno ni mucho menos conocimientos jurídicos, sino solamente que exprese con sus propias palabras las razones de su inconformidad, como lo ha sostenido la Sala en relación con las impugnaciones ordinarias. Eso le da seriedad y responsabilidad a los recurrentes, y exigirlo no puede ser jamás atentado contra el carácter prevalente de la sumariedad de la acción pues, se repite, ésta se agota con el fallo del juez que seleccionó el actor, el cual es de inmediato cumplimiento. La garantía de si hubo acierto o no en la decisión, la establecieron la Constitución y el legislador al disponer su envío a la Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 86 C.P. y 31 del Decreto), por ello la remisión es oficiosa desde luego obligatoria en cualquier caso.

"Lo anterior nos lleva así mismo a no compartir el argumento del fallo a este respecto con el que niega la sustentación porque, además de lo dicho en precedencia, la remisión oficiosa a la Corte Constitucional se consagró para unificar el significado y alcance de los derechos fundamentales, para lo cual no se requiere del impulso de las partes.

"5.) Como el impugnante en el caso de la referencia no hizo conocer las razones por las cuales discrepó de lo decidido por el juez que él seleccionó libremente para que le tutelara su derecho, la impugnación debió ser rechazada y remitirse la actuación a la Corte Constitucional para lo de su cargo".

Agosto 22 de 1997.

Didimo Páez Velandia, Magistrado.

CONFLICTO DE COMPETENCIA: el juez competente para conocer de la acción de tutela es el del lugar donde se debe responder la petición del accionante. COMPETENCIA TERRITORIAL: sólo las Corporaciones Nacionales están facultadas para devolver el escrito al interesado cuando consideran que no son competentes, las demás autoridades judiciales deben remitir el escrito al juez de la misma jerarquía en el lugar donde se comete la vulneración o amenaza

1. El competente para conocer de la acción de tutela es el Juez de Bogotá, no por el hecho de que la sede principal de la entidad demandada esté radicada en esta ciudad, sino porque siendo en tales oficinas donde se debe responder la petición de la accionante, de cuya falta de respuesta se queja, la vulneración a los derechos se está presentando aquí y no en Medellín.

2. No es correcta la apreciación en el sentido de que si el Juez de Medellín consideraba que no era èl competente para avocar el conocimiento de dicha acción, podía devolver el escrito a la accionante para que la presentara ante los jueces de su elección, dentro de la jurisdicción territorial correspondiente, ya que tal posibilidad se predica cuando la acción de tutela se presenta directamente ante corporaciones Judiciales con competencia en todo el territorio nacional, porque a diferencia de los demás jueces, no podría establecerse cuál es el Juez de elección del petcionario; por el contrario, cuando el Juez estima que no es competente para ello, debe remitirla de inmediato a otro de igual categoría de la jurisdicción en donde se cometió la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales respecto de los que se reclama el amparo.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D. C., veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Radicación No. 3878. Aprobado Acta No. 97.

VISTOS

Decide la Corte la colisión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado 30 Penal Municipal de Medellín y 86 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, para decidir sobre la acción de tutela impetrada por la ciudadana *María Edelmira Gaviria Martínez*, contra la Caja Nacional de Previsión, por presunta violación a los derechos de petición, seguridad social, igualdad y propiedad.

ANTECEDENTES

La señora *María Edelmira Gaviria Martínez*, actuando a nombre propio presentó ante los jueces penales municipales —reparto— de la ciudad de Medellín solicitud de amparo de los derechos de petición, seguridad social, igualdad y propiedad, pues en su criterio, están siendo vulnerados por la Caja Nacional de Previsión, entidad ante la que, desde el 18 de abril de 1996, presentó solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación por reunir los requisitos de ley, la cual fue radicada con el No. 2431 de 1996, sin que hasta la fecha se le haya resuelto.

Habiéndole correspondido el conocimiento de dicha acción al Juez 30 Penal Municipal de Medellín, el 18 de julio del año en curso, escuchó a la accionante en declaración, diligencia en la que aquella manifestó que trabajó durante 32 años en el magisterio, que solicitó ante las oficinas de Cajanal de esa ciudad, el reconocimiento de la pensión de jubilación en abril de 1995, "pero de aquí la mandaron para la oficina de Control y Reparto de Cajanal en Santafé de Bogotá y de allá la devolvieron, en abril de 1996 volví a mandar los papeles que me habían devuelto porque estaban dizque malos, y esta es la hora que no me han resuelto nada".

Afirma también que en repetidas ocasiones ha ido a las oficinas de Medellín a averiguar que ha pasado con su solicitud, obteniendo como única respuesta "fíjese en la lista", hasta que una persona de la misma entidad le dijo que fuera a la personería municipal para que por su intermedio intentara una acción de tutela.

Así las cosas, mediante auto del 10 de julio pasado, el Juez 30 Penal Municipal de Medellín, apoyándose en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, dispuso el envío de las diligencias a sus homólogos de Santafé de Bogotá, teniendo en cuenta que la entidad demandada tiene radicada la oficina principal en esta ciudad y es aquí donde se tramitan las solicitudes de pensión.

Habiéndole correspondido, en esta ciudad, el conocimiento de la acción de tutela al Juez 86 Penal Municipal, mediante auto del 29 de julio pasado, se apartó del criterio del Juez de Medellín, por

considerar que no es viable la interpretación que aquél hace del referido artículo 37 del Decreto reglamentario de la tutela, ya que el término "a prevención" utilizado en dicho precepto, "hace referencia a que cualquier juez o tribunal determinado por el factor territorial pueda asumir el conocimiento de la Acción de Tutela, a elección del accionante, lo que significa que una vez asumido el asunto por el Juez, éste excluye a los demás y adquiere la llamada 'competencia privativa'".

Concluye entonces, que no obstante estar radicada en esta ciudad la sede principal de la entidad demandada, no siempre la competencia se define por el sitio donde físicamente suceden los hechos, afirmación que apoya en citas de jurisprudencia de la Corte Constitucional, y agrega, que siendo una entidad con jurisdicción en todo el territorio nacional, los efectos de sus actuaciones u omisiones se proyectan a nivel local y por ello, en cualquier parte del país se pueden demandar en tutela los actos lesivos de derechos fundamentales, de ahí, que sea a prevención que el Juez de Medellín deba asumir el trámite de la presente acción.

Por último, recuerda, también con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional, que si el Juez de Medellín consideró que no es el competente para conocer del asunto ha debido devolver la solicitud al accionante para elija entre los jueces de dicha jurisdicción, debiendo conocer a prevención el escogido.

Por lo anterior, devolvió la actuación al Juez 30 Penal Municipal de Medellín proponiéndole colisión de competencia negativa.

Recibidas las diligencias por el Juez de Medellín, mediante oficio del 11 de agosto del año en curso, solicitó información al Director de la Caja Nacional de Medellín y en la misma fecha aceptó la colisión propuesta por el Juez de Bogotá, pues insiste en los argumentos expuestos inicialmente, agregando que aparte de que la vulneración de los derechos cuyo amparo reclama la peticionaria, se presentaron en esta ciudad, estima de mayor conveniencia que la acción se tramite en esta ciudad, pues si bien en Medellín funciona una sede de la entidad demanda, carece de competencia para resolver lo relacionado con las solicitudes de reconocimiento pensional.

En consecuencia, dispone remitir las diligencias a la "Sala Civil de esta Corporación " para que se dirima el conflicto.

CONSIDERACIONES

1º. Sea lo primero aclarar que si bien el Juez 30 Penal Municipal de Medellín dispuso el envío de las diligencias a la Sala Civil de esta Corporación para que dirima el conflicto, es la Sala Penal la

competente para ello, por tratarse de jueces penales, los que han suscitado la colisión y pertenecer a diferente distrito y ser esta Sala su superior jerárquico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 270 de 1995, según el cual "*Los conflictos de competencia que se susciten entre autoridades de la jurisdicción ordinaria que tengan distinta especialidad jurisdiccional y que pertenezcan a distintos distritos, serán resueltos por la Corte Suprema de Justicia en la respectiva Sala de Casación que de acuerdo con la ley tenga el carácter de funcional de las autoridades en conflicto y en cualquier otro evento por la Sala Plena de la Corporación*".

2º. Ahora, en cuanto a la polémica surgida entre los jueces colisionantes, es claro que la razón le asiste al Juez 30 Penal Municipal de Medellín, dado que si bien fue en la oficina de Cajanal esa ciudad, donde la señora *María Edelmira Gaviria Martínez* presentó la solicitud del reconocimiento de la pensión de jubilación por residir y haber prestado allí sus servicios como docente, no puede afirmarse que en ese lugar se esté presentando la vulneración de los derechos cuyo amparo reclama, si se tiene en cuenta, como ella misma lo afirma, que dicha solicitud se remitió a esta ciudad capital, Santafé de Bogotá, por ser aquí donde se debe proferir la respectiva resolución al respecto.

3º. Siendo ello así, el competente para conocer de la presente acción de tutela es el Juez 86 Penal Municipal de Santafé Bogotá, no por el hecho de que la sede principal de la entidad demandada esté radida en esta ciudad, sino porque siendo en tales oficinas donde se debe responder la petición de la accionante, de cuya falta de respuesta se queja, la vulneración a los derechos se está presentando aquí y no en Medellín.

4º. Sobre este punto resulta necesario precisar, que el Juez 86 Penal Municipal de esta capital ha interpretado equivocadamente no solo el contenido del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, sino los pronunciamientos que sobre el tema ha hecho la Corte Constitucional, en los cuales de manera reiterada se ha sostenido que tal y como lo preceptúa la norma, el Juez competente para conocer de las acciones de tutelas es aquél de "del lugar donde se produjo la vulneración o amenaza del derecho fundamental" (C-054/93).

5º. De otra parte, tampoco resulta correcta la apreciación de dicho Juez en el sentido de que si el Juez de Medellín consideraba que no era el competente para avocar el conocimiento de dicha acción, podía devolver el escrito a la accionante para que la presentara ante los jueces de su elección, dentro del jurisdicción territorial correspondiente, ya que tal posibilidad se predica cuando la acción de tutela se presenta directamente ante corporaciones judiciales

con competencia en todo el territorio nacional, porque a diferencia de los demás jueces, no podría establecerse cuál es el Juez de elección del peticionario; por el contrario, cuando el Juez estima que no es competente para ello, debe remitirla de inmediato a otro de igual categoría de la jurisdicción en donde se cometió la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales respecto de los que se reclama el amparo.

Sobre este tema, en sentencia T080 del 28 de febrero de 1995, la Corte Constitucional concluyó que: "- *El artículo 37 del Decreto 2591, en cuanto a la competencia del juez donde ocurrió la vulneración o amenaza del derecho fundamental, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia No. 54 de 1993:- El juez que estime que no es competente para conocer la acción de tutela, debe enviar la demanda y sus anexos al que considere competente, de cualquier lugar del país respetando la jerarquía del juzgado donde se presentó inicialmente, e informando de ello al demandante; - Si es el juez de segunda instancia el que observa la falta de competencia del de primera, debe proceder de conformidad con lo establecido en el procedimiento civil para sanear la nulidad; - Si la acción de tutela se presenta directamente ante la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado o Consejo Superior de la Judicatura, la correspondiente demanda y sus anexos se devuelven directamente al interesado...*".

Así las cosas, y como quiera que a la peticionaria en este asunto no se le ha informado de la colisión de competencia suscitada, la cual será radicada, como se dijo, al Juez 86 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, deberá enterársela de esta decisión.

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

RESUELVE:

Asignar la competencia para conocer de la presente acción de tutela al Juez 86 Penal Municipal de Santafé de Bogotá a donde serán enviadas las diligencias. Infórmese de lo aquí decidido al Juez 30 Penal Municipal de Medellín y a la accionante, señora, *Edelmira Gaviria Martínez*.

Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DESISTIMIENTO DE IMPUGNACION EN TUTELA

Por no existir en el Decreto 2591 norma expresa acerca de la posibilidad de desistimiento del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, como quiera que el artículo 26 atañe al desistimiento de la acción misma, debe acudirse al artículo 344 del C. de P.C. que señala como procedente tal eventualidad.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D. C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda .*

Radicación No. 3886. Aprobado Acta Nº 100.

VISTOS

Decide la Corte la solicitud de desistimiento de la impugnación interpuesta por el señor *Darío Parra Gómez* contra el fallo de fecha 6 de agosto de 1997, por medio del cual el Tribunal Superior de Cúcuta negó la tutela del derecho fundamental de petición, presuntamente vulnerado por el Gerente de la Empresa de Transportes de Torchalá (N. de S.).

LA CORTE CONSIDERA

Por medio de escrito que presentó el actor al Tribunal de primera instancia y que llegó a la Sala el pasado 21 de agosto, manifiesta que *desiste* de la impugnación presentada, toda vez que "Por motivos de fuerza mayor no puede atender los trámites correspondientes a la misma, ya que abandonaré la ciudad por un periodo indefinido".

De conformidad con el artículo 4º del Decreto 306 de 1992, reglamentario del Decreto 2591 de 1991, puede acudir el juez constitucional a las normas del procedimiento civil con el objeto de llenar los vacíos que en esta última normatividad se presenten.

En consecuencia, y no existiendo en el citado Decreto 2591 norma expresa acerca de la posibilidad de desistimiento del recurso

de apelación interpuesto contra fallo de primera instancia, como quiera que el artículo 26 atañe al desistimiento de la acción de la misma, debe acudirse al artículo 344 del C. de P.C. que señala como procedente tal eventualidad.

En estas condiciones, perentorio resulta la aceptación del desistimiento ante el contundente imperativo legal, quedando vigente la sentencia de primera instancia.

Como quiera que en la sentencia se dispone el envío del proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en orden a la celeridad que conlleva este trámite, así se procederá.

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

RESUELVE:

1. Aceptar el desistimiento de la impugnación interpuesta por Darío Parra Gómez contra la decisión del Tribunal Superior de Cúcuta.

2. En consecuencia y quedando vigente la sentencia de primera instancia, en los términos y condiciones allí expuesto se enviará el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge E. Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla*, *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO AL BUEN NOMBRE: el Ejército Nacional no puede vulnerar derecho alguno cuando se producen informaciones periodísticas que amparadas en la reserva a su fuente se limitan a indicar que el dato fue suministrado por un alto funcionario de la Institución

En modo alguno resulta posible atribuir al Mayor General en su condición de Comandante del Ejército Nacional, la vulneración de derecho constitucional alguno frente al origen de la noticia publicada por la revista "Semana", por el simple hecho de que ésta sostenga, amparada en el derecho de reserva a revelar sus fuentes, que la novedad noticiosa provino de un alto funcionario del Ejército, toda vez que desde el momento en que ella fue difundida, este alto funcionario rechazó enfáticamente que se tratara de un informe oficial, o autorizado por el Ejército Nacional.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Radicación No. 3856. Aprobado Acta No. 104.

VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por *Luis Alfredo Urbano* contra la sentencia del Tribunal Superior de esta ciudad de fecha primero de julio del año en curso, por medio de la cual denegó la acción de tutela interpuesta contra el Comandante del Ejército Nacional Mayor General Manuel José Bonnet Locarno, en protección de los derechos fundamentales al buen nombre y honra.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Expresa el accionante, quien en la actualidad es el Alcalde del Municipio de Orito (Putumayo), que en la revista "Semana" No. 785 de fecha mayo 19 al 26 del año en curso, se publicó un artículo inti-

tulado "*Nación*: Los alcaldes de la guerrilla" dentro del cual se atribuía a una fuente militar la información allí contenida, de conformidad con la cual por lo menos 138 alcaldes del país "están vinculados directamente" con la guerrilla, incluyendo dentro de la lista suministrada el municipio de Orito en donde el fuera elegido popularmente.

Como quiera que la revista "Semana" aduce como fuente a un alto militar, impetra la acción de tutela el actor contra el Comandante del Ejército Nacional, habida cuenta de que según su criterio, "La publicación de comento no solamente ha puesto en peligro mi integridad física, como también de los demás (sic) alcaldes señalados por la fuente militar como colaboración (sic) de la guerrilla, la subversión o insurgente como aparece en dicha revista, por otra parte, la calumniosa publicación del Ejército Nacional, en la revista que me sirve de referencia, *me ha ocasionado perjuicio de orden moral y material y mi conducta pública y social ha quedado entredicho (sic) entre mis conciudadanos*".

Sin hacer petición alguna, finalmente cita como normas presuntamente vulneradas los arts. 21, 24, 25, 17, 19, 20, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37, 40, 85 y 86 de la Carta Política.

SENTENCIA IMPUGNADA

Deniega la tutela el Tribunal Superior, sobre la base de que no ha existido violación alguna de los derechos fundamentales del accionante por parte del Comandante del Ejército, toda vez que la publicación de la revista "Semana" es de la exclusiva responsabilidad de ésta y no ha revelado el nombre de su fuente amparada en el derecho que tiene de mantenerlo en reserva, pero en todo caso sin que ella pueda atribuirse a una información oficial del Ejército pues el propio Comandante de esta fuerza, Mayor General Manuel José Bonett Locarno así lo dejó en claro mediante la comunicación enviada a la misma revista que fuera publicada en edición posterior.

IMPUGNACIÓN

Para el apelante, la respuesta de la revista "Semana" que obra en este proceso indica claramente que si bien se mantiene en reserva a la fuente de la información publicada, ella sí se originó en el Ejército Nacional, razón por la cual no puede el Comandante General excusarse diciendo simplemente que no se trata de un informe oficial, pues la vida de los diversos alcaldes está en peligro, tal y como se desprende del atentado que ya se produjera al asesor jurídico de la Alcaldía de Orito, señor Víctor Leguizamón Delgado y que fuera puesto en conocimiento de Carlos Rangel Manrique, como funcionario del Ministerio del Interior, a quienes podría escuchárseles en declaración.

Solicita, en consecuencia, que el Comandante del Ejército despliegue un informe "sobre su verdadero concepto ante mi caso y sea publicado en los medios de comunicación", como también se le exijan garantías para su seguridad personal y la designación de un grupo de escoltas que lo acompañen por todo el país e igualmente, se ordene a la revista "Semana" rectificar públicamente y en las mismas condiciones, la información difundida.

CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela promovida por el Alcalde del Municipio de Orito (Putumayo) contra el Mayor General Manuel José Bonett Locarno, en su condición de Comandante del Ejército Nacional, se sustenta en el hecho de que la publicación de la revista "Semana" en su edición No. 785, al divulgar una lista de Alcaldes locales a quienes se atribuye vínculos con grupos guerrilleros, cuya fuente se dice es un alto oficial del Ejército Nacional, es lesiva de sus derechos fundamentales al buen nombre y honra, así como otras garantías constitucionales a que indistintamente y sin fórmula de juicio alguna, igualmente aludé.

2. A lo anterior debe responderse, conforme se dejó consignado por el Tribunal Superior en la sentencia impugnada, que en modo alguno resulta posible atribuir al Mayor General Bonett Locarno en su condición de Comandante del Ejército Nacional, la vulneración de derecho constitucional alguno frente al origen de la noticia publicada por la revista "Semana", por el simple hecho de que ésta sostenga, amparada en el derecho de reserva a revelar sus fuentes, que la novedad noticiosa provino de un alto funcionario del Ejército, toda vez que desde el momento en que ella fue difundida, este alto funcionario rechazo enfáticamente que se tratara de un informe oficial, o autorizado por el Ejército Nacional.

3. De ahí que en carta dirigida al director de "Semana", Isaac Lee Possin, el Mayor General Bonett Locarno desmintiera la existencia de un documento de esas características al interior del Ejército, siendo esta respuesta publicada en la edición del 2 al 9 de junio del año en curso, esto es en la entrega No. 787 de la misma revista.

4. En igual sentido, debe también recordarse que a raíz de la acción de tutela presentada por el Alcalde de Sogamoso por idéntico motivo al aquí invocado y tomando como fundamento la misma publicación, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 18 de junio pasado, al amparar los derechos fundamentales del demandante, ordenó al Ministro de Defensa dar publicidad a la referida misiva del Comandante General por los medios masivos de comunicación social, lo que en efecto se hizo de inmediato.

5. En estas condiciones, de conformidad con el art. 26 del Decreto 2591 de 1991 carecería de objeto jurídico la presente acción de tutela, habida cuenta que frente a la presunta entrega a "Semana" del material informativo que fuera difundido en su edición No. 785, que es el objeto de la tutela demandada, sólo sería viable una respuesta por parte del Ejército como la que en cabeza de su Comandante General ya se produjo, esto es, manifestar ante las directivas de dicha revista y la opinión pública en general, su enérgico rechazo frente a tales informaciones, en un documento masivamente divulgado, pues de este modo es evidente que la negativa expresada sobre el origen de la noticia, reporta necesaria incidencia respecto de todos los burgomaestres locales a quienes la publicación se refería, circunstancia que de por sí es suficiente para denegar el amparo solicitado.

En efecto, en la citada comunicación, el Mayor General manifestó:

"En mi condición de Comandante del Ejército Nacional, consciente como soy de la suprema y delicada responsabilidad que el cargo me demanda y entiendo (sic) cabalmente las consecuencias que pueden derivarse del artículo publicado por la revista Semana, que usted dirige; cuya edición se contrae del 19 al 26 de mayo del año en curso, deseo expresar de la manera más clara y contundente que rechazo en toda su dimensión el infundio que esta publicación ha formado al otorgarle a un presunto documento del Ejército Nacional, que me honro en comandar, el carácter de una autenticidad que está muy lejos de poseer y que en ningún sentido podría mostrar el carácter de oficial que la revista le atribuye.

"El precipitado documento en que la revista dice fundamentar su información, se refería a delicados señalamientos que el Ejército Nacional le hace a muchos burgomaestres actuales de tener estrechos vínculos con la guerrilla.

"Aseveración esta que falta sustancialmente a la verdad y que me recuerda para el caso la frase que bien le sirve de apotegma a la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), como inigualable regla de oro del mundo periodístico: 'no digas como periodista lo que no podrías sostener como caballero' y en esa publicación se ha traicionado el espíritu y la letra de esta imperativa consigna de la ética de la comunicación profesional".

6. No está de más señalar, de otra parte, que si se entendiese que las informaciones de la mencionada revista son atentatorias de la honra y buen nombre del actor, al afirmarse a través de ellas la existencia de un vínculo de su parte como autoridad local con grupos alzados en armas, o si pudiera colegirse que a través de ellas se le está haciendo una directa acusación de pertenecer a

grupos guerrilleros, cuando lejos está de corresponder este hecho a la verdad, es claro que el accionante contaría con otros mecanismos de defensa judicial de sus derechos, como lo sería impetrar la respectiva querella contra la persona que ha sido la fuente responsable de que se haya difundido dicha información, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 313, 314 y 322 del Código Penal, es decir, por cuanto en estas condiciones se estaría posiblemente frente a asertos injuriosos o calumniosos, los cuales deberían ser investigados entonces por las autoridades penales correspondientes.

En consecuencia, la sentencia impugnada será confirmada.

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:

1º. *Confirmar* el fallo impugnado, de acuerdo con las razones señaladas en la parte motiva.

2º. Ejecutoriada esta decisión, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3º. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge E. Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Mario Maníilla Nouges*, *Juan M. Torres Fresneda*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACTUACION TEMERARIA: 1. el vacio normativo sobre situaciones que pueden ser identificadas como actos temerarios y su sanción —multa— se soluciona a través de la integración normativa con los artículos 71 a 74 del Código de Procedimiento Civil./2. La naturaleza "simplista" de una interpretación jurídica, la errónea conceptualización de un precepto, o incluso la oposición de la tesis doctrinal a los derroteros jurisprudenciales trázados por los Jueces en sus fallos, no son, *per se*, argumentos sobre los que pueda sostenerse una sanción

1. Dentro de los principios generales del derecho reconocidos como uno de los criterios auxiliares de la actividad judicial por la propia Constitución Política (artículo 230), está el de integración, que en su acepción más simple es la autorización para resolver las situaciones sobre las cuales haya vacío normativo dentro de un determinado ordenamiento, acudiendo a las normas de otro que regule el caso.

En tratándose de la temeridad dentro de la acción de tutela, el tema se encuentra contemplado en el inciso final del artículo 25 y en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, sin que en ninguno de los dos se regule el tema íntegramente, pues en la primera de las normas apenas se menciona el pago de costas a cargo del actor temerario y en la segunda solo se contempla una específica circunstancia de temeridad dejándose en el vacío otras situaciones que pueden ser identificadas como actuaciones temerarias en cuanto demuestran abuso del derecho e irrespeto contra los accionados o contra la justicia, como poder Estatal.

Identificado el vacio normativo, la solución del problema debe hacerse utilizando el principio de integración, de acuerdo con el cual ha de acudirse a las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil , estatuto en el que se contempla el tema en los artículos 71 a 74.

2. La naturaleza "simplista" de una interpretación jurídica, la errónea conceptualización de un precepto, o incluso la oposición

de la tesis doctrinal a los derroteros jurisprudenciales trazados por los Jueces en sus fallos, no son, per se, argumentos sobre los que pueda sostenerse una sanción cuyo presupuesto filosófico es la evidencia de la violación del principio constitucional de la buena fe que se presume de las actuaciones de los particulares ante la Administración Pública, a la cual se integra la Administración de Justicia como servicio público que es.

La Sala no encuentra que la primera causal del artículo 74 del Código de Procedimiento Civil pueda evidenciarse con la simple exposición retórica del pensamiento de un juez: debe estar soportada en pruebas que no solo demuestren, más allá de cualquier duda razonable la existencia de tales supuestos, sino que sostenga la imposición de la sanción en criterios objetivos y no en simples argumentaciones, que aunque razonables, no dejan de ser exposiciones de un criterio discrecional, que por lo menos en materia sancionatoria se revela inconstitucional.

ACTUACION TEMERARIA: En atención al principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, no es posible aplicar al abogado una sanción distinta de la condena en costas, si era ésta la única que el legislador ha previsto dentro del trámite de la tutela para reprimir el comportamiento del accionante temerario (artículo 25 del Decreto 2591 de 1991) (Salvamento Parcial de Voto)

En atención al principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, no es posible aplicar al abogado una sanción distinta de la condena en costas, si era ésta la única que el legislador ha previsto dentro del trámite de la tutela para reprimir el comportamiento del accionante temerario (artículo 25 del Decreto 2591 de 1991)

No resulta ajustado al principio de legalidad variar esa precisa forma de represión normativa por otras de diferente índole, y mucho menos acumular a las primeras las segundas, porque de añadido podría contrariarse otro principio del mismo arraigo constitucional el de favorabilidad en materia de sanciones.

No es legítimo acudir a la analogía para dar al trámite de tutela un instituto como el indicado en los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil, porque la analogía es un mecanismo proscrito en el tema de sanciones. además, la figura está prevista para los procesos civiles donde los intereses son por lo general privados, de tipo económico y susceptibles de transacción o conciliación, la tutela por naturaleza es una acción pública y gratuita.

Finalmente, frente al principio de integración, este solo autoriza aplicar principios del Código de Procedimiento Civil en aquellas materias no reguladas expresamente en el decreto que reglamenta la acción de tutela, pero jamás autoriza a desplazar las regulaciones expresamente contenidas en ese ordenamiento especial y preferente, donde para la actuación temeraria del accionante, única y exclusivamente se autoriza su condena en costas, no en multas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D. C., diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Radicación No. 3894. Aprobado Acta No. 110.

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la impugnación presentada por el apoderado del accionante *Luis Hernán Quigua* en contra del fallo proferido el 5 de agosto de 1997 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila), por medio del cual declaró improcedente la acción de tutela formulada contra la Juez 3ª Penal Municipal de esa ciudad como supuesta responsable de la violación del derecho fundamental al debido proceso, por la condena del accionante como tercero civilmente responsable dentro de un proceso penal por lesiones personales culposas que se adelantó en ese Despacho Judicial.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

Por medio de apoderado judicial, el señor *Luis Hernán Quigua* presentó acción de tutela en contra de la Juez 3ª Penal Municipal de Neiva (Huila), a la que señala como presunta responsable de la violación de su derecho fundamental al debido proceso dentro de la tramitación de un proceso penal al que se le vinculó como tercero civilmente responsable, y que culminó con la condena del procesado por el delito de lesiones personales culposas y la declaración de la responsabilidad civil solidaria por parte del aquí accionante.

El apoderado judicial concreta la violación del debido proceso en la omisión en que incurrió la Funcionaria Judicial al abstenerse de notificarle personalmente o por estado el auto que fijó fecha para la celebración de la audiencia pública, yerro que, según él, le impidió la participación en tal diligencia, la que considera esencial dentro del sistema acusatorio, cercenándole el derecho de defensa a que tenía derecho su poderdante, lo que encuentra determinante de la condena que se le impuso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila) negó la tutela del derecho fundamental por cuya presunta violación reclamaba el actor.

El Tribunal de primera instancia funda el fallo en la demostración de que el auto que fijaba fecha para la celebración de la audiencia pública no era de aquellos que debía notificarse personalmente al sujeto procesal vinculado como tercero civilmente responsable, conclusión a la que arriba echando mano de un fallo de tutela de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 29 de noviembre de 1994, con ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruiz, cuyos apartes transcribe.

A continuación el Tribunal se refiere a la improcedencia de la acción de tutela cuando se dirige contra actuaciones judiciales para hilar un discurso dentro del cual critica la actuación de los apoderados que descuidando el contrato de mandato no están atentos al desarrollo de los procesos, siendo sorprendidos por las decisiones judiciales, las que luego intentan controvertir denunciando abusos de poder inexistentes, mediante interpretaciones simplistas, olvidando consultar la jurisprudencia para ilustrarse sobre normas que generen incertidumbre.

Concatena lo anterior con la alegación de hechos contrarios a la realidad, por parte del apoderado del accionante, de los que cita como ejemplo la falta de notificación, por lo que encuentra probadas dos causales de temeridad o mala fe que están contempladas en el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo texto acude, dice el Tribunal, por expresa autorización del artículo 4° del Decreto 306 de 1992, por lo que le impone al abogado sanción de 10 salarios mínimos que deberá consignar a favor del Consejo Superior de la Judicatura y ordena la expedición de copias con destino al Consejo Seccional de la Judicatura para la investigación disciplinaria del multado.

Finaliza apuntalando la sanción en que la conducta del abogado "es abiertamente reprochable por tratarse de un profesional del derecho que no debe ignorar el ordenamiento jurídico, en particular el de la acción de tutela que para todos constituye un deber y una obligación, como se instituyó para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no como mecanismo alterno cuando no se ha actuado con la debida diligencia como mandatario judicial y, por tanto, no ha observado el procedimiento acudiendo a los recursos ordinarios señalados para cada uno de los procedimientos".

La Impugnación

El fallo fue impugnado por el apoderado del accionante, quien dedica su esfuerzo controversial más a su propia defensa, por la sanción que le impuso el Tribunal *a quo*, que a la discusión del contenido del fallo, aunque alcanza a advertir:

1. Insiste en el que el auto que fija fecha para la celebración de la audiencia pública le debió ser notificado personalmente. Para esta aseveración, transcribe apartes del artículo 190 del Código de Procedimiento Penal y cita los resultados de la inspección judicial practicada por el Tribunal Superior, de donde concluye que no hay constancia de que la notificación se haya intentado siquiera, sobre cuya obligatoriedad argumenta adicionando el contenido del artículo 155 sobre los derechos del tercero civilmente responsable.

2. A continuación explica que la falta de notificación personal, tanto del auto para la celebración de la audiencia pública como de la sentencia condenatoria fueron los hechos que impidieron la interposición de los recursos correspondientes, a pesar de que en el Juzgado reposaba toda la información necesaria para que fuera enterado de tales decisiones.

3. Finalmente se refiere a la sanción impuesta para criticarla porque se funda en apreciaciones subjetivas y sarcásticas de la Magistrada Ponente a la que además acusa de haber pregonado por los medios de comunicación locales, circunstancias del proceso que no corresponden a la realidad y se duele de que la tesis de la Sala del Tribunal lo obligue dentro de un servicio judicial moroso a "estar atento de los estados o edictos de los despachos judiciales" en detrimento de los modernos avances de los medios de comunicación.

Consideraciones de la Corte

El fallo de primera instancia del que conoce hoy la Corte por la impugnación que de el hiciera el accionante, será confirmado por las razones que a continuación se exponen:

1. La Corte Suprema de Justicia con fundamento en la Constitución y la ley ha venido destacando la improcedencia de la acción de tutela para modificar decisiones que han sido adoptadas dentro de un proceso judicial.

La vía natural que el Estado ha establecido para la protección de los derechos constitucionales y legales de sus asociados es el proceso; es al interior de tal mecanismo estatal que debe plantearse la protección de los derechos, fundamentales o no, de cada una de las partes involucradas en él. El Juez competente para cada caso específico está dotado por la Constitución y la Ley de los más diver-

sos instrumentos de protección de los derechos y está, ante todo, legitimado para dispensar a cada quien el disfrute del derecho que le corresponda, o para imponer la pena a que haya lugar, ya sea que se trate de conflictos entre particulares; entre estos y el Estado o del simple ejercicio del poder sancionador de éste.

2. En el caso que hoy ocupa a la Corte Suprema de Justicia, el apoderado del accionante *Luis Hernán Quigua* pretende derrumbar a través de la acción de tutela una decisión judicial que ha sido adoptada dentro de un proceso concreto cuya sentencia final ha hecho tránsito a cosa juzgada.

La razón que el apoderado del actor aduce para infirmar la sentencia del Juzgado 3° Penal Municipal de Neiva, violación del derecho fundamental a la defensa por la falta de comunicación telegráfica para la notificación personal tanto del auto que fijó fecha para la celebración de la audiencia pública como de la sentencia condenatoria, no constituye actuación arbitraria alguna como para que pueda derivarse de ella afectación al derecho fundamental del que se reclama protección.

Sobre el correcto entendimiento del artículo 190 del Código de Procedimiento Penal, resulta pertinente la cita jurisprudencial que hace el Tribunal de primera instancia respecto de una decisión de tutela de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 29 de noviembre de 1994, a la que solo resta agregar que tal criterio fue reiterado por la Sala respecto de la remisión de telegramas para notificar la sentencia, señalando que: "el envío de comunicación cablegráfica para efectos de la notificación de la sentencia a aquellos sujetos procesales distintos del procesado y el agente del Ministerio Público, constituye una práctica loable al abundar en garantías para efectos del enteramiento de las partes de la decisión final, pero no puede derivarse de esta diligente actividad, la ampliación de los términos de notificación establecidos en la ley, y de la ejecutoria de la sentencia (...)"[1].

En conclusión, los autos y sentencias solo deben intentarse notificar personalmente a los sujetos procesales a los que sea obligatoria la notificación personal, para ello se les hará citación mediante telegrama, pero si transcurridos 3 días no comparecen se hará la notificación, por estado, si de un auto se trata, por edicto, si es una sentencia. Los sujetos procesales a los que por su

---

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 19 de septiembre de 1996. Recurso de hecho. Radicación No. 11.728. Procesado: Arnulfo Ruiz Pinto. Magistrado ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*.

condición de tales o por la naturaleza de la decisión no sea menester enterarlos personalmente, bastará con la anotación del auto en el estado o con la fijación del edicto, para que el derecho fundamental al debido proceso se entienda debidamente respetado.

3. La sentencia de primer grado igualmente se mantendrá en cuanto hace a la decisión de imponer al abogado del accionante multa de 10 salarios mínimos, aunque se aclarará que la sanción no es como lo afirma el Tribunal por hallarlo responsable "de dos causales de temeridad o mala fe contempladas en el artículo 74 del C.P.C"; que el Tribunal identifica como: evidencia de que la acción carecía de todo fundamento legal y alegarse hechos contrarios a la realidad, concretando este en que se haya afirmado "falta de notificación cuando ella se ha efectuado legalmente".

3.1. Previamente al estudio del caso concreto, considera la Sala prudente aclarar lo relacionado con el fundamento legal de la imposición de la sanción.

La acción de tutela encuentra fundamento constitucional en el artículo 86 de la Carta y desarrollo legal en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 y aunque en tales normas se intenta regular íntegramente el trámite de tal instrumento constitucional, las cuestiones accesorias al procedimiento de la misma, se resuelven por el principio de integración.

Así, por ejemplo, las causales de impedimento se identifican por las contenidas en el Código de Procedimiento Penal (artículo 39); la interpretación de los derechos fundamentales se debe hacer de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (artículo 4); y, la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela se debe hacer con aplicación de los principios generales del Código de Procedimiento Civil en todo lo que no sea contrario al contenido del Decreto 2591 de 1991 (artículo 4° Decreto 306 de 1992).

Dentro de los principios generales del derecho reconocidos como uno de los criterios auxiliares de la actividad judicial por la propia Constitución Política (artículo 230), está el de integración, que en su acepción más simple es la autorización para resolver las situaciones sobre las cuales haya vacío normativo dentro de un determinado ordenamiento, acudiendo a las normas de otro que regule el caso.

En tratándose de la temeridad dentro de la acción de tutela, el tema se encuentra contemplado en el inciso final del artículo 25 y en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, sin que en ninguno de los dos se regule el tema íntegramente, pues en la primera de las

normas apenas se menciona el pago de costas a cargo del actor temerario y en la segunda solo se contempla una específica circunstancia de temeridad, la presentación repetida de la misma acción, dejándose en el vacío otras situaciones que pueden ser identificadas como actuaciones temerarias en cuanto demuestran abuso del derecho e irrespeto contra los accionados o contra la justicia, como poder Estatal.

Identificado el vacío normativo, la solución del problema debe hacerse utilizando el principio de integración, de acuerdo con el cual ha de acudirse a las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil. Estatuto en el que se contempla el tema en los artículos 71 a 74.

Sobre el particular la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, acudiendo al principio de integración ha elaborado la siguiente jurisprudencia, que la Sala de Casación Penal acoge:

"(...) es necesario advertir que al igual de lo que sobre el particular acontece en el proceso civil, también en el procedimiento que regula el Decreto 2591 de 1991 tiene plena vigencia, por disponerlo así el artículo 4º del Decreto 306 de 1992, la que autorizados expositores denominan como «regla moral en el uso de vías procesales» para aludir al principio que obliga a los jueces a imponer la observancia de normas éticas en la actuación procesal, normas estas entre las cuales cobran especial importancia el deber de decir la verdad y el de comportarse con lealtad y probidad absolutas, ambos afirmados por cierto en preceptos jurídicos concretos como lo son, por ejemplo, los dos primeros numerales del artículo 74 del C. de P.C., y que tienen sanción adecuada en los artículos 72 y 73 del mismo estatuto legal. En consecuencia, si en el trámite correspondiente a una acción de tutela en cualquiera de sus etapas posibles, queda establecido por fuera de toda duda razonable que, como en el caso en estudio ha ocurrido por obra de los hechos que se dejan reseñados atrás, el accionante discute a conciencia aquello que no le es dado discutir y, por ende, hace uso de esa vía procesal en orden a alcanzar objetivos que no se compadecen con los fines lícitos para los cuales fue instituido el amparo constitucional en referencia, no solamente adquiere vigencia y exigibilidad la obligación legal de satisfacer las costas en la medida en que ellas se hayan causado de haber mediado oposición la cual, como se sabe, es por regla general eventual, sino también la obligación de reparar, en igual supuesto, los perjuicios ocasionados a la otra parte y a terceros intervinientes, ello aparte de la multa que es de aplicación forzosa, de conformidad con el inciso 2º del artículo 73 del C. de P.C., cada vez que aparezca demostrado un comportamiento temerario o de mala fe imputable al accionante cuya petición es rechazada o denegada.

"En síntesis, la multa prevista en el último precepto legal recién citado y la imposición de la condena al pago de costas que contempla el inciso final del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, son dos modalidades que obedecen a un único designio normativo sancionatorio, por entero conciliables entre sí por lo que el fallo impugnado habrá de recibir confirmación, complementándolo en la forma que acaba de indicarse"[2].

En el mismo sentido, también se ha pronunciado la Corte Constitucional de cuyos fallos sobre el tema, resulta pertinente citar el siguiente:

"5. Temeridad y costas

"El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 habla en dos partes de «costas». En el primer inciso se refiere al fallo que concede la tutela, cuando la violación que motivó ha sido clara e indiscutiblemente arbitraria; en este evento se ordena en abstracto «el pago de las costas del proceso».

"En el último inciso se contempla la situación diametralmente opuesta: cuando la tutela es rechazada o denegada, en este caso el Juez «condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad».[3] *Es decir, que si no hay temeridad no hay costas, esta circunstancia obliga a profundizar en este tema procesal.*

"5.1. Hay que decir que, tratándose de la tutela, la condenación en costas no obedece a un carácter disuasivo porque el Constituyente consagró la tutela como una acción pública, es de su esencia la gratuidad, está íntimamente ligada al derecho de las personas de acceder a la justicia, luego un señalamiento de costas no puede verse como algo que desestima la presentación de esta acción.

"Pero, otra cosa muy diferente es que se abuse dolosamente de su ejercicio, entonces, la conducta abusiva perjudica la administración de justicia, impide, obstaculiza que el acceso a la justicia de otros se desarrolle normalmente. La Corte Suprema de Justicia, al declarar inexequible el inciso 2º de la regla 2ª del ordinal 199 del artículo 1º del Decreto 2282/89 que modificó el Código de Procedimiento Civil, dijo:

«Las que deben impedirse son las actuaciones dolosas o temerarias que por constituir un verdadero abuso del derecho lesionan los intereses

---

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Tutela No. 4035; Sentencia del 6 de mayo de 1997. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

[3] El artículo 25 se declaró exequible mediante sentencia C-543/93, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

legítimos de la otra parte y le causan perjuicios indemnizables y entraban, contrariando el bien común, la recta y pronta administración de justicia...[4].

"5.2. *Esas actuaciones signadas por la temeridad en la acción, nos remiten a los albores de la culpa aquiliana, siendo las costas una forma de pena civil contra quien sin razón alguna instauraba una acción o temerariamente se oponía a ella, ocasionándose un daño injusto que debía ser reparado.*

"*En Colombia, la teoría de la culpa aquiliana fué adoptada desde antes de la Constitución de 1886 (Código Judicial de la Nación) en 1872, reformado en 1873, editado en 1874 y adoptado por el artículo 1º de la Ley 57 de 1887; se consagró en el artículo 575 de la Ley 105 de 1931 que habló de temeridad maliciosa. Se decía que quien procedía con temeridad era el «improbus litigator» de que hablaba Justiniano («contendiente deshonesto», «pleitista de mala fé», quien promueve un juicio sin derecho y con mala intención)*[5]. *El elemento de temeridad consistía, según la doctrina, en la conciencia plena de la injusticia o en el reconocimiento de su propia falta de razón.*

"*En 1951 (Decreto 243, artículo 2º) se dejó de lado la culpa aquiliana, criterio subjetivo, y fué reemplazado por el criterio objetivo del litigante vencido en juicio como sujeto que paga costas.*

"*Este criterio objetivo permanece en el actual Código de Procedimiento Civil (art. 392 y siguientes), sin embargo, paralelamente a las costas y dentro del esquema de la responsabilidad patrimonial de las partes, el mismo Código, artículo 72, establece:*

«*Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales, temerarias o de mala fé, causa a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida...*».

"*5.3. El artículo 73 castiga la temeridad con multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales, el artículo 74 establece los casos de temeridad o mala fé uno de ellos es «cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal», y la Corte Suprema*[6] *señala que si el Juez encuentra temeridad o mala fé «puede fulminar contra el litigante temerario o doloso o contra su apoderado, la sanción mencionada» y establece*

---

[4] Magistrado Ponente: Pablo Cáceres Corrales, Gaceta Judicial CCIX, #2448, págs. 213 y ss. Demanda presentada por Alvaro Tafur.

[5] Diccionario de expresiones y frases latinas, Victor José Herrero.

[6] Magistrado Ponente: Germán Giraldo Zuluaga, 17 marzo /81.

como obligación del juzgador pronunciar la condena de los artículos 72 y 73 del C. de P. C. cuando el caso concreto da lugar a ello.

"5.4. Tratándose de la tutela, la parte final del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, no establece en forma paralela las costas y la temeridad, sino que identifica ésta con aquellas, así debe ser la lectura de tal norma porque, entre otras cosas, dicha interpretación es coherente con el carácter público, informal, gratuito de la tutela.

"Significa lo anterior que cuando la tutela es rechazada o denegada, solamente puede hablarse de costas cuando se incurrió en temeridad; lo que se castiga es la temeridad como expresión del abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fé se instaura la acción. Y quien tasa las «costas» es el Juez de tutela porque el inciso final del artículo 25 del Decreto 2591/95 se refiere a él (algo muy distinto ocurre en la situación consagrada en el primer inciso del mismo artículo en el cual lo principal son los perjuicios).

"Fuera de la temeridad no puede existir otro factor cuantificable en la liquidación de estas costas y hubiera sido más apropiado emplear la expresión multa por temeridad, puesto que, en la moderna ciencia procesal las «costas» responden a factor objetivo y la temeridad a lo subjetivo.

"Dentro de la trascendencia que se le dá al término temeridad, *como elemento calificador y al mismo tiempo como único elemento cuantificable, se deduce que tal condena sólo opera en casos excepcionales, cuando, como en el evento de esta tutela, es ostensible el abuso cometido por el Personero instaurando una tutela de manera injustificada, desprotegiendo a quien ha debido proteger y defendiendo posiciones injustas y contrarias a la Constitución como ya se ha explicado, lo cual conlleva, además, una desvalorización de la tutela, lo cual es imperdonable"*[1].

Demostrado lo anterior, procede el estudio del caso concreto.

3.2. La Sala no encuentra que la primera causal del artículo 74 del Código de Procedimiento Civil pueda evidenciarse con la simple exposición retórica del pensamiento de un Juez, colegiado en este caso, sino que ese específico supuesto de hecho de la sanción: "[la] manifiesta carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste" debe estar soportado en pruebas que no solo demuestren, mas allá de cualquier duda razonable la existencia de tales supuestos, sino que sostenga la imposición de la sanción en criterios objetivos y no en simples argumentaciones, que aunque razonables,

---

[1] Corte Constitucional, Sala 7ª de Revisión de Tutelas, Sentencia T-443/95; 3 de octubre de 1995; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

no dejan de ser exposiciones de un criterio discrecional, que por lo menos en materia sancionatoria se revela inconstitucional.

Fundar la manifiesta carencia de fundamento legal de la presente acción de tutela en la omisión del abogado a su deber de conocimiento del ordenamiento jurídico, por hacer interpretaciones simplistas de las normas claras o por no acudir a la jurisprudencia para entender aquellas que generen alguna incertidumbre (folio 41), resulta desafortunado, pues una de las funciones del abogado es precisamente la interpretación de las normas jurídicas para elaborar tesis jurídicas que, por tener tal autor, se denomina doctrina.

La naturaleza "simplista" de una interpretación jurídica, la errónea conceptualización de un precepto, o incluso la oposición de la tesis doctrinal a los derroteros jurisprudenciales trazados por los Jueces en sus fallos, no son, *per se*, argumentos sobre los que pueda sostenerse una sanción cuyo presupuesto filosófico es la evidencia de la violación del principio constitucional de la buena fe que se presume de las actuaciones de los particulares ante la Administración Pública, a la cual se integra la Administración de Justicia como servicio público que es.

Si el abogado se equivocó en la interpretación del artículo 190 del Código de Procedimiento Penal, tal yerro ha de presumirse, por mandato de la Carta, de buena fe, o debe derrumbarse tal presunción, con la demostración probatoria de que no fue un error, sino una evidente actuación torticera, encaminada a desconocer el ordenamiento legal o a determinar al funcionario judicial para la adopción de una decisión equivocada.

El evidente descuido en que el togado mantuvo el proceso, pues era su deber, personalmente o a través del suplente, o de su auxiliar (artículo 144 Código de Procedimiento Penal), vigilar que los pronunciamientos judiciales no lo sorprendieran como le aconteció, no alcanza para construir ni siquiera indiciariamente la temeridad que supone haber actuado con manifiesta carencia de fundamento legal, pues su interpretación del precepto en concreto, aunque equivocada, y contraria a la jurisprudencia, no resulta absurda o extraña, sino que es un razonable criterio, expuesto con alguna suficiencia, afincado además en la costumbre que tienen algunos despachos judiciales de remitir siempre comunicación telegráfica a todos los sujetos procesales previa la fijación del respectivo estado.

3.3. En cuanto hace a la causal que el Tribunal afirma en la alegación de hechos contrarios a la realidad: "falta de notificación cuando ella se ha efectuado legalmente" (folio 41), tal hecho sí aparece probado en el proceso de tutela y para ello basta la simple transcripción de los numerales 5 y 7 de la acción:

"5. *La Etapa del Juzgamiento le correspondió al Juzgado Tercero Penal Municipal de Neiva, quien fijó fecha para celebrar la diligencia de* Audiencia Pública *el día 27 de febrero de 1997 a las 10 A.M.. Este* auto *nunca me fue notificado tal como queda evidenciado en el folio 106 del expediente de la mencionada causa. (...).*

"7. *El artículo 186 del Código de Procedimiento Penal, nos enuncia sobre* **las providencias que deben notificarsen** *(sic),* teniendo como tal '...el que señala día y hora para la celebración de la Audiencia...'. *Esta notificación es personal, situación que no sucedió con el Juzgado Tercero Penal Municipal de Neiva, éste Despacho omitió una norma legal; ni siquiera hubo intento de hacerlo,* ni se notificó por Estado, *como debiera ser lo debido. (...)".*

Frente a esta afirmación del abogado y específicamente en cuanto tiene que ver con lo subrayado, la inspección judicial practicada por el Tribunal y las copias de los actos de notificación (folios 31 a 35) permitieron establecer que el auto del 7 de febrero de 1997, por medio del cual se fija el 27 siguiente a las 10 de la mañana para la celebración de la audiencia pública, fue notificado por anotación en Estado del 13 de febrero de 1997, surgiendo entonces evidente la temeridad o mala fe del apoderado del accionante al afirmar a sabiendas un hecho contrario a la realidad, lo que lo hace merecedor de la sanción impuesta por el Juez *a quo*, que aunque se sostiene solo por esta razón, no admite disminución en su monto, por haberle sido impuesta la mínima.

Es por las anteriores razones que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1°. *Confirmar*, con las aclaraciones anotadas en la parte motiva, la sentencia de tutela del 5 de agosto de 1997, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila).

2°. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote (no firmó), *Fernando Arboleda Ripoll*; *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Córdoba Poveda*, *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Didimo Páez Velandia* (no firmó), *Mario Mantilla Nouges*, *Juan M. Torres Fresneda* (con salvamento parcial de voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Mi respetuosa pero franca discrepancia con la decisión que acaba de adoptar la Sala radica en la confirmación que la mayoría imparte a la sanción impuesta al abogado que representa al accionante *Luis Hernán Quigua* por haber actuado con temeridad, lo que implica la ratificación de una multa de diez salarios mínimos mensuales que en mi entender viola abiertamente el principio de legalidad.

Las siguientes son las razones que me asisten para discrepar:

1. La providencia que disiento es clara al precisar que la multa impuesta responde a la evidente "... temeridad o mala fe del apoderado del accionante al afirmar a sabiendas un hecho contrario a la realidad, lo que lo hace merecedor de la sanción impuesta por el Juez *a-quo* ...".

Pues bien: si el señor apoderado incurrió en temeridad dentro de su actuación en un trámite de tutela que, como en lo restante se confirma, terminó con la declaración de improcedencia de la acción, la única sanción legal posible, expresamente prevista y legalmente aplicable era la indicada en el inciso final del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 que textualmente prescribe:

"Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste *condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad*" (el resaltado es mío).

2. No cabe duda que de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales...", de las cuales no puede estar exenta la tutela, y que como allí enseguida se agrega "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Siendo ello así, y obedeciendo el principio de legalidad que ese precepto superior consagra, no veo cómo podría aplicarse al abogado una sanción distinta de la condena en costas, si era ésta la única que el legislador había previsto dentro del trámite de la tutela para reprimir el comportamiento del accionante temerario, conducta única que tanto el Tribunal como esta Sala adjudican al togado.

3. Para fundar la aplicación de la multa se atiene la mayoría de la Sala a unos antecedentes tanto de la Sala de Casación civil de

esta Colegiatura, como ante todo al fallo T- 443 de 1995 emanado de la Sala 7ª de revisión de la Corte Constitucional, porque una y otra, en ocasiones precedentes, han recurrido ya al artículo 73 del Código de Procedimiento Civil para la imposición de la misma clase de sanciones.

Sin embargo, de tan respetables argumentos nuevamente discrepo, con asidero en las siguientes adicionales consideraciones:

3.1. Si fue por ministerio expreso de la ley que las intervenciones temerarias cumplidas por el accionante dentro de la tutela quedaron reprimidas exclusivamente con la condena en costas, no resulta ajustado al principio de legalidad variar esa precisa forma de represión normativa por otras de diferente índole, y mucho menos acumular a las primeras las segundas, porque de añadido podría contrariarse otro principio del mismo arraigo constitucional: el de favorabilidad en materia de sanciones.

3.2. Tampoco considero legítimo recurrir a la analogía para dar en el trámite de tutela —que por naturaleza corresponde a una acción pública y gratuita que pretende poner al alcance de todas las personas el reclamo de sus derechos fundamentales— un instituto como el indicado en los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil, previsto para los procesos civiles, donde los intereses son por lo general privados, de tipo económico y susceptibles de transacción o conciliación.

Pero ante todo, porque la analogía es un mecanismo proscrito en tema de sanciones, como así lo consagran expresamente esta clase de ordenamientos, lo que se puede ver por vía de ejemplo en el artículo 7º del Código Penal.

3.3. Pero como también se invoca el principio de integración, proponiendo que el artículo 4º del Decreto 306 de 1992, reglamentario del 2591 de 1991, lo consagra para el procedimiento de tutela, he de aclarar que en mi entender ese principio solo autoriza a aplicar principios del Código de Procedimiento Civil en aquellas materias no reguladas expresamente en el Decreto que reglamenta la acción de tutela, pero jamás autoriza a desplazar las regulaciones expresamente contenidas en ese ordenamiento especial y preferente, donde, ya he dicho, para la actuación temeraria del accionante, única y exclusivamente se autoriza su condena en costas, no en multas.

4. Podría pensarse que desde mi punto de vista, las actuaciones de mala fe o de abuso del derecho protagonizadas como sucede en este caso por abogados, dentro del trámite de la tutela, quedarían impunes, o cuando menos sancionadas con suma lenidad.

Muy al contrario, bajo mi entendimiento no solamente resulta procedente, como así se ordena, poner los hechos bajo el conocimiento de las autoridades competentes para definir y sancionar la responsabilidad disciplinaria del profesional por faltas a sus deberes deontológicos, sino aún llegar a reprimir acciones de los abogados y de los particulares constitutivas de verdaderos delitos de falso testimonio, falsedad, fraude procesal, etc., todo sin perjuicio de perseguir el resarcimiento de los daños derivados de actuaciones dolosas pretendidamente encubiertas bajo un abuso del ejercicio de esta importante acción pública, pues todo ello coincide con los deberes y las responsabilidades que de toda persona exige la Constitución Política.

Solo que para el caso de la aplicación de sanciones de la índole de la que aquí se ha ratificado, debe quedar imperturbable el respeto por el principio del debido proceso, bajo el cual se amparan no solamente los ya indicados principios de legalidad y favorabilidad, sino además los derechos de contradicción y de defensa, que podrían verse violentados, si a diferencia de una condenación en costas, donde su fijación advierte la posibilidad de un trámite posterior de liquidación que garantiza la controversia, la imposición de otras sanciones dentro de un proceso regido por los principios de economía, celeridad y eficacia de los derechos fundamentales pedidos, no da lugar para otra clase de incidentes, marginando procedimientos garantistas y posibilidades defensivas.

Otras razones más tendría para seguirme oponiendo a la condena que discrepo, de las cuales me priva el agotamiento del perentorio término previsto para la decisión que se adopta.

Con invariable respeto,

Juan Manuel Torres Fresneda

Fecha *ut supra*.

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO DE DEFENSA: constituye vía de hecho la providencia que difiere la decisión sobre una solicitud de libertad, formulada durante el juicio, para el momento de la audiencia pública

No entiende la Sala cómo una solicitud de libertad pueda ser "diferida" aduciendo "incompetencia" por el término de traslado, en auto de sustanciación, contra el cual no procede recurso alguno, para el momento de la audiencia pública. Esta actuación por parte del juez constituye una clara vía de hecho vulneradora del derecho fundamental al debido proceso, pues al diferir la resolución de la petición de libertad —término que posteriormente se amplió para el momento de dictar sentencia, como quiera que el traslado venció y no se pronunció al respecto—, pretende imponer su voluntad omisiva por encima del mandato del artículo 454 del ordenamiento procesal penal, norma que, al regular el trámite de las solicitudes formuladas durante el juicio, contempla expresamente la de libertad como uno de los casos excepcionales de decisión no diferida y, por tanto, de solución inmediata.

Han de tutelarse en consecuencia los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y a la defensa, ordenando al juez demandado, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de este proveído, resuelva mediante providencia interlocutoria contra la cual procedan los recursos de ley, la petición de libertad.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D. C., dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Radicación No. 3944. Aprobado Acta No. 118.

Asunto

Desatar la impugnación interpuesta por el Juez Penal del Circuito de Riohacha contra el fallo de veinte de agosto de esta

anualidad, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de esa ciudad, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y defensa de *Luis Angel Epiayu*, y ordenó, "en procura de evitar que siga permaneciendo en la cárcel, probablemente una persona inocente... que el juez demandado dé prioridad a la celebración de la audiencia pública en la cual se escuchará al accionante *Luis Angel Epiayu*", con el fin de establecer si se trata de un homónimo.

FUNDAMENTOS DE LA ACCION

El accionante adujo haber sido capturado por miembros de la Policía el 28 de mayo de 1997, cuando se dirigía por la carretera que de Riohacha conduce a Maicao, y fue informado que el motivo de su retención obedecía a la existencia de una orden de captura en su contra, por el delito de homicidio.

Dice que al momento de la captura trató de indicarle a sus aprehensores que se trataba de una confusión, pero como por su condición de indígena no domina el idioma español, sus explicaciones no fueron tenidas en cuenta.

Al momento de la captura las diligencias se hallaban al despacho de un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior, pues se había proferido resolución de acusación en contra de *Luis Angel Epiayu*, y había sido interpuesto recurso de apelación contra dicho proveído, por lo que, confirmado el pliego de cargos, las diligencias fueron remitidas al Juzgado Penal del Circuito de Riohacha, despacho que, habiendo solicitado su defensor la libertad, y la diligencia de indagatoria para "explicar la situación", ordenó poner el expediente a disposición de las partes por el término de treinta días hábiles, "que normalmente se traducen en cuarenta (40) días calendario - precisó el accionante- y manifestó que las solicitudes hechas por la defensa solo serán tenidas en cuenta cuando el negocio pase al Despacho para fijar fecha para practicar pruebas".

Agrega que con posterioridad, su defensor insistió en la práctica de la diligencia de indagatoria "para poder demostrar el problema de la sinonimia y probar que se está cometiendo una injusticia", pero el funcionario no accedió al pedimento, de donde deduce que "el señor juez con su conducta omisiva está violando derechos fundamentales como el de la libertad y el debido proceso".

EL FALLO RECURRIDO

La protección del derecho a la libertad la denegó el Tribunal de instancia en el ordinal primero de la parte resolutiva del fallo, con fundamento en que "la libertad personal estipulada en el artículo 28 de la Constitución Nacional, tiene un medio específico de defensa que es el recurso del *Habeas Corpus*" (fl. 30 c.o.).

Basado únicamente en la omisión por parte del juez accionado de escuchar en injurada al capturado, el Tribunal de instancia tuteló el derecho fundamental al debido proceso en los siguientes términos:

"*En vista de que no se ha escuchado al demandante en declaración injurada y el proceso, según constancia procesal, los términos para alegatos de las partes vencían el once (11) de agosto de esta anualidad, y en consecuencia se encuentra al despacho del Juez Único Penal del Circuito de esta ciudad, para fijar fecha para audiencia de acuerdo a lo establecido por el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, la Sala ordenará tutelar el derecho de defensa de* Luis Angel Epiayu, *quien plantea una posible homonimia, y en atención a la especialísima situación que se ha presentado y en procura de evitar que siga permaneciendo en la cárcel, probablemente una persona inocente, se dispondrá que el juez demandado dé prioridad a la celebración de la audiencia pública en la cual se escuchará al accionante* Luis Angel Epiayu, *en indagatoria, y se practicarán las pruebas que se desprendan de ésta y las que el juez estime pertinentes o conducentes, para el esclarecimiento del caso sub júdice; audiencia que deberá realizarse a más tardar el décimo (10°) día hábil siguiente a la ejecutoria del auto que señale fecha y hora con tal fin, debiéndose fijar ésta dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo*" (ordinal segundo de la parte resolutiva del fallo, fol. 41 ib.).

La Impugnación

El juez accionado se mostró inconforme con el fallo de tutela, al considerar que "el proceso con que se relaciona la tutela en comento, luego de adelantado el trámite del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, se hallaba en el (sic) despacho para efecto de decidir lo relacionado con decretar o no una posible nulidad presentada en la etapa de instrucción y/o decretar pruebas".

Agregó que su despacho en ningún momento ha vulnerado el derecho a la defensa, y mucho menos el debido proceso; "habida cuenta que nunca se le negó ser escuchado en indagatoria, sino que se dispuso posponer cualquier decisión, que era lo viable y procedente, hasta tanto no vencieran los 30 días de traslado a las partes (art. 446 C. P. P.), y el expediente entrase a despacho para lo de ley" (fl. 59 *ib.*).

Consideraciones de la Corte

Tal como se evidencia con las fotocopias de la actuación surtida en contra de quien responde al nombre de *Luis Angel Epiayu*, la Fiscalía Primera de la Unidad Seccional de Vida de Riohacha, el

dos de abril de esta anualidad profirió resolución de acusación en contra suya y de *Alejandro Taurino Cuervo Sijuna*, como presuntos coautores del delito de homicidio en las personas de *Víctor* y *Diego Amaya Epiayu* (fls. 132 y ss. c. o.), y ordenó reiterar la captura que fuera dispuesta antes de su vinculación en calidad de persona ausente.

La aprehensión del actor se produjo el 28 de mayo de esta anualidad, cuando las diligencias se encontraban en la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, surtiéndose el recurso de apelación interpuesto por la defensora de oficio contra la resolución de acusación, por lo que confirmado el proveído calificatorio, el capturado fue puesto a disposición del Juez Penal del Circuito de Riohacha (fl. 147 *ib.*).

El 26 de junio ese despacho avocó conocimiento de las diligencias y ordenó que por Secretaría "se surta el traslado de que trata el artículo 446 del C. de P. P." (fl. 149 *ib.*). El 7 de julio, el defensor del accionante solicitó "escuchar en declaración injurada o jurada a mi defendido para de esta manera demostrar que el señor *Luis Angel Epiayu*, actualmente detenido y a su disposición no es la persona que según el denunciante cometió el hecho que originó este proceso", agregando que "se está cometiendo una injusticia al mantener detenido al señor *Luis Angel Epiayu*, por el solo hecho de tener los nombres y apellidos del homicida", pues en la orden de captura no se aportó documento de identificación.

El peticionario adujo que "nos encontramos frente a un caso de sinonimia, ya que con solo mirar las características morfológicas de mi defendido se establece que no concuerdan con los del acusado" (fl. 152 *ib.*). Como sobre este pedimento no se pronunció el despacho, el día 17 de julio el abogado solicitó la "*Libertad Inmediata*" de su apadrinado, fundamentado, entre otras normas, en el artículo 4º del Código de Procedimiento Penal, y arguyendo que su procurado "fue ilegalmente detenido y se encuentra en prolongación ilegal de privación de la libertad, porque el sindicado tiene unas características morfológicas diferentes" (fl. 153 *ib.*).

El juez accionado omitió resolver la anterior solicitud de libertad, y simplemente ordenó incorporar el memorial al proceso, "a fin de atender lo en él expuesto y pedido, una vez haya vencido el término de traslado previsto en el art. 446 del C.P.P., que es cuando este despacho adquiere competencia para decretar practica de pruebas pues realmente, el petente está impetrando la recepción de pruebas e insinúa una posible nulidad por violación al debido proceso, situaciones que no podemos atender en este momento procesal" (fl. 155 vto.).

Esta actuación por parte del Juez Penal del Circuito de Riohacha constituye una clara vía de hecho vulneradora del derecho fundamental al debido proceso, pues al diferir la resolución de la petición de libertad para cuando venza el término de traslado —término que posteriormente se amplio para el momento de dictar sentencia, como quiera que el traslado venció y no se pronunció al respecto—, pretende imponer su voluntad omisiva por encima del mandato del artículo 454 del ordenamiento procesal penal, norma que, al regular el trámite de las solicitudes formuladas durante el juicio, contempla expresamente la de libertad como uno de los casos excepcionales de decisión no diferida y, por tanto, de *solución inmediata*:

"Art. 454. Decisiones diferidas. *A menos que se trate de la libertad*, de la detención del acusado, o de la práctica de pruebas, el juez podrá diferir para el momento de dictar sentencia, las decisiones que deba tomar respecto de las peticiones hechas por las partes en el curso del juicio, cuando éstas no afecten sustancialmente el trámite. La determinación de diferir la tomará mediante auto de substanciación contra la (sic) cual procede el recurso de reposición" (resaltado fuera de texto).

La situación anterior se agrava si se tiene en cuenta que la determinación de diferir la solución de las peticiones del memorialista se hizo mediante auto de sustanciación, contra el cual no procede recurso alguno —lo que de hecho vulnera el derecho de defensa—, en abierta contradicción con el mandato de la parte final de la norma en cita.

Y no obstante haber aplazado en el referido auto de 23 de julio, la decisión sobre la libertad del procesado para cuando "haya vencido el término del traslado previsto en el art. 446 del C.P.P.", observa con preocupación la Sala que dicho lapso feneció y el juez no se pronunció al respecto, al punto que, tal como él mismo lo informó a esta Corporación, la diligencia de audiencia pública —en la cual se interrogó al accionante, a su compañero de reclusión y a una testigo de los hechos— se llevó a cabo el 11 de septiembre, habiendo sido aplazada para el siete (7) de octubre"en vista de lo avanzado de la hora" (¡1:40 p.m.!), y esgrimiendo "cansancio", sin que haya habido pronunciamiento alguno en torno a la libertad que con insistencia depreca el defensor del accionante *Luis Angel Epiayu*.

No entiende la Sala como una solicitud de libertad pueda ser "diferida", aduciendo "incompetencia" por el término de traslado, en auto de sustanciación, contra el cual no procede recurso alguno, para el momento de la audiencia pública, y llegada esta oportunidad, tampoco se profiera decisión alguna, habiendo sido aplazada

esta diligencia para continuarla veintiséis (26) días después —el siete (7) de octubre—, sin que el punto en cuestión, es decir, la libertad del procesado, hubiere sido resuelto, no obstante los insistentes requerimientos del defensor (fls. 9 y ss. cuaderno de la Corte).

Han de tutelarse en consecuencia los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y a la defensa, ordenando al juez demandado, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, resuelva mediante providencia interlocutoria contra la cual procedan los recursos de ley, la petición de libertad impetrada por el defensor de *Luis Angel Epiayu*, actuación de cuyo cumplimiento deberá informar al Tribunal de instancia.

Se confirmará en consecuencia la concesión del amparo deprecado, pero no en los términos adoptados por el Tribunal de instancia, cuya orden de celebrar la audiencia "a más tardar el décimo (10°) día hábil siguiente a la ejecutoria del auto que señale fecha y hora con tal fin", constituye, para efectos de solucionar la omisión avizorada, y en un asunto con detenido, una inane reiteración del mandato contenido en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal:

"Art. 447. Fijación de fecha para la audiencia. Si no se declara la invalidez del proceso, finalizado el término señalado en el artículo anterior, se fijará fecha y hora para la audiencia cuando ésta sea procedente, *la cual no podrá exceder de diez días hábiles*. En el mismo auto el funcionario decretará las pruebas que considere procedentes" (resaltado fuera de texto).

La libertad deprecada por el accionante no puede ser ordenada por el juez de tutela, sino por el de conocimiento, pues aquel, no puede sustituir a éste en la valoración de los elementos de juicio allegados a la actuación con el fin de establecer si la persona contra quien se dirige la acción penal ha sido, si no identificada, plenamente individualizada; y si los rasgos físicos y demás factores singularizantes del capturado corresponden al destinatario de la orden de captura, para que, de acuerdo con dicha verificación y sin dilación alguna, adopte los correctivos necesarios.

De todas formas, si no empece el agotamiento de los mecanismos anteriores el accionante considera que fue "capturado con violación de sus garantías constitucionales o legales", tendría la posibilidad de ejercer la acción de *habeas corpus*, también de rango constitucional y estatuida con la específica finalidad de prohijar el derecho a la libertad (arts. 30 de la Constitución Política y 430 del Código de Procedimiento Penal), sobre la base de que la medida de aseguramiento no estaría afectando al actor.

Acorde con estas previsiones, deviene acertada la improcedencia del amparo del citado derecho fundamental.

En conclusión, se confirmará la providencia impugnada, modificando el ordinal segundo de la parte resolutiva, en el sentido de ordenar al Juez Penal del Circuito de Riohacha, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, resuelva mediante providencia interlocutoria contra la cual procedan los recursos de ley, la petición de libertad impetrada por el defensor de Luis Angel Epiayu, actuación de cuyo cumplimiento deberá informar al Tribunal de instancia.

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:

1. *Modificar* el ordinal segundo de la parte resolutiva del fallo recurrido, en el sentido de ordenar al Juez Penal del Circuito de Riohacha, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, resuelva mediante providencia interlocutoria contra la cual procedan los recursos de ley, la petición de libertad impetrada por el defensor de Luis Angel Epiayu, actuación de cuyo cumplimiento deberá informar al Tribunal de instancia.

2. *Confirmar* en todo lo demás la providencia objeto de impugnación.

3. *Notificar* esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

4. *Remitir* las diligencias a la Corte Constitucional, una vez en firme esta providencia, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia, Mario Mantilla Nouges, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL: ningún quebranto al derecho se presenta cuando en curso el término para que el instructor imparta calificación al mérito de las probanzas, se difiere para la sumarial la solicitud de trámite incidental presentada por un tercero el acto procesal que le ponga fin a la etapa sumarial.

Cuando la regla procesal determina que la proposición del incidente puede hacerse en cualquier momento, no resulta indiferente el estado en que se halle la actuación pues la disciplina misma del proceso impone un límite que no pueden rebasar los sujetos intervinientes, salvo que se trate de una petición de libertad, y es el dispuesto en el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en virtud del principio de integración previsto en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, y este no es otro que el momento en que el proceso pasa a despacho del funcionario para adoptar la decisión de fondo.

El proceso que se encontraba con la resolución que dispone el cierre de investigación debidamente ejecutoriada y en curso el término para que el instructor impartiera calificación al mérito de las probanzas, implicaba que cualquier solicitud que en ese momento se presentara, salvo las concernientes con la libertad, debían diferirse para el acto procesal que le iba a poner fin a la etapa sumarial, pues el proceso se adelanta en forma progresiva y marcado por fases preclusivas. En este orden de ideas, no hubo por parte del fiscal ningún quebranto a los derechos constitucionales fundamentales del accionante.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D. C., octubre quince de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Radicación No. 3981. Aprobado Acta Nro. 124.

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la impugnación del Fiscal 60 Seccional de Cali. Dr. Edgar León Patiño, contra el fallo del Tribunal

Superior de la misma ciudad que el pasado 8 de septiembre concedió la tutela demandada por *Guillermo Fernando Gómez Rojas* para proteger los derechos fundamentales al debido proceso y el de petición, presuntamente conculcados por el funcionario judicial.

ANTECEDENTES

Clausurada por la Fiscalía 60 Seccional de Cali la investigación para esclarecer el delito de estafa al parecer cometido por Guillermo Arango Trujillo y José Oswaldo Navarrete Durán, el ahora accionante Guillermo Fernando Rojas presentó el 16 de junio del corriente año solicitud para constituirse como tercero incidental, pero como el ciclo de la averiguación había concluido, el despacho aplazó un pronunciamiento al respecto para cuando se emitiera la resolución calificatoria.

Transcurridos dos meses sin que se le admitiera como sujeto procesal, el peticionario optó por recurrir ante el Tribunal Superior en acción de tutela y allí obtuvo la protección constitucional para los derechos al debido proceso y de petición. Contra esa decisión se alzó en impugnación el fiscal accionado.

CONTENIDO DE LA ACCIÓN

Dijo el actor que adquirió de Carlos Egidio Moreno, por medio de un contrato de compraventa, el vehículo de placas NEG 801 por el cual pagó la suma de seis millones y medio de pesos, el mismo que el 26 de abril del año en curso le fue incautado por orden de la Fiscalía 60 Seccional de Cali, razón por la cual intentó su devolución por medio de abogado con la proposición del trámite incidental dentro del proceso, libelo que no tuvo respuesta pese a que transcurrieron dos meses pues el fiscal arguyó como obstáculo para el pronunciamiento que se hallaba próxima la calificación del mérito del sumario.

Lo anterior, a juicio del accionante, es un atropello al debido proceso por cuanto la norma del artículo 150 del C. de P. Penal no limita la oportunidad para intentar aquella postulación, y menos aún cumple el funcionario de la Fiscalía con el derecho de petición por cuanto no respondió de manera oportuna a su mandatario, tal como lo tiene previsto el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo.

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Escuchados los razonamientos del demandante, el Tribunal Superior de Cali los consideró válidos porque "....la argumentación contenida en la resolución de sustanciación de 20 de junio de 1997 según el cual la Fiscalía Seccional 60 de Patrimonio Económico y Fé Pública "Estima no ser procedente el trámite incidental por

cuanto el proceso se encuentra pendiente para la calificación" no puede ser considerada la respuesta obligada pues en primer lugar no se notificó al interesado y en segundo término aparece como una afirmación deshilvanada del contexto procesal pues nada argumenta sobre las normas legales en que se fundamenta. Se resalta en este punto que la calificación del material probatorio a que aludió, el 20 de junio, sólo se presenta el 27 de agosto de 1997".

Consecuente con lo anterior, el *a-quo* concedió el amparo de los derechos fundamentales que se invocaron.

La Impugnación

La parte accionada mostró su inconformidad con el fallo tutelar por cuanto considera que no hubo violación a los derechos fundamentales aducidos, pues no desconoció las normas que rigen el trámite incidental, toda vez que, en su criterio, una vez dispuesto el cierre de la investigación lo viable no es impulsar actuaciones como la requerida por el actor sino definir aquellas que se encuentren en curso, y cuando la reglamentación procedimental refiere a la oportunidad para su formulación alude a momentos "preliminares investigativo y de juzgamiento, pero no a estados en los cuales se encuentren para una decisión como lo pretendía en ese momento, pues como lo manifestó el Despacho dicha demanda incidental podía proponerse en la etapa del juicio y así se hizo referencia en la resolución calificatoria...", todo lo cual a juicio del fiscal impugnante amerita la revocatoria del fallo recurrido.

Consideraciones de la Corte

La acción de tutela como mecanismo excepcional de protección de los derechos fundamentales condiciona su procedencia a la inexistencia de otros medios de defensa judicial, salvo que se invoque como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable derivado de actos u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares, pero únicamente respecto de éstos en los casos de expresa consagración legal.

Resulta además inoperante el amparo constitucional cuando se dirige contra decisiones judiciales, en observancia de los principios de independencia y autonomía consagrados en los artículos 228 y 230 de la Carta Política que rigen la actividad judicial, salvo que el pronunciamiento obedezca sólo al capricho o a la arbitrariedad del funcionario, como así no lo revela la actuación sometida a estudio de la Sala.

En efecto, cuando el accionante se dirigió por medio de abogado a la Fiscalía 60 Seccional para ser escuchado como tercero inci-

dental dentro de la investigación adelantada por el delito de estafa, se encontraba el proceso con la resolución que dispuso el cierre de la investigación debidamente ejecutoriada y corría el término para que el instructor impartiera calificación al mérito de las probanzas, lo que implicaba que cualquier solicitud que en ese momento se presentara, salvo las concernientes con la libertad, debía diferirse para el acto procesal que le iba a poner fin a la etapa sumarial, pues el proceso se adelanta en forma progresiva y marcado por fases preclusivas, que en el caso presente hacían imposible al funcionario instructor retrotraer la actuación para darle cumplimiento al artículo 64 del Código de Procedimiento Penal, pues no de otra manera podía dar curso al pedimento de quien pretendía constituirse como tercero incidental, avasallando, ahí sí, el debido proceso, supuesto que lo pedido conllevaba, además del traslado del escrito a los demás sujetos procesales, la apertura de un período probatorio, actuaciones estas incompatibles con la clausura del ciclo investigativo.

Es que cuando la regla procesal determina que la proposición del incidente puede hacerse en cualquier momento, no resulta indiferente el estado en que se halle la actuación —como equivocadamente cree el *a-quo*— pues la disciplina misma del proceso impone un límite que no pueden rebasar los sujetos intervinientes, salvo que se trate de una petición de libertad, y es el dispuesto en el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en virtud del principio de integración previsto en el artículo 21 del C. de P. P., y este no es otro que el momento en que el proceso pasa a despacho del funcionario para adoptar la decisión de fondo.

Razón tiene, entonces, el impugnante al decir que no ha contrariado el debido proceso, pues lo que hizo fue todo lo contrario, esto es, ordenar la actuación conforme a sus precisos dictados.

Asimismo, tampoco hubo ninguna violación al derecho de petición, pues, aparte de que su núcleo fundamental está debidamente satisfecho con la resolución de sustanciación del veinte de junio mediante la cual la fiscalía advirtió que no era procedente el trámite incidental antes de proferirse el calificatorio, ha de tenerse en cuenta que por tratarse de una solicitud al interior de una actuación judicial, formulada por quien pretende constituirse sujeto procesal, su desatención podría eventualmente constituir violación al debido proceso mas no al derecho de petición.

En este orden de ideas, no hubo por parte del Fiscal impugnante ningún quebranto a los derechos constitucionales fundamentales del accionante, razón más que suficiente para revocar la sentencia que reconoció lo contrario, no sin antes advertir que éste mantiene indemne la capacidad para ejercer al interior de la actuación

procesal las acciones pertinentes a su pretensión de tercero incidental, tan pronto se supere la etapa de la calificación.

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:

Revocar íntegramente el fallo del Tribunal Superior de Cali, mediante el cual el 8 de septiembre próximo pasado concedió la protección constitucional invocada por Guillermo Fernando Gómez Rojas, de acuerdo con las razones consignadas en la parte motiva.

Remitir lo actuado a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (no firmó), *Mario Montilla Nouges, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL, LIBERTAD PROVISIONAL: La dilación que excusa del otorgamiento de libertad provisional por la precisa causal del numeral 4ª del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, es únicamente la que provenga de causas atribuibles al sindicado o al defensor, la complejidad del asunto o el número de sindicados vinculados no permiten negar la concesión del beneficio

La dilación que excusa del otorgamiento de la libertad provisional por la precisa causal del numeral 4ª del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, es únicamente la que provenga de causas atribuibles al sindicado o al defensor, las demás, como las que cita el Tribunal [complejidad del asunto o número de sindicados vinculados] no permiten negar la concesión del beneficio, pues el debido proceso supone no solo que existen funcionarios judiciales capaces de resolver cualquier problema jurídico, por complejo que él sea, sino que tienen los medios suficientes para enfrentar macroprocesos, que deriven tal calificativo del plural número de sindicados, máxime si se trata de una especialidad como la Regional que fue creada entre otras cosas, para el desmantelamiento de las organizaciones criminales.

Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D. C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Radicación No. 3986. Aprobado Acta No. 124.

Vistos

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la impugnación formulada por el accionante *Gabriel Angel Rivera Galindo* en contra del fallo proferido el 15 de septiembre de 1997 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia), por medio del cual negó la tutela del derecho fundamental al debido proceso que el actor reclamaba violado por parte de un Fiscal Regional de la Dirección Regional de Fiscalías

de Medellín que dirige la instrucción a la que se encuentra vinculado el actor, junto con otros sindicados, como presunto responsable de violación a la Ley 30 de 1986.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

El señor *Gabriel Angel Rivera Galindo*, detenido en el pabellón No. 12 de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia), señaló en escrito remitido a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad que formulaba acción de tutela contra la Fiscalía Regional de la localidad por violación al derecho fundamental al debido proceso.

El actor concreta la afectación a su derecho fundamental en la negativa del Fiscal a concederle el beneficio de la libertad provisional, no obstante que se ha demostrado el cumplimiento del requisito contenido en el numeral 4° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal; comportamiento que ha respaldado igualmente el Juez 17 Penal del Circuito al negar la acción pública de *habeas corpus* interpuesta, hecho en el que igualmente funda la procedencia de la tutela pues, dice, es el único recurso a su disposición.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia) negó por improcedente la tutela del derecho fundamental por cuya presunta violación reclamaba el actor.

El Tribunal de primera instancia analizó la conducta procesal del sindicado para concluir que la dilación de los términos no ha sido injustificada, sino propiciada por las actuaciones del actor, por la complejidad del asunto y el número de sindicados vinculados, por lo que considera legal la decisión adoptada por el Fiscal y por tanto inexistente la violación al derecho fundamental que se pretende conculcado.

LA IMPUGNACIÓN

El fallo fue impugnado por el accionante anotando la expresión "apelo esta decisión" en el acta de notificación, sin que sustentara nunca las razones de su impugnación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El fallo de primera instancia del que conoce hoy la Corte por la impugnación que de el hiciera el accionante, será confirmado por las razones que a continuación se exponen:

1. Como ya lo ha sostenido la Corte en diversas oportunidades, la falta de sustentación de la impugnación no deviene en causal que inhiba a la Corporación de resolver el recurso así presentado

de manera tan precaria, pues la interpretación sistemática de la norma dentro de la institución de la tutela como mecanismo de protección urgente de un derecho fundamental aconseja preferir como sustancial la simple manifestación del desacuerdo, sobre lo procedimental de la expresión de las razones de esa confutación, pues sólo de esta manera se logran los propósitos del Estado Social de Derecho que propende la Constitución que actualmente nos rige.

2. La Corte Suprema de Justicia con fundamento en la Constitución, ha venido señalando que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30, cuando el derecho fundamental presuntamente violado es el de la libertad personal, es la acción de *habeas corpus* el mecanismo que ha de utilizarse para su protección y restablecimiento.

Por la naturaleza de la acción (constitucional), por su específico propósito (libertad personal) y por su breve término de solución (36 horas), resulta el *habeas corpus* evidentemente más apropiado que la acción de tutela, cuya naturaleza, (constitucional pero utilizable solo en ausencia de otro medio de defensa judicial) y lapso para decidir (10 días) hacen que se resuelva en su contra el juicio de eficacia.

3. De otra parte, igualmente con fundamento en la Constitución y la ley, la Corte ha venido destacando la improcedencia de la acción de tutela para modificar decisiones que han sido adoptadas dentro de un proceso judicial.

La vía natural que el Estado ha establecido para la protección de los derechos constitucionales y legales de sus asociados es el proceso; es al interior de tal mecanismo estatal que debe plantearse la protección de los derechos, fundamentales o no, de cada una de las partes involucradas en él. El Juez competente para cada caso específico está dotado por la Constitución y la ley de los más diversos instrumentos de protección de los derechos y está, ante todo, legitimado para dispensar a cada quien el disfrute del derecho que le corresponda, o para imponer la pena a que haya lugar, ya sea que se trate de conflictos entre particulares; entre estos y el Estado o del simple ejercicio del poder sancionador de éste.

4. En el caso que hoy ocupa a la Corte Suprema de Justicia, el accionante *Gabriel Angel Rivera Galindo* pretende derrumbar a través de la acción de tutela, no sólo una, sino dos, decisiones judiciales: Una, la de la Fiscalía que ha negado la libertad provisional y; otra, la del Juzgado 17 Penal del Circuito, que negó la libertad reclamada por la vía del *habeas corpus*.

Actuaciones como la del allí procesado y aquí actor, no muestran otra cosa que un distorsionado concepto de la naturaleza de lo justo, interpretando como tal solo aquello que lo favorece, buscando

a través de cualquier medio la deslegitimación de las decisiones que le son desfavorables, causando con ello grave perjuicio al servicio público de administración de justicia ocasionando incluso que se le sancione por tal actitud, como ya ocurrió.

En efecto, la excepción que contempla el inciso 2° del numeral 4° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, no es otra cosa que una sanción a la torticera actuación de sindicados y defensores, cuando con sus maniobras dilatorias han dado origen a la prolongación de los términos de instrucción o de calificación, como quedó demostrado en este caso concreto con la inspección judicial practicada por el Tribunal de primera instancia.

Cabe anotar, a manera de precisión frente a las consideraciones del *a quo*, que la dilación que excusa del otorgamiento de la libertad provisional por la precisa causal del numeral 4° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, es únicamente la que provenga de causas atribuibles al sindicado o al defensor, las demás, como las que cita el Tribunal (complejidad del asunto o número de sindicados vinculados) no permiten negar la concesión del beneficio, pues el debido proceso supone no solo que existen Funcionarios Judiciales capaces de resolver cualquier problema jurídico, por complejo que el sea, sino que tienen los medios suficientes para enfrentar macroprocesos, que deriven tal calificativo del plural número de sindicados, máxime si se trata de una especialidad como la Regional que fue creada entre otras cosas, para el desmantelamiento de las organizaciones criminales.

Tampoco debe pasarse por alto que la evidente utilización de maniobras dilatorias no es sólo la interposición exagerada de recursos con el mero ánimo de presentarlos para luego no sustentarlos, como aquí ocurrió, sino que la formulación de repetidas peticiones inconducentes o impertinentes, o la presentación de acciones al exterior del proceso que repercutan dificultando la posibilidad del funcionario en resolverlo, pueden ser también valoradas como dilatorias; en fin, la norma exige a cada Funcionario Judicial en cada caso concreto que evalúe y determine si la actuación del sindicado o del defensor estuvo o no dedicada al propósito específico de entorpecer la actuación para obtener la libertad por términos, si así fue, se les sanciona con la decisión negativa de la pétición, si no, la sanción es para el Estado y por ello debe otorgar el beneficio.

En estos términos el fallo se confirmará, pues la acción invocada es improcedente.

Es por las anteriores razones que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1°. *Confirmar*, la sentencia de tutela del 15 de septiembre de 1997, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia).

2°. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll; Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia (no firmó), *Mario Mantilla Nouges, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SEGURIDAD SOCIAL: La actualidad de la amenaza o de la vulneración del derecho fundamental se constituyen en condiciones para la procedencia de la acción de tutela. La terminación de la relación laboral hace cesar los efectos del no pago de los aportes por el empleador, los efectos de la acción arbitraria se consumaron a tal punto que no es posible restablecer a la solicitante el goce de los derechos conculcados / DEBIDO PROCESO DE TUTELA, INDEMNIZACION EN TUTELA: La orden en abstracto, de indemnizar por concepto del daño emergente causado está condicionada a que el afectado no disponga de otro medio judicial, a que la violación del derecho sea manifiesta, consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria y a que sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho conculcado.

1. La accionante dejó de trabajar para la entidad accionada en diciembre de 1996 y los efectos del no pago de los aportes cesaron. Hasta el punto de que lo que exclusivamente busca a través de la acción de tutela es que se le reintegren los valores que para salud le dedujo la empresa de su salario mensual.

Entonces si su salud y naturalmente su vida se vieron expuestas por la omisión de pago del empleador, eso fue en el pasado y tal era la oportunidad adecuada para intentar una acción de amparo de los mismos y no después, ya retirada de la empresa y sólo con la intención de lograr una orden judicial de indemnización de perjuicios, luego de varios intentos fallidos para que la sociedad le restituyera el valor de los aportes que le dedujo de su salario.

La actualidad de la amenaza o de la vulneración del derecho fundamental se constituyen en condiciones para la procedencia de la acción de tutela. (...) Pero cuando, como en el caso examinado, ningún derecho se encuentra amenazado y los efectos de la acción arbitraria se consumaron a tal punto que no es posible restablecer a la solicitante el goce de los derechos conculcados, carece de sentido declarar la procedencia de la acción, como lo reconoce el inciso 4º del Decreto 2591 de 1991.

El principio de oportunidad también tiene cabida frente a la acción de tutela.

Si la razón de ser del instrumento es evitar la violación de un derecho fundamental o impedir que una vez producida, los efectos perjudiciales se prolonguen, resulta evidente su inoperancia ante la existencia de un daño consumado, frente al cual no sea posible volver las cosas a como se encontraban antes de la actuación arbitraria, para restablecerle al solicitante el goce del derecho conculcado.

2. Es cierto que la orden de prevención a la autoridad o al particular a que se refiere el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, al igual que la decisión de proteger el derecho violado (artículo 23 ibidem), facultan al juez de tutela para ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado, de conformidad con el artículo 25 del mismo cuerpo normativo. Esta disposición, sin embargo, condiciona el pronunciamiento a que el afectado no disponga de otro medio judicial, a que la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria y a que sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho conculcado.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.-Santafé de Bogotá D. C., octubre veintidós (22) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

Radicación No. 4045. Aprobado Acta No. 128.

VISTOS

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor *Héctor Andrés Hermida Rengifo*, representante legal de la compañía constructora Edificio Grupo 124 Ltda, contra la providencia de septiembre 29 de 1997, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá accedió a tutelarle a *Martha Lucila Lemus Giraldo* los derechos fundamentales a la vida y a la salud y ordenó en abstracto indemnizarla por los perjuicios que le fueron causados, al haber cesado los efectos del acto cuestionado.

LA ACCIÓN DE TUTELA

La señora *Lemus Giraldo*, a través de apoderada, expresó que laboró para la Sociedad "Edificio Grupo 124 Ltda." entre diciembre de 1994 y diciembre de 1996. Fue vinculada al Instituto de Seguros Sociales para el régimen de pensiones, salud y riesgos profesionales, y mensualmente se le descontó de su sueldo el valor correspondiente al aporte que le correspondía hacer. La empresa, sin embargo, no

le pagó ninguna suma al Instituto desde abril de 1996 y esta circunstancia se prolongó hasta el día de su retiro. Tampoco lo hizo por los meses de abril y mayo de 1995.

Sucedió que *Martha Lucila* enfermó en 1996 y al tiempo quedó embarazada. El Instituto de Seguros Sociales la comenzó a tratar y la remitió a la Unidad de Nefrología del Hospital San Juan de Dios donde, cada dos o tres meses, le efectuaban los controles necesarios. Pero a raíz del no pago de los aportes que debía cancelar su empleador, el Instituto no le siguió brindando atención, por lo que tuvo que recurrir a médicos particulares, resultando perjudicada económicamente.

"En repetidas ocasiones tanto mi mandante como yo –se señala en la demanda–, hemos solicitado a la Empresa la devolución de los dineros de la señora Lemus y no pagados en el seguro social, pero no se ha tenido por parte de ellos ninguna respuesta.

"A mi mandante le interesa la devolución de estos dineros, para poder sufragar los gastos causados por tratamiento médicos, y por maternidad, que ella pagó con dineros de su propio peculio", concluye.

Dice la demandante, por último, que la Sociedad Grupo 124 Ltda le conculcó el derecho a la vida por carencia de atención médica, lo cual fue producto de la violación manifiesta del derecho a la seguridad social. Y que es procedente en este caso la acción contra un particular ya que la solicitante "...se encuentra en una situación de indefensión y subordinación frente a la firma para la cual laboraba".

La Sentencia Impugnada y el Recurso

El Tribunal Superior decidió, en primer lugar, tutelarle a la accionante los derechos a la salud y a la vida. Y, en segundo, al haber cesado "...los efectos del acto cuestionado...", ordenó en abstracto la indemnización del daño emergente causado a la señora *Lemus Giraldo*, disponiendo como medida paralela, en firme el fallo, la remisión de copia de él con destino al Juez competente para la liquidación de los perjuicios.

"En el sentir del Tribunal –este fue el fundamento de la sentencia– la firma empleadora violó derechos fundamentales de Martha Lucila, *a extremo que no se le prestó por el Seguro Social la atención médica cuando la necesitó. Tuvo que acudir a servicios particulares, según ésta lo ha expresado. Mas, como ya no está vinculada laboralmente a la empresa, y la atención médica por parte del seguro no tiene carácter retroactivo, resulta indiscutible que los efectos de la negligencia del empleador ya están consumados en forma que no es posible restablecer a la solicitante en el goce de sus derechos. Por manera*

que se prevendrá a la firma demandada para que en ningún caso vuelva a incurrir en los actos que han originado este diligenciamiento, advirtiendo que de reincidir, incurrirá en las sanciones legales.

"*La violación de los derechos fundamentales (vida y salud) por parte de la entidad demandada fue manifiesta y en consecuencia de acción arbitraria. De suerte que, por mandato de los artículos 24 y 25 del Decreto 2591 de 1991, se ordenará la indemnización del daño emergente para asegurar el goce efectivo de los derechos vulnerados para lo cual se remitirá copia al respectivo juez. Todo sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles y laborales*", es la conclusión de la primera instancia.

El representante legal de la Sociedad Edificio Grupo 124 Ltda señaló en el escrito de sustentación del recurso de apelación que la empresa actuó de acuerdo a lo previsto en los artículos 122, 22 y 161 de la Ley 100 de 1993 y en ningún momento de manera arbitraria. Que si no pagó los aportes al Seguro Social fue porque carecía del dinero para hacerlo, debido a la crisis del sector de la construcción y que no ve cómo puedan restituirse los aportes a la afiliada, ya que los mismos son de la entidad administradora "...a quien corresponde efectuar el respectivo cobro ejecutivo a mi representada".

"*La jurisprudencia -señala el recurrente- ha sido reiterativa en que si no hay cobertura y prestación del servicio de seguridad social, el empleador asume dicha obligación y así lo hizo* Edificio Grupo 124 Ltda., *motivo por el cual no se entiende por qué tutelan devoluciones de aportes y perjuicios, sin haber lugar a ello*". Pide, en consecuencia, la revocatoria del fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es claro que desde abril de 1996 la sociedad Edificio Grupo 124 Ltda dejó de cumplir con su obligación de trasladar a la entidad de seguridad social a la cual fue vinculada la señora *Martha Lucila Lemus Giraldo* tanto el aporte descontado a ésta de su salario, como el que le correspondía efectuar a la empresa. Tal situación por sí misma en el momento en que se produjo atentó contra el derecho a la seguridad social de la demandante y consiguientemente amenazaba sus derechos a la salud y a la vida.

Y cuando afirma que enfermó de cierta gravedad y que el Instituto de Seguros Sociales no le brindó atención debido a la falta de pago de los aportes respectivos, que tampoco lo hizo su empleador, y que ella debió con sus propios recursos asumir directamente los gastos médicos respectivos, es evidente que ya no en el grado de amenaza sino de vulneración estuvieron afectados sus derechos constitucionales a la salud y a la vida.

La señora *Lemus Giraldo* dejó de trabajar para Edificio Grupo 124 Ltda en diciembre de 1996 y los efectos del no pago de los aportes cesaron. Hasta el punto de que lo que exclusivamente busca a través de la acción de tutela es que se le reintegren los valores que para salud le dedujo la empresa de su salario mensual.

Entonces si su salud y naturalmente su vida se vieron expuestas por la omisión de pago del empleador, eso fue en el pasado y tal era la oportunidad adecuada para intentar una acción de amparo de los mismos y no después, ya retirada de la empresa y sólo con la intención de lograr una orden judicial de indemnización de perjuicios, luego de varios intentos fallidos para que la sociedad le restituyera el valor de los aportes que le dedujo de su salario.

La actualidad de la amenaza o de la vulneración del derecho fundamental se constituyen en condiciones para la procedencia de la acción de tutela. Su esencia es servir de mecanismo para evitar, ante una amenaza de conculcación, que ésta se concrete. O para impedir los efectos perjudiciales de la violación del derecho, a partir de que se haya producido. Pero cuando, como en el caso examinado, ningún derecho se encuentra amenazado y los efectos de la acción arbitraria se consumaron a tal punto que no es posible restablecer a la solicitante el goce los derechos conculcados, carece de sentido declarar la procedencia de la acción, como lo reconoce el inciso 4º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

El principio de oportunidad también tiene cabida frente a la acción de tutela. Si la razón de ser del instrumento es evitar la violación de un derecho fundamental o impedir que una vez producida, los efectos perjudiciales se prolonguen, resulta evidente su inoperancia ante la existencia de un daño consumado, frente al cual no sea posible volver las cosas a como se encontraban antes de la actuación arbitraria, para restablecerle al solicitante el goce del derecho conculcado. En un caso así, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, el fallo queda limitado a prevenir a la autoridad pública o al particular para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones irregulares. Sencillamente debido a la imposibilidad de adoptar alguna de las medidas de protección señaladas en el artículo 23 del mismo decreto.

La decisión de prevenir a la Sociedad demandada para que en ningún caso vuelva a incurrir en actos similares a los examinados fue asumida por la primera instancia y la Sala la confirmará. No así la orden de tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida, por las razones que ya se adujeron. Y tampoco el pronunciamiento de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado a la demandante, a partir de la acción clara e

indiscutiblemente arbitraria de la empresa. Esto por la sencilla razón de que las condiciones para hacerlo no se reúnen en el presente caso.

Es cierto que la orden de prevención a la autoridad o al particular a que se refiere el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, al igual que la decisión de proteger el derecho violado (art. 23 *ib.*), facultan al Juez de tutela para ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado, de conformidad con el artículo 25 del mismo cuerpo normativo. Esta disposición, sin embargo, condiciona el pronunciamiento a que el afectado no disponga de otro medio judicial, a que la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria y a que sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho conculcado.

Como se dijo y es obvio no es posible en las condiciones vistas restablecer a la demandante el goce de los derechos violados a la salud y a la vida. Esta circunstancia, en consecuencia, y la adicional de que cuenta con la acción pertinente ante la jurisdicción laboral para lograr la satisfacción de sus intereses, conducen a concluir que todos los supuestos necesarios para ordenar en abstracto la indemnización de perjuicios no se estructuran y, por ende, a reiterar que el pronunciamiento adoptado por el Tribunal Superior a la luz del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 debe revocarse.

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

RESUELVE:

1. *Revocar* los numerales 1º y 2º de la parte resolutiva de la sentencia de septiembre 29 de 1997, mediante los cuales el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá tuteló los derechos a la salud y a la vida de la señora *Martha Lucila Lemus Giraldo* y ordenó en abstracto la indemnización del daño emergente causado.

2. *Confirmar* la orden de prevenir a la Sociedad Edificio Grupo 124 Ltda., para que en ningún caso vuelva a incurrir en actos similares al que fue objeto del presente proceso.

3. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. Notifíquese de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll (no firmó); *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Paez Velandia* (no firmó), *Mario Mantilla Nouges, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO CIVIL: 1. Con la presentación en el juzgado de la renuncia al poder la única obligación en cabeza del abogado es la prevista en el artículo 71 numeral 8 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al juez enviar el telegrama informando al poderdante la decisión tomada. 2. Vulnera el derecho el juez que sólo notifica mediante estado la multa impuesta al abogado que ante la presentación de renuncia al poder no asiste a la audiencia de conciliación, se debió acudir al trámite previsto en el artículo 129 del Código de Procedimiento Civil.

Del contenido del artículo 69 en su inciso 4º Código de Procedimiento Civil, no se puede desprender deber alguno a cargo del abogado que renuncia al poder, quien solo está obligado a cumplir con lo dispuesto en el artículo 71 numeral 8º, esto es, dar a conocer de inmediato a su representado la renuncia al poder, acto que ninguna incidencia tiene para los efectos procesales contenidos en la primera de las normas citadas.

Era deber de la titular del juzgado, comunicar al profesional del derecho la sanción de la que iba a ser objeto para que este ejercitara la defensa. No resulta por tanto suficiente con que el funcionario judicial se limite a dar cumplimiento a simples formalidades para entender amparado el derecho fundamental, sino que debe agotar los mecanismos necesarios para garantizar la oportuna intervención del afectado con un acto o decisión judicial de tal manera que pueda controvertirlo materialmente.

Dentro de la normatividad procesal civil existe la obligación para los jueces de aplicar las leyes que regulen situaciones semejantes cuando no haya ley exactamente aplicable al caso, (artículo 37 numeral 8º) Ante esta eventualidad el juez debió acudir al artículo 129 del Código de Procedimiento Civil que regula el trámite a seguir en caso de que las partes o apoderados se hagan acreedores de una multa cuando retengan los expedientes.

DEBIDO PROCESO CIVIL: 1. Las expensas para obtener el enteramiento de la renuncia al podez de conformidad con el

artículo 389 -1 del Código de Procedimiento Civil, corresponden al abogado por ser de su interés. 2. el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil que trata de las notificaciones personales no incluye la del auto que impone la multa por inasistencia a la audiencia de conciliación, pero en cambio el artículo 321 ibidem, asume la notificación por estado como legal y válida para «la notificación de los autos que no deba hacerse personalmente ...». Así, la conducta del juez al notificar por estado no puede calificarse de arbitraria o caprichosa (Salvamento de Voto).

1. El principio de gratuidad que consagra el artículo 1º del Código de Procedimiento Civil tiene su limitante en las expensas señaladas en el arancel judicial para determinados actos de secretaría, y uno de ellos indica (artículo 389 - 1 del Código de Procedimiento Civil) que «Cada parte deberá pagar los gastos y honorarios que se causen en la práctica de las diligencias y pruebas que solicite ...», siendo claro que en este caso el enteramiento no eran del interés de la justicia ni de la contraparte, sino del abogado dimitente y de la parte que se afectaba con su retiro.

Pero es que ni siquiera admitiendo que el costo del telegrama tuviera que asumirlo la juez o el Estado, podría entenderse al abogado saliente relevado de su representación ni del cuidado del interés que había asumido antes de la terminación de su mandato, pues el citado artículo 69 del Código de Procedimiento Civil no hace esa clase de diferenciaciones, así que si el Juzgado olvidó de cumplir con el discutible deber de cosiear el telegrama, era de cargo del togado verificar que el trámite fuera agotado, antes de deshacerse de sus deberes profesionales.

La imposición, entonces, de la sanción al abogado por no comparecer a la conciliación, tampoco puede calificarse de acto arbitrario o constitutivo de abuso de poder, o vía de hecho, porque ella está contemplada en el artículo 101 parágrafo 2º, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil.

2. En cuanto al trámite que hizo efectiva la sanción, es la ley la que le da a las notificaciones por estado el carácter de actos válidos de enteramiento o notificación, y era esa, a mi modo de ver, la notificación pertinente para la sanción.

Así lo entiendo porque el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil que trata de las notificaciones personales no incluye la del auto que impone la multa que se comenta, pero en cambio el artículo 321 ibidem, asume la notificación por estado como legal y válida para «la notificación de los autos que no deba hacerse personalmente ...».

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D. C., noviembre cinco (5) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

Radicación No. 4030. Aprobado Acta No. 136.

VISTOS

Resuelve la Corte la impugnación propuesta contra la sentencia del 25 de septiembre del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín tuteló el derecho fundamental al debido proceso vulnerado a *Ricardo León Zuluaga Gil* por parte del Juzgado Segundo Civil del Circuito de esa ciudad y denegó los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a ejercer una profesión u oficio y al acceso a la administración de justicia también invocados por el actor.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Como apoderado de la sociedad Paisautos Ltda, contra la cual se instauró demanda ordinaria, el aquí accionante procedió a dar respuesta de la misma que le fue admitida a trámite, con lo cual se dio comienzo al proceso. Al poco tiempo de ocurrido esto, la citada sociedad cambió de propietarios y de representante legal y no accedió a mantener las condiciones económicas que se habían pactado para el desempeño del mandato judicial.

En tales circunstancias el Dr. *Zuluaga Gil* presentó renuncia del poder que se le había conferido, la cual le fue aceptada mediante auto del 7 de noviembre de 1996 decisión que el juzgado debía notificar al poderdante. El por su parte y atendiendo a lo normado en el numeral 8º del artículo 71 del C de P.C., procedió, al día siguiente, a comunicar al representante legal de la sociedad la aceptación de la renuncia por parte del juzgado. Así entonces, comentó, cesaron sus responsabilidades respecto del proceso y por ello no volvió a revisar el negocio.

No obstante lo ocurrido, el 2 de julio del año en curso se le informó por parte de la oficina de jurisdicción coactiva que debía cancelar una multa por valor de $860.025.oo que le impuso el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín por no haber asistido a la audiencia de conciliación que se celebró el 27 de febrero de 1997. El fundamento que tuvo ese despacho radicó en que el citado profesional había seguido vinculado al proceso, nunca se había liberado de sus obligaciones y por lo tanto debió asistir a dicha diligencia, en la que la inasistencia sin justa causa de la parte o los apoderados, es susceptible de ser sancionada.

A su modo de ver, el Juzgado no tuvo en cuenta el hecho de que había renunciado hacia cuatro meses al mandato judicial; que el inciso 1º del artículo 101 del C de P.C. exige que en el auto que se convoque a audiencia se debe citar a las partes, y a los apoderados sólo si el despacho lo cree conveniente. Por lo tanto, agregó, la asistencia de los apoderados a la audiencia no es forzada y está supeditada a que el funcionario judicial ordene su comparecencia y en el auto solo se ordenó la asistencia de las partes.

Además, según la doctrina, esta citación debe hacerse no solo mediante el auto, sino también mediante telegrama.

El citado despacho procedió a sancionarlo de conformidad con la interpretación del inciso 4º del artículo 69 del C de P.C., que indica que *"La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales cuando en este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1 y 2 del art. 320."* De allí fue que concluyó que él tenía el deber procesa. de enviar el telegrama y que al no cumplir con ese deber, nunca se desvinculó del proceso. El tutelante, por el contrario, siempre ha entendido que el deber de enviar el telegrama corresponde al despacho; es decir, que el despacho acepte el poder y envíe el telegrama. En cambio, el artículo 71 en su numeral 8º lo único que exige al apoderado es que comunique al poderdante la aceptación de la renuncia para evitarle a este eventuales perjuicios.

Agregó que a partir de esa notificación el despacho procedió a sancionarlo pero con el agravante de nunca se le enteró de la iniciación del proceso ni de la imposición de la sanción, que se notificó por estados, siendo que desde 1990 mediante auto 115 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema se ha dicho que la sanción que establece el numeral 3º del parágrafo 2º del artículo 101 debe realizarse por el procedimiento del artículo 129 del C.P.C., que determina que cuando se vaya a aplicar la sanción a un abogado por retención del expediente, se hará mediante auto que se notifica por estado y se hace saber mediante telegrama.

Según el accionante, el despacho en cuestión no cumplió con ninguno de tales deberes procesales pues no envió telegrama alguno ni practicó ninguna prueba, sino que de plano procedió a sancionarlo acudiendo para ello a criterios de responsabilidad objetiva que hoy están proscritos y vulneran el principio de presunción de inocencia.

La falta de esa notificación hizo que se enterara de la sanción varios meses después cuando la oficina de jurisdicción coactiva le

notificó el mandamiento de pago, por lo que de inmediato puso en conocimiento del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín todas las irregularidades y solicitó que se decretara la nulidad de lo actuado. Como respuesta a ello se le dijo que la oportunidad procesal para recurrir el auto sancionatorio ya había precluido. A consecuencia de ello, repuso y subsidiariamente apeló y nuevamente el despacho se negó a resolver de fondo y a concederle el recurso de apelación, a la par que solicitó una investigación disciplinaria en su contra por considerar irrespetuosa la forma como solicitó la protección de sus derechos fundamentales.

Por todo lo anterior, consideró vulnerado el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad porque se le desconoció su voluntad manifiesta de desvincularse de un negocio determinado y constriñendo su voluntad a desempeñar un mandato judicial que no quiere; el derecho de profesión u oficio, que el despacho en cuestión le viene limitando al mantenerlo vinculado a un proceso al que decidió renunciar; el derecho al debido proceso, porque el despacho se limitó a notificarle la sanción por estados, cuando sabía que hacía cuatro meses no tenía la vigilancia y cuidado del mismo por haber renunciado al poder. A su modo de ver, el Juzgado tenía el deber de realizar todas las acciones tendientes a que conociera tanto de la apertura del proceso sancionatorio, como la imposición de la sanción; el derecho al acceso a la administración de justicia, porque en las dos oportunidades que se dirigió al despacho, este no ha entrado a considerar de fondo sus peticiones, sino que ha realizado consideraciones de carácter procesal.

La Decisión Impugnada

El Tribunal Superior de Medellín, luego de advertir que la acción no estaba dirigida contra una sentencia sino con una cuestión accesoria como era la sanción de carácter disciplinario, estimó que el desconocimiento al debido proceso aparecía de bulto pues esta se adelantó a espaldas del afectado quien no conoció su inicio ni su finalización y en consecuencia no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho a la defensa que se hace extensivo a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Indicó el *a quo*, que si bien de acuerdo con el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil la renuncia al mandato judicial no opera sino después de notificado el auto que la acepta y de que se dé aviso al poderdante, también puede tenerse la notificación por conducta concluyente por cuanto es claro que se sabía de la aceptación de la renuncia y el conocimiento que al respecto tenía el demandado, pues el mismo profesional acompañó copia según la cual el 8 de noviembre de 1996 efectuó dicha comunicación. Mal

puede trasladarse al abogado, la negligencia de la secretaría cuando omitió notificar la providencia.

Con apoyo en un pronunciamiento de la Sala de Casación Civil, de septiembre 17 de 1990, y el mandato contenido en el artículo 29 de la Carta Política, indicó el Tribunal que resultaba ineludible garantizar el derecho de defensa y de contradicción que debe aplicarse de manera preferente acorde con lo normado en el artículo 4º de la actual constitución y conforme a los cuales es imposible acoger los argumentos de la Juez accionada, porque las normas constitucionales tienen eficacia directa.

Además, acudir por analogía al procedimiento establecido en los incisos finales del artículo 129 del C de P.C., como se dice en el pronunciamiento aludido, resulta más imperioso en el caso en estudio pues, de acuerdo con los antecedentes, el accionante estaba convencido de que el mandato judicial ya no lo obligaba. En el estado actual del ordenamiento jurídico, mal se puede impulsar una actuación sancionatoria sin realizar ningún esfuerzo por enterar al sujeto pasivo de su iniciación o finalización, pretextando que ninguna norma así lo impone.

Indicó que también era viable en este caso, en aplicación del principio de analogía, acoger el procedimiento establecido en el artículo 59 de la Ley Estatutaria para la Administración de Justicia para la imposición de medidas correccionales que guarda consonancia con los principios constitucionales por garantizar el derecho de defensa y el principio de contradicción.

En conclusión, dispuso tutelar el derecho fundamental al debido proceso disponiendo invalidar la actuación correspondiente para que en su lugar la funcionaria judicial inicie "si lo estima pertinente" el respectivo trámite conforme a las directrices enunciadas.

No concedió el amparo constitucional respecto de los demás derechos invocados, pues de todas maneras la señora juez tomó su decisión con fundamento en las normas existentes de carácter legal y con base en ellas decidió la causal de nulidad invocada por el actor, lo que no permite afirmar que se afectó el núcleo de esos derechos fundamentales.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La señora Juez Segunda Civil del Circuito de Medellín estimó que conforme al artículo 88 de la Carta Política, para que proceda la tutela contra una autoridad pública es menester que con su actuar o conducta omisiva se amenacen o vulneren los derechos fundamentales de los individuos.

Cuestiona la impugnante si acaso el profesional del derecho desconoce el ordenamiento jurídico y si no está obligado, al igual que los jueces, a conocerlo. Si la ignorancia de la ley no sirve de excusa para el ciudadano, mucho menos para quien ejerce el derecho. Conforme a ello, el accionante debía tener pleno conocimiento de las consecuencias legales que la inasistencia a la audiencia, consagrada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 10 del Decreto 2651 de 1991 le traería, sin que el juzgado tuviera que notificárselo por cuanto él sabía que había transgredido disposiciones al no concurrir a la diligencia y que se le impondría sanción pecuniaria tal como se le hizo saber en el auto que la programó. Y entonces, cómo afirmar que la sanción fue a sus espaldas.

El profesional del derecho no cumplió con los deberes que le impone el artículo 69 inciso 4º, en armonía con el artículo 71 numeral 8º del C. de P.C., ya que el poder para litigar constituye un mandato que según el artículo 2189 del Código Civil termina con las modificaciones que para el apoderado judicial establece la primera de las normas citadas cuando expresa que la renuncia del apoderado no pone término al poder y por ende debe seguir gestionando mientras no se presente quien deba reemplazarlo o se le haga saber al poderdante mediante notificación en la forma prevista en el artículo 71 num. 8° *ibidem*.

Por lo tanto, el accionante no podía despreocuparse del proceso y debió estar atento al rito subsiguiente, tal como se lo impone el Decreto 196 de 1971 en sus artículos 47-4 y 55 ordinales 1º y 2º al exigirle mantenerse al tanto del asunto que la ha sido encomendado y que el tutelante no cumplió pues solo al cabo de 4 meses compareció para solicitar la revocatoria de una providencia ejecutoriada.

A su modo de ver, para que la renuncia al poder tenga plena operancia y desvincule al apoderado, se requiere de la notificación en estados por parte de la secretaria del juzgado (artículo 69 inc. 4º C. de P.C.) y la comunicación inmediata al poderdante, acto que corresponde al profesional del derecho (art. 71, num. 8º *ibidem*).

En el fallo del Tribunal se destaca que la primera de las formas quedó subsanada por conducta concluyente y con ello se subsana la negligencia de la secretaria; la segunda, aún cuando se afirme en el fallo que el abogado acompañó copia según la cual desde el 8 de noviembre de 1996 comunicó al demandado su renuncia, esto no significa que el juzgado del cual es titular, sin tener conocimiento de esa comunicación, procediera a derivar de allí efectos procesales. Aquí se impone la aplicación del principio de necesidad de la prueba consagrado en el artículo 174 del C. de P.C.

En el proceso no constaba la comunicación hecha por el señor apoderado; mal habría actuado el juzgado si por mera suposición hubiera entendido que se había puesto fin a ese poder.

Agregó que:

"Conforme al artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, a esa conclusión el juzgado sólo podía llegar, cuando en el expediente constara que el apoderado que renunció había enviado el telegrama enterándolo de la aceptación de la renuncia, sin que pueda suplirse esa necesaria comunicación por aviso de que trata el art. 320 del Estatuto de Procedimiento Civil, puesto que en esta ciudad existe servicio telegráfico. Lo único que podría haber suplido, para efectos procesales esa inexistente constancia de comunicación, era la presentación por parte del poderdante del Dr. Zuluaga Gil, de escrito de revocación del poder o de designación de nuevo apoderado para que lo represen-tara en el proceso, conforme lo dispone el inc. 1º del precitado artículo 69, pero como un escrito de esa índole no se había presentado para cuando se celebró la audiencia regimentada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil en el proceso, lo debido, lo necesario y lo legal era que, para el tiempo de su celebración, el juzgado considerara que el inicial apoderado de la sociedad demandada continuaba siéndolo, porque su renuncia hasta entonces, no había puesto término al poder. Entonces, su señoría, qué sentido tiene la expresión '...no pone término al poder sino.... Con una decisión de tal sentido, estaríamos patrocinando la más absoluta irresponsabilidad de los abogados litigantes, que en cualquier momento y bajo simplistas circunstancias, se atreven a presentar renuncia del poder abandonando el proceso".

Considera que tampoco es deber del despacho a su cargo enviar el telegrama, porque según el artículo 1° del C. de P.C., tras consagrar la gratuidad del servicio de la justicia civil que presta el Estado, tiene como excepciones entre otros, el de expensas señaladas en el arancel judicial para determinados actos de secretaría, entre los cuales se encuentra el valor de las notificaciones, según tarifas determinadas en el reglamento que para el efecto expidió el Consejo Seccional de la Carrera Judicial y el telegrama supone costos para la parte interesada.

Manifiesta que este criterio se encuentra respaldado en los artículos 387 y 389 del C. de P.C., *"siendo claro que cuando un apoderado renuncia al poder que se le confirió, implícitamente solicita o debe solicitar, una diligencia de notificación al poderdante de la providencia que admite la renuncia".*

Tampoco comparte el criterio de la aplicación analógica del art. 129 del C. de P.C., y 59 de la Ley Estatutaria —270/96— por

cuanto las normas sancionatorias son de carácter restrictivo y no admiten analogía.

En escrito posterior, adiciona su impugnación diciendo que es necesario tener en cuenta que tres decisiones de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho se conocen como doctrina probable. Por lo tanto, la fundamentación de la providencia en un *Auto* (se refiere al pronunciamiento de la Sala Civil de la Corte) jamás puede considerarse como la base para tomar un decisión de tan alto rango cuando con ello se resquebraja el ordenamiento procesal civil colombiano. Frente a la confluencia entre el derecho material y el procesal, este tiene su unidad propia y sus propios principios que aquél en últimas desarrolla como un derecho instrumentalista.

Estima que por lo tanto, el tutelante no se puede escudar en su propia incuria para trasladar la figura del indebido proceso que no existe, bajo un amparo constitucional.

Aporta con su escrito providencias que sobre el tema han tratado el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo y el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera.

CONSIDERACIONES

A efectos de desatar el recurso de alzada que motiva este pronunciamiento, la Sala se limitará al estudio de las cuestiones que son objeto de disentimiento por parte de la recurrente.

La decisión proferida por el Tribunal Superior de Medellín deberá ser confirmada por las siguientes razones:

Como efectivamente lo resaltó el *a quo*, la tutela que aquí se analiza no está dirigida contra decisión judicial sino respecto del trámite que originó la Resolución No 002 de marzo 14 del año en curso, por medio de la cual la Juez Segunda Civil del Circuito de Medellín le impuso al quejoso *Ricardo León Zuluaga Gil* una multa de cinco (5) salarios mínimos mensuales, por no haber asistido a una audiencia de conciliación que se había programado para el día 27 de febrero de los cursantes y sin presentar excusa válida al respecto.

El Tribunal estimó que al tutelante se le había desconocido el debido proceso, determinación que la Sala comparte en su integridad teniendo en cuenta el trámite que antecedió a la imposición de la sanción que en términos generales fue el siguiente:

1. Al aquí accionante Dr. *Ricardo León Zuluaga Gil* se le había otorgado poder para representar a la sociedad Paisautos Limitada

como parte demandada dentro del proceso ordinario que se adelantaba ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín.

2. En vista de que la citada sociedad cambió de propietario y de representante y que no se pudo llegar a un acuerdo respecto de los honorarios, el citado profesional del derecho presentó renuncia del poder ante el juzgado el 29 de octubre de 1996, la que se admitió mediante auto del 7 de noviembre siguiente y "se dispuso su notificación al representante legal de la parte demandada, en la forma prevista en el inciso 4º del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil".

3. El accionante, por su parte al día siguiente, comunicó al Gerente de Paisautos lo sucedido, esto es la renuncia y su aceptación, así como la advertencia de que a partir de ese momento cesaban sus responsabilidades frente al proceso mencionado.

4. El 15 de noviembre de 1996 el despacho en cuestión citó para audiencia de conciliación a efectuarse el día 27 de febrero de 1997 a las 8:30 a.m., (art. 101 del C. de P.C.) con la advertencia a las partes y apoderados de las consecuencias que acarrea su inasistencia.

5. Llegado el día señalado para la celebración de la diligencia, se dejó constancia en el acta de que no se hicieron presentes el representante legal de la sociedad demandada ni su apoderado a quienes se les concedió un término de cinco (5) días para que justificaran su inasistencia, so pena de las sanciones legales.

6. Mediante auto del 14 de marzo de 1997 el despacho en cuestión indicó que por haber pasado cinco (5) días sin que la parte demandada y su apoderado hubieran allegado constancia de justificación del porqué no se hicieron presentes a la audiencia de conciliación, resolvió imponer multa por valor de cinco (5) salarios mínimos en favor de la oficina de jurisdicción coactiva de la Administración Judicial, tanto al representante legal de la sociedad, como al apoderado aquí tutelante.

Estas tres últimas decisiones fueron notificadas por estado.

De otro lado, el punto objeto de debate y por el cual se instauró la acción de tutela radicó en que según el tutelante, la titular del despacho accionado le impuso la sanción por la interpretación que esta le dio al artículo 69 inciso 4º del C. de P.C., quien estimó que éste seguía vinculado al proceso y por lo tanto, era su deber asistir a la audiencia o presentar excusa que justificara su no asistencia.

La citada norma establece entre otras, acerca de la renuncia del poder lo siguiente:

"La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales, cuando para este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1 y 2 del artículo 320".

Pese al claro contenido de la norma transcrita, estima la impugnante que el profesional del derecho incumplió con los deberes contenidos en ella así como los previstos en el numeral 8º del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, pues a su modo de ver, para que la renuncia al poder tenga plena operancia y desvincule al apoderado, se requiere de la notificación por estado por parte de la secretaria del juzgado (art. 69, inciso 4º C. de P. C) y la comunicación inmediata al poderdante "acto que corresponde al profesional del derecho (art. 71 nral. 8 op. Cit)".

Conforme a lo planteado, resulta palmaria la falta de fundamento por parte de la citada funcionaria para actuar como lo hizo, porque no obstante que omitió cumplir con los deberes contenidos en la norma, esto es, además de notificar por estado el auto que admita la renuncia enviar telegrama al poderdante, termina imponiendo sanciones sobre la base de interpretaciones que en realidad resultan extrañas e innecesarias ante la claridad del mandato en referencia.

Es que del contenido del inciso 4º del artículo 69 arriba transcrito, no se puede desprender deber alguno a cargo del abogado que renuncia al poder, quien solo está obligado a cumplir con lo dispuesto en el artículo 71 numeral 8º, esto es, dar a conocer de inmediato a su representado la renuncia al poder, acto que ninguna incidencia tiene para los efectos procesales contenidos en la primera de las normas citadas.

Además, el tutelante cumplió con su deber de comunicar lo pertinente a su representado, tal como consta en el expediente, pero el hecho de no haber aportado al proceso la constancia de dicha comunicación, no exoneraba en manera alguna a la señora juez para ejecutar el trámite previsto en el art. 69 en la forma ordenada por la ley, ni para atribuirle las consecuencias de sus propias omisiones al referido profesional del derecho.

No obstante, afirma también la recurrente que no era deber de su despacho enviar el telegrama al demandante o sustituidor porque en el arancel judicial se señalan expensas para determinados actos de la secretaría, entre los que se encuentran el valor de las notificaciones y el telegrama supone gastos para la parte interesada. Sin embargo, independientemente de la práctica que adopten algunos despachos judiciales para el cumplimiento de sus funciones,

lo cierto es que el artículo 389 del Código de Procedimiento Civil que relaciona el pago de expensas y honorarios a cargo de la partes, no incluye el envio de telegramas. Por lo tanto resulta inexacto el argumento traido a colación por la recurrente.

La omisión del despacho judicial accionado en enviar el telegrama y en consecuencia el entendido de que el abogado *Zuluaga Gil* continuaba como apoderado de la parte demandada y que era su deber asistir a la audiencia, originó la decisión de sancionarlo con multa, situación que en ningún momento le fue comunicada —solamente se efectuó notificación por estado— y por lo tanto se le coartó la posibilidad de defenderse de ella.

De allí que la Sala estime, junto con el *a quo*, que al accionante *Ricardo León Zuluaga Gil* efectivamente se le vulneró el debido proceso, porque el trámite que se imprimió para la imposición de la multa se surtió sin que éste tuviera conocimiento de ella y por ende, no tuvo oportunidad de ejercer el derecho a la defensa que como presupuesto de aquél, es necesario garantizar a efectos de impedir el curso de trámites a espaldas de los sujetos procesales y que estos queden en imposibilidad de controvertirlos.

En consecuencia, era deber de la titular del Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín, comunicar al profesional del derecho la sanción de la que iba a ser objeto para que este ejercitara la defensa alegando, como aquí lo ha hecho, la circunstancia de haber comunicado al representante legal de la renuncia del poder y su admisión por parte del juzgado o bien, que no era su deber asistir a la audiencia conforme al artículo 101 del Código de Procedimiento Civil.

No resulta por tanto suficiente con que el funcionario judicial se limite a dar cumplimiento a simples formalidades para entender amparado ese derecho fundamental, sino que debe agotar los mecanismos necesarios para garantizar la oportuna intervención del afectado con un acto o decisión judicial de tal manera que pueda controvertirlo materialmente.

Dentro de la normatividad procesal civil existe la obligación para los jueces de aplicar las leyes que regulen situaciones semejantes cuando no haya ley exactamente aplicable al caso (art. 37 numeral 8º). Ante esta eventualidad la señora juez debió acudir al artículo 129 del Código de Procedimiento Civil que regula el trámite a seguir en caso de que las partes o apoderados se hagan acreedores de una multa cuando retengan los expedientes.

Asi lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala Civil de Casación, que como criterio auxiliar de la actividad judicial es viable utilizar para la solución de situaciones concretas, como la que se examina.

En conclusión, el conjunto de garantías contenido en el artículo 29 de la Carta Política para los sujetos procesales, es de obligatoria observancia para el funcionario judicial en todo tipo de actuaciones, dentro de los cuales se encuentra el derecho de contradicción y de la defensa, que en este caso, según se vio, fueron desconocidos con la omisión de la funcionaria accionada.

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. Confirmar la sentencia de fecha 25 de septiembre del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín tuteló el derecho fundamental al debido proceso vulnerado al abogado *Ricardo León Zuluaga Gil*, por las razones consignadas en precedencia.

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, remítase el asunto a la Corte Constitucional para los efectos previstos en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 *ibidem* y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll; Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia (no firmó), *Mario Mantilla Nouges, Juan M. Torres Fresneda* (con salvamento de voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa sintetizo a continuación las razones que me llevan a discrepar de la decisión que adopta la mayoría dentro del presente asunto, y por las cuales estimo que la tutela no podía prosperar:

1. Aunque parezca elemental traerlo a memoria, parto del postulado contenido en el artículo 6º de la Constitución Política para destacar que la funcionaria accionada, como cualquier servidor público, solamente podía realizar en el caso que se estudia, las funciones que expresamente le autorizaba la ley, pues omitirlas o excederlas le atraería responsabilidad. Ello quiere decir que su

actuación tenía que ceñirse a las disposiciones expresas de la ley, no a las estimaciones, criterios, ni opiniones, que por muy bien orientados que se ofrezcan, quieran suplir los deberes del cargo.

2. La norma que rige frente a la renuncia de un apoderado en proceso civil es la contenida en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, que en su inciso cuarto es terminante al advertir que la renuncia no pone término al poder con su sola presentación por el apoderado, tampoco con su aceptación por parte del Juzgado, sino al transcurso de cinco días después de notificar por estado el auto que la admite, y de enterar por telegrama al poderdante a la dirección que haya registrado, o en su defecto de hacerle la notificación que se describe en los numerales 1 y 2 del artículo 320 *ibidem*.

En sentido contrario, mientras que estos ritos no se agoten en su integridad, es entendido que el abogado, así haya renunciado a su mandato, y tal renuncia se haya admitido, no se podrá tener por relevado de sus obligaciones y compromisos en la representación de su mandante.

3. Para el caso presente se halla acreditado y reconocido aún por parte del accionante, que pese haberse aceptado su renuncia, el expediente no registraba la comunicación formal de esa decisión al poderdante, luego encuentro indiscutible que el doctor *Zuluaga* no había cesado legalmente en sus funciones, siendo de cargo suyo seguir pendiente del interés que allí representaba, y por lo mismo obligado a intervenir a nombre de la sociedad Paisantos Ltda. en la diligencia de conciliación que había sido convocada.

Siendo tan claro el precepto no veo posible darle otro entendimiento, y mucho menos aceptar el esguince que intenta el apoderado cuando sostiene que en comunicación privada le había hecho saber a su representada la renuncia, pues mientras esa actuación no obrara dentro del expediente, no se podía excusar de seguir representándola, ni mucho menos la juez de tenerle como apoderado.

Una interpretación distinta tendría que prescindir del texto claro, preciso y completo del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, luego hasta aquí no encuentro la actuación de la juez ni arbitraria, ni violatoria de sus deberes legales.

4. Se dice entonces, que el deber de enterar al poderdante era de cargo del juzgado, y ello se abona entendiendo que no habría costo para que la oficina utilizara el servicio de telecomunicaciones.

De esa afirmación discrepo. De una parte, porque el principio de gratuidad que consagra el artículo 1o. del C. de P.C. tiene su limitante en "las expensas señaladas en el arancel judicial para

determinados actos de secretaría", y uno de ellos indica (artículo 389-1 del C. de P.C.) que "Cada parte deberá pagar los gastos y honorarios que se causen en la práctica de las diligencias y pruebas que solicite...", siendo claro que en este caso el enteramiento no eran del interés de la justicia ni de la contraparte, sino del abogado dimitente y de la parte que se afectaba con su retiro.

Pero es que ni siquiera admitiendo que el costo del telegrama tuviera que asumirlo la juez o el Estado, podría entenderse al abogado saliente relevado de su representación ni del cuidado del interés que había asumido antes de la terminación de su mandato, pues el citado artículo 69 del Código de Procedimiento Civil no hace esa clase de diferenciaciones, así que si el Juzgado olvidó de cumplir con el discutible deber de costear el telegrama, era de cargo del togado verificar que el trámite fuera agotado, antes de deshacerse de sus deberes profesionales.

5. La imposición, entonces, de la sanción al doctor *Zuluaga Gil* por no comparecer a la conciliación, tampoco puede calificarse de acto arbitrario o constitutivo de abuso de poder, o vía de hecho, porque ella está contemplada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, parágrafo 2o., numeral 3.

6. Y en cuanto se refiere al trámite que hizo efectiva la sanción, la propia Sala por mayoría admite que el legislador no instituyó algún rito en concreto, por lo que se atiene a un criterio de la Sala de Casación Civil, para la cual podría aplicarse el rito prevenido para quien retiene el expediente (art. 129 *ibidem*: notificación por estado y comunicación), lo que podrá constituir doctrina respetable, pero carente de pretensiones como única norma sustitutiva del vacío legal.

Por ello no puedo compartir la desestimación que hace la mayoría del medio empleado por la funcionaria accionada para enterar al abogado *Zuluaga Gil* sobre la imposición de la sanción, afirmando que esa medida "en ningún momento le fue comunicada" al afectado, o que "el trámite que se imprimió para la imposición de la multa se surtió sin que éste tuviera conocimiento de ella" —hoja 19—, pues es la ley la que le da a las notificaciones por estado el carácter de actos válidos de enteramiento o notificación, y era esa, a mi modo de ver, la notificación pertinente para la sanción.

Así lo entiendo porque el artículo 314 del C. de P.C. que trata de las notificaciones personales no incluye la del auto que impone la multa que se comenta, pero en cambio el artículo 321 *ibidem*, asume la notificación por estado como legal y válida para "La notificación de los autos que no deba hacerse personalmente ...".

Tal notificación le daba al abogado —de no haber descuidado su obligación de actuar, antes que terminara su mandato—, toda la oportunidad de contraprobar, interponer recursos y ejercitar ampliamente su defensa, sin que medien, entonces, motivos atendibles para llevar a reponer una actuación cumplida en derecho.

Eran estas las reglas legales, comunes y ordinarias que le correspondía aplicar, cumplir y hacer cumplir a la funcionaria. Fue a ellas a las que recurrió para imponerle al doctor *Zuluaga Gil* la sanción de que se duele. Luego reafirmo mi convicción de que la acción de tutela era del todo improcedente, pues el debido proceso estuvo siempre a salvo, y en su defecto, ningún otro derecho fundamental fue conculcado.

Cordialmente,

Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrado.

Fecha *ut supra*.

IMPUGNACION: el cese parcial de actividades del poder judicial no puede emplearse como pretexto para justificar la presentación de impugnación por fuera del término

Dada la fuerza mayor presentada con ocasión del cese parcial de actividades del poder judicial a nivel nacional , bien pudo el accionante enterado de la decisión del Tribunal, acudir a cualquiera de los medios autorizados por la ley inciso 2º, artículo 14 Decreto 2591 de 1991, sin costo alguno de su parte, «para manifestar al Tribunal su inconformidad con la sentencia, es decir, mediante comunicación telegráfica, bien a través del fax, ora de manera telefónica, ya que[...]» la Secretaría de la Sala Penal laboró «durante los días de paro y, por lo tanto, no solamente atendió el trámite de los asuntos urgentes —la acción de tutela lo es—, sino también los medios de comunicación ya referidos y que en ningún momento fueron suspendidos, de los cuales no hizo uso el impugnante.»

El apoderado contaba con otra posibilidad para impugnar oportunamente la sentencia, esto es, a través de la "[...] presentación personal del escrito ante cualquier funcionario del orden nacional, departamental o municipal, o ante uno de los Notarios[...], para que una vez normalizada la actividad judicial hiciera entrega del mismo al Tribunal".

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D. C., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Didimo Paez Velandia.*

Radicación No. 4108. Aprobado Acta No. 143.

En virtud de impugnación interpuesta por el accionante *Arturo Rafael de la Rosa Cotes*, han llegado las presentes diligencias a esta Corporación para conocer de la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre del corriente año, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, negó la tutela del derecho fundamental a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política.

presuntamente vulnerado por el Director General del Fondo de Pasivos de las Empresas Públicas Municipales de la misma ciudad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Arturo Rafael de la Rosa Cotes, a través de apoderado especial propuso ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, con el propósito de que se le ampare el derecho fundamental ya mencionado, cuya lesión atribuye al Director General de Pasivos de las Empresas Públicas Municipales de la misma ciudad.

El *a-quo* mediante sentencia del 30 de septiembre último (fl. 50 a 56), negó la pretensión del actor ordenando el envío de las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no ser impugnada dentro del término legal.

El fallo fue notificado al accionante y a su apoderado mediante comunicación telegráfica de fecha 1° de octubre del corriente año (fls. 57 y 58), recibida según el recurrente en la portería del Edificio donde funciona la oficina de su abogado, entre el 2 y el 6 de los mencionados mes y año, de manera que el término de tres (3) días previsto por la ley para la impugnación, venció el nueve (9) de octubre último a las 6:00 p.m., con lo cual resulta claro que el recurso interpuesto por *Arturo Rafael de la Rosa Cotes* el día 22 de octubre a las 5:50 p.m. (fl. 80) se impone extemporáneo.

La impugnación del fallo de tutela es un derecho de fundamento constitucional (artículo 86 inciso 2° de la Carta Política), que debe ejercerse dentro de los precisos términos previstos en la ley. El Decreto 2591 de 1991 establece cuándo y quiénes la pueden interponer (artículo 31) y cómo las notificaciones se pueden efectuar por un medio expedito y eficaz (artículos 16 y 30).

De otra parte, el artículo 32 *ibidem* determina que "Presentada *debidamente* la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente".

Es preciso destacar que el accionante al interponer y sustentar la impugnación consignó la siguiente nota:

"*Se presenta este escrito de impugnación en la fecha en que ello aparece haberse hecho, dentro del término legal, Art. 121 C. P. P., a virtud de que entre los días 1° y 20, incluido solo el primer día mencionado, de octubre del cursante, el poder judicial en todo el país adelantó una jornada de paro, lo cual es un hecho notorio; paro durante el cual sus activistas mantuvieron un cerco en las puertas de acceso del edificio donde funciona la Sala a quo (Centro Cívico) que imposibilitó nuestro acceso al mismo; de modo que si bien pudo esta oficina*

no estar cerrada todo dicho lapso, si debe entenderse cerrada al público durante todo él. He de declarar que en los primeros días del paro, mi apoderado, en forma inesperada, casual y para él sorpresiva, logró ingresar hasta la Secretaría de la Sala y pudo ver que allí se estaba laborando, más no le fue posible en tal momento presentar este memorial en esa oportunidad, por no tenerlo a la mano, principalmente por lo inesperado de dicho ingreso y porque desde antes de esa fecha me había comunicado su decisión de no continuar mi defensa en caso de fallo adverso y necesidad de su impugnación: no obstante la misma oportunidad no tuvo el suscrito, a quien siempre se impidió su acceso en el primer piso y se informó que solo en días anteriores, los primeros del cese de actividades, se había laborado en algunos despachos, por casos urgentes, pero que ya el paro era total (Este fue el conocimiento generalizado entre los abogados que habitualmente desarrollan su labor profesional en Barranquilla)" (fl. 59).

Por otra parte, la Secretaria de la Sala Penal del Tribunal en su informe al Magistrado sustanciador de fecha 23 de octubre último, da cuenta que el memorial suscrito por el accionante con el que impugna el fallo de tutela, fue presentado "solo hasta el día de ayer, y en el que se manifiesta presentarlo en la fecha debido a la jornada de paro llevada a cabo por el Poder Judicial. Tal su contenido. Al respecto le informo que al Accionante se le notificó mediante telegrama colocado en Octubre primero (1°) del cursante año. Así mismo le señalo que durante los días comprendidos entre el Primero (1°) y dieciocho (18) de los cursantes mes y año, las puertas de acceso al Edificio se encontraban bloqueadas por activistas de la jornada, dificultando la entrada a los particulares. No obstante esa dificultad el Tribunal laboró durante ese lapso" (fl. 81).

De la Nota del recurrente y del informe secretarial cuyo contenido se dejó consignado en precedencia, debe la Sala hacer las siguientes reflexiones:

1°. La secretaria de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, notificó la sentencia de tutela a la entidad demandada, al accionante y a su apoderado mediante comunicaciones telegráficas libradas el 1° de octubre del corriente año, las que según acepta el recurrente, fueron entregadas a sus destinatarios en forma oportuna, pues su recibo aperó entre el 2 y el 6 siguientes en la dirección anotada por el abogado Moisés Cenovel Vartikovky Beltrán en su demanda (fl. 7).

Aceptando como cierta la manifestación del recurrente por no existir prueba en contrario, el término para impugnar la decisión venció el día jueves nueve (9) de octubre del corriente año a las

6:00 p.m., pues el Tribunal laboró durante el lapso en que se adelantó en forma parcial el paro judicial a que se hace referencia en la constancia secretarial y en el escrito ya referido.

2°. Podría pensarse que el accionante y su apoderado no pudieron interponer directamente ante el Tribunal el recurso de apelación dentro del término antes señalado, ya que el acceso a las dependencias de la citada Corporación se dificultó, incluso im-pidió a los particulares. Sin embargo, es el propio recurrente quien advierte que su apoderado durante los primeros días del paro judicial, logró su ingreso al edificio donde funciona la Sala Penal, no obstante lo cual no impugnó el fallo a pesar de estar funcionando todas las dependencias, de acuerdo con lo afirmado por la Secretaria *Josefa Jiménez de González.*

3°. Según lo consagra el inciso 2° del artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela podrá ser ejercida sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama *u otro medio de comunicación* que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia.

Dada la fuerza mayor presentada con ocasión del cese parcial de actividades del poder judicial a nivel nacional, bien pudo el accionante enterado de la decisión del Tribunal, acudir a cualquiera de esos medios autorizados por la ley, sin costo alguno de su parte, para manifestar al Tribunal su inconformidad con la sentencia, es decir, mediante comunicación telegráfica, bien a través del fax, ora de manera telefónica, ya que, se repite, la Secretaría de la Sala Penal laboró durante los días de paro y, por lo tanto, no solamente atendió el trámite de los asuntos urgentes (la acción de tutela lo es), sino también los medios de comunicación ya referidos y que en ningún momento fueron suspendidos, de los cuales no hizo uso el impugnante.

4°. Si como lo indica el accionante, el escrito de impugnación no pudo ser presentado por su apoderado cuando logró su ingreso a las dependencias del Tribunal, oportunidad según lo afirmado en la ya referida Nota, ocurrida en los primeros días del paro, "*por no tenerlo a la mano*", lo que presupone que para ese momento ya estaba elaborado, como profesional del derecho sabe perfectamente que contaba con otra posibilidad para impugnar oportunamente la sentencia, haciendo presentación personal del escrito ante cualquier funcionario del orden nacional, departamental o municipal, o ante uno de los Notarios del Círculo de Barranquilla o localidades vecinas, para que una vez normalizada la actividad judicial hiciera entrega del mismo al Tribunal.

Es de destacar que no obstante haber sido elaborado el escrito en los primeros días del mes de octubre, según lo da a entender su autor y que el acceso de los particulares a las dependencias del Tribunal, comenzó normalmente el día lunes 20 del citado mes, en forma voluntaria el accionante esperó hasta los últimos minutos del día 22 para hacer su presentación personal.

Lo anterior indica a la Corte que las afirmaciones del recurrente no son del todo exactas, pues como abogado y accionante, sabía perfectamente que para recurrir la sentencia adversa a sus pretensiones, le bastaba con manifestar al Tribunal, *por cualquier medio eficaz*, su inconformidad con la decisión, sin que fuese necesario hacerlo mediante un escrito sustentatorio, que para el caso concreto su contenido y extensión, son indicativos de que su elaboración no se realizó en el término de los tres (3) días siguientes al enteramiento del fallo que la ley otorga a los sujetos procesales para recurrirlo, suficientes para que el accionante hiciera uso de una cualquiera de las alternativas ya indicadas, como único testimonio de haber cumplido dentro del término legal con la obligación de impugnar la sentencia de primer grado.

La sustentación, bien podía presentarla una vez se le permitiera el acceso a las dependencias del Tribunal, incluso ante esta Corporación si era su deseo, antes del proferimiento de la decisión de segundo grado, si el accionante hubiere presentado "*debidamente*" la impugnación como lo exige el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es decir "*oportunamente*", mediante el uso de cualquiera de los medios eficaces a que se hizo alusión anteriormente.

Así las cosas, si de acuerdo con el claro precepto legal el recurso debió interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia, lo cual aquí no ocurrió, no ha debido el Tribunal conceder la impugnación.

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

RESUELVE:

1°. *Rechazar* por extemporánea la impugnación interpuesta por el accionante *Arturo Rafael de la Rosa Cotes* contra la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Barranquilla le negó el amparo del derecho fundamental a la igualdad.

2°. *Ordenar* que ejecutoriada esta providencia, el asunto sea remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3°. Notifíquese conforme a las previsiones del artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 (al recurrente en la carrera 63 No. 64-82) y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego (no firmó), *Carlos E. Mejía Escobar* (no firmó), *Didimo Páez Velandia, Mario Mantilla Nouges, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: la providencia que determina falta de legitimación del accionante es un auto y por tanto, no puede ser objeto de impugnación

«[...] una decisión judicial que limita su contenido, tanto considerativo como declarativo, a determinar la falta de legitimación del actor para que en los términos del artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 pueda tenerse como una persona que puede ejercer la acción de tutela, porque está siendo vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, no es un fallo de tutela, es un auto, y es por tanto inimpugnable según las normas del debido proceso de esa actuación judicial, pues no decide sobre la procedencia o no de la acción, sino sobre la legitimidad del actor, lo que ni siquiera es, en estricto sentido, una calificación jurídica, sino la verificación objetiva de la falta de unos requisitos en cabeza de quien pretende la acción.

La íntegra regulación procesal que el Decreto 2591 de 1991 hace del trámite de la acción de tutela en cuanto al tema de las impugnaciones, no deja vacío alguno que haya menester llenar haciendo uso del principio de integración.

Como la Sala [...] del Tribunal [...], decidió en el auto negar la tutela y conceder la impugnación, se impone la anulación de lo actuado y en su lugar se rechazará la acción por inexistencia de legitimidad para actuar [...]»

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.-Santa Fe de Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Radicación No. 4155. Aprobado Acta No. 152.

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la impugnación formulada por el accionante *Anselmo Torresblanca Gutiérrez* en contra de la decisión del 15 de octubre de 1997 de la

Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D. C., por medio de la cual negó la tutela invocada por el actor contra la decisión de control de legalidad del Juez 1° Penal del Circuito de Ciénaga (Magdalena) por medio de la cual ese Funcionario modificó la calificación jurídica provisional hecha por la Fiscalía y en consecuencia varió la medida de aseguramiento impuesta por ésta al alcalde municipal de la localidad, de detención preventiva a caución.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

El ciudadano *Anselmo Torresblanco Gutiérrez* remitió a la Fiscalía General de la Nación un escrito en el que reclamaba la investigación del contrato por medio del cual la alcaldía del municipio de Ciénaga (Magdalena) adquirió un equipo Aquatech, que resultó, según el, sobrefacturado y defectuoso.

Adelantada la investigación por la Fiscalía 13 de la Sub Unidad Especializada en Delitos contra la Administración Pública de Santa Marta (Magdalena), el 21 de febrero de 1997 se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva contra 3 sindicados entre ellos el Alcalde Municipal de Ciénaga, a éste como presunto responsable de los delitos de peculado por apropiación e "inobservancia de los requisitos legales para contratar". Apelada la decisión la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta la confirmó en cuanto al peculado por apropiación y la revocó respecto del otro ilícito.

Para la revisión de la legalidad de la actuación se acudió ante el Juez 1° Penal del Circuito de Ciénaga (Magdalena), quien mediante proveído suyo del 15 de septiembre de 1997, luego de echar de menos algunas pruebas y transcribir un párrafo de la decisión de segunda instancia de la Fiscalía, culmina por variar la calificación jurídica provisional de peculado por apropiación que hizo esa Institución de los hechos, mutándolo por peculado culposo, por lo que sustituye la medida de aseguramiento de detención preventiva que había impuesto la Fiscalía por la de caución, que fijó en 3 salarios mínimos legales mensuales.

Contra esta decisión es que el accionante formuló la acción de tutela, pues en su escrito aunque se limita a relatar los hechos, lo inicia señalando que lo dirige contra el "control de calidad" producido por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Ciénaga, sin hacer mención al derecho fundamental que se le violó o está en peligro inminente de serlo.

A su escrito agregó la página 5ª del diario *El Informador* (de Santa Marta) de la edición del 22 de septiembre de 1997, en la que

resalta las declaraciones de un candidato al Concejo municipal sobre el presunto costo de $300.000.000.oo que se habría cobrado por la "providencia que dejó libre de toda vulnerabilidad al actual alcalde municipal" y copias de comunicaciones cruzadas con la Fiscalía General de la Nación.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (Magdalena), luego de hacer un análisis sobre el concepto de legitimación en la causa, anota que: "En consecuencia, cuando la persona que acciona carece de esa calidad, no es posible proferir una decisión de fondo, siendo un imperativo para el juez limitarse a declarar que se haya (sic) inhibido para hacerlo. Pero como en la acción de tutela no es dable proferir un fallo inhibitorio de acuerdo con el parágrafo del artículo 29 *ibídem*, la negativa será la forma acertada de su decisión", por lo que culmina por "negar la tutela invocada".

LA IMPUGNACIÓN

La decisión negativa de la tutela fue impugnada por el accionante, quien critica la afirmación del Tribunal sobre su falta de legitimidad para actuar, pues según lo que él ha leído sobre tal acción, la puede invocar cualquier persona, más si se trata de un proceso penal en el que está interesada toda la comunidad ciénaguera.

Agrega que ahora se encuentra mayormente legitimado por pertenecer a la Junta Directiva de las Empresas de Servicios Públicos Municipales, pues ha sido elegido representante allí de la Asociación Comunal de Juntas, y que la directamente afectada con el ilícito son las EE.SS.MM. pues es la institución que recibió el equipo a través del cual se cometió el peculado.

Dice que una razón adicional para predicar su legitimación para actuar es el hecho de que el Procurador Judicial del Juzgado haya solicitado la nulidad del auto de control de legalidad por que nunca se le notificó esa actuación, a lo que debe agregarse que la Contraloría Municipal se negó a constituirse en parte civil a pesar de su expresa solicitud para el efecto, por lo que en consecuencia no hay quién defienda los intereses del municipio, pues, agrega, los otros sujetos procesales, son los sindicados y sus defensores, quienes por supuesto no están inclinados sino a su propia defensa.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La única decisión que al interior de una acción de tutela es susceptible de impugnación es el fallo de primera instancia, cuyas características están regladas por el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, y que en regla general es aquella decisión que pone término

a la actuación declarando procedente o improcedente la acción; si lo primero, ordenando en el perentorio término de 48 horas el cumplimiento de lo resuelto para poner fin a la violación del derecho fundamental o para impedir su eventual afectación cuando se halle en peligro inminente de serlo; si lo segundo, negando la tutela por alguna de las razones contenidas en el artículo 6° del mismo decreto o cuando simplemente no se demuestre que algún derecho fundamental ha sido conculcado.

2. En este orden de ideas, una decisión judicial que limita su contenido, tanto considerativo como declarativo, a determinar la falta de legitimación del actor para que en los términos del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 pueda tenerse como una persona que puede ejercer la acción de tutela, porque está siendo vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, no es un fallo de tutela, es un auto, y es por tanto inimpugnable según las normas del debido proceso de esa actuación judicial, pues no decide sobre la procedencia o no de la acción, sino sobre la legitimidad del actor, lo que ni siquiera es, en estricto sentido, una calificación jurídica, sino la verificación objetiva de la falta de unos requisitos en cabeza de quien pretende la acción.

La íntegra regulación procesal que el Decreto 2591 de 1991 hace del trámite de la acción de tutela en cuanto al tema de las impugnaciones, no deja vacío alguno que haya menester llenar haciendo uso del principio de integración. Ni siquiera para un tema de tanta trascendencia como las sanciones por desacato se acepta la impugnación, pues allí se estableció, y solo para cuando se haya impuesto sanción, el grado jurisdiccional de la consulta exclusivamente.

3. Como la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, decidió en el auto negar la tutela y conceder la impugnación, se impone la anulación de lo actuado y en su lugar se rechazará la acción por inexistencia de legitimidad para actuar por parte del señor *Torresblanca Gutiérrez* pues no tiene interés, como que ningún derecho fundamental suyo ha sido violado o se encuentra amenazado por la actuación del Juez 1° Penal del Circuito de Ciénaga (Magdalena).

4. Ahora bien, como la inexistencia de interés en cabeza del señor *Torresblanca Gutiérrez* no impide conocer la aparente gravedad de los hechos que el puso en conocimiento a través de la acción de tutela, se remitirán copias de su escrito, con anexos; de la decisión del Juez 1° Penal del Circuito de Ciénaga y de los autos de las Uni-dades de Fiscalía de 1ª y 2ª instancia de Santa Marta (Magdalena) con destino al Fiscal General de la Nación para que designe un Fiscal Especial, si lo considera conveniente, o asigne la Unidad de Fiscalía que conside

competente para que investigue si en el proferimiento del auto de control de legalidad del 15 de septiembre de 1997, el Juez 1° Penal del Circuito de Ciénaga incurrió o no en conducta al margen de la ley.

Es por las anteriores razones que La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

1°. *Anular* la actuación de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (Magdalena), que culminó negando la tutela presentada por el ciudadano *Anselmo Torresblanca Gutiérrez*.

2°. *Rechazar* la acción de tutela presentada por el señor *Torresblanca Gutiérrez* por falta de legitimidad para actuar. Devuélvase a la Corporación de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICES

ANEXO DE TUTELAS

INDICE TEMATICO SENTENCIAS PUBLICADAS
SALA DE CASACION PENAL
TUTELAS
SEGUNDO SEMESTRE DE 1997

A

Pág.

ACTUACION TEMERARIA

El vacío normativo sobre situaciones que pueden ser identificadas como actos temerarios y su sanción —multa— se soluciona a través de la integración normativa con los artículos 71 a 74 del Código de Procedimiento Civil 77

En atención al principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, no es posible aplicar al abogado una sanción distinta de la condena en costas, si era ésta la única que el legislador ha previsto dentro del trámite de la tutela para reprimir el comportamiento del accionante temerario (artículo 25 del decreto 2591 de 1991) 78

La naturaleza "simplista" de una interpretación jurídica, la errónea conceptualización de un precepto, o incluso la oposición de la tesis doctrinal a los derroteros jurisprudenciales trazados por los Jueces en sus fallos, no son, *per se*, argumentos sobre los que pueda sostenerse una sanción 77

C

CESACION DE LA ACTUACION IMPUGNADA

la cesación puede provenir de la voluntad del demandado o de un tercero 48

Pág.

COMPETENCIA TERRITORIAL
sólo las Corporaciones Nacionales están facultadas para devolver el escrito al interesado cuando consideran que no son competentes, las demás autoridades judiciales deben remitir el escrito al juez de la misma jerarquía en el lugar donde se comete la vulneración o amenaza 65

CONFLICTO DE COMPETENCIA
el juez competente para conocer de la acción de tutela es el del lugar donde se debe responder la petición del accionante. 65

D

DEBIDO PROCESO
no hay vulneración del derecho cuando el juez profiere sentencia en un plazo célere 38

DEBIDO PROCESO CIVIL
Con la presentación en el juzgado de la renuncia al poder la única obligación en cabeza del abogado es la prevista en el artículo 71 numeral 8 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al juez enviar el telegrama informando al poderdante la decisión tomada 112

El artículo 314 del Código de Procedimiento Civil que trata de las notificaciones personales no incluye la del auto que impone la multa por inasistencia a la audiencia de conciliación, pero en cambio el artículo 321 ibidem, asume la notificación por estado como legal y válida para "la notificación de los autos que no deba hacerse personalmente...". Así, la conducta del juez al notificar por estado no puede calificarse de arbitraria o caprichosa 112

Las expensas para obtener el enteramiento de la renuncia al poder de conformidad con el artículo 389-1 del Código de Procedimiento Civil, corresponden al abogado por ser de su interés 112

Vulnera el derecho el juez que sólo notifica mediante estado la multa impuesta al abogado que ante la presentación de renuncia al poder no asiste a la audiencia de conciliación, se debió acudir al trámite previsto en el artículo 129 del Código de Procedimiento Civil 112

Pág.

DEBIDO PROCESO DE TUTELA

La orden en abstracto, de indemnizar por concepto del daño emergente causado está condicionada a que el afectado no disponga de otro medio judicial, a que la violación del derecho sea manifiesta, consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria y a que sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho conculcado 110

La providencia que determina falta de legitimación del accionante es un auto y por tanto, no puede ser objeto de impugnación .. 139

DEBIDO PROCESO PENAL

Constituye vía de hecho la providencia que difiere la decisión sobre una solicitud de libertad, formulada durante el juicio, para el momento de la audiencia pública 93

La dilación que excusa del otorgamiento de libertad provisional por la precisa causal del numeral 4º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, es únicamente la que provenga de causas atribuibles al sindicado o al defensor, la complejidad del asunto o el número de sindicados vinculados no permiten negar la concesión del beneficio 105

Ningún quebranto al derecho se presenta cuando en curso el término para que el instructor imparta calificación al mérito de las probanzas, se difiere la solicitud de trámite incidental presentada por un tercero para el acto procesal que le ponga fin a la etapa sumarial 100

No se vulnera el derecho cuando en procesos contravencionales regulados por la ley 228 de 1995 se rechaza el recurso de apelación presentado después de la audiencia de juzgamiento..... 9

No se vulnera el derecho cuando se profiere calificación del mérito del sumario sin tener en cuenta, por extravío, los alegatos de conclusión elaborados por el procesado pues el sistema procesal colombiano exige la presencia de un defensor técnico, privilegiando su actuación en detrimento de aquél 33

Se vulnera el derecho cuando el fiscal, en la etapa de investigación previa, con el argumento que en ésta no existen sujetos procesales, no responde las peticiones formuladas por los afectados con medidas como la retención de vehículos 55

Pág.

DERECHO A LA SALUD

se vulnera el derecho cuando se ordena el traslado laboral con base en la facultad discrecional del nominador, olvidando las previsiones médicas que desaconsejan tal decisión debido al grave estado de salud del trabajador 22

DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL

se vulnera el derecho cuando se ordena el traslado laboral con base en la facultad discrecional del nominador, olvidando las previsiones médicas que desaconsejan tal decisión debido al grave estado de salud del trabajador 22

DERECHO AL BUEN NOMBRE

El Ejército Nacional no puede vulnerar derecho alguno cuando se producen informaciones periodísticas que amparadas en la reserva a su fuente se limitan a indicar que el dato fue suministrado por un alto funcionario de la institución..... 72

DERECHO DE DEFENSA

constituye vía de hecho la providencia que difiere la decisión sobre una solicitud de libertad, formulada durante el juicio, para el momento de la audiencia pública 93

No se vulnera el derecho cuando se profiere calificación del mérito del sumario sin tener en cuenta, por extravío, los alegatos de conclusión elaborados por el procesado pues el sistema procesal colombiano exige la presencia de un defensor técnico, privilegiando su actuación en detrimento de aquel 33

DERECHO DE PETICION

Se vulnera el derecho cuando el fiscal, en la etapa de investigación previa, con el argumento que en ésta no existen sujetos procesales, no responde las peticiones formuladas por los afectados con medidas como la retención de vehículos 55

DESISTIMIENTO DE IMPUGNACION EN TUTELA..... 70

DISCAPACITADOS

se vulnera el derecho cuando se ordena el traslado laboral con base en la facultad discrecional del nominador, olvidando las previsiones médicas que desaconsejan tal decisión debido al grave estado de salud del trabajador 22

I

Pág.

IMPUGNACION

el cese parcial de actividades del poder judicial no puede emplearse como pretexto para justificar la presentación de impugnación por fuera del término 133

Necesidad de sustentar la impugnación para proceder al estudio de la tutela en segunda instancia 55

INCIDENTE DE DESACATO

el beneficiario del amparo no está legitimado para impugnar la providencia que decide sobre el desacato, los intervinientes procesales se limitan al Estado y al ciudadano que no acata la orden 3

INDEMNIZACION EN TUTELA

establecida la relación causal entre el contenido de plomo en la sangre de los infantes y las emanaciones tóxicas de las chimeneas de la Empresa accionada, se condena por concepto de daño emergente al suministro de atención médica para los menores 48

La orden en abstracto, de indemnizar por concepto del daño emergente causado está condicionada a que el afectado no disponga de otro medio judicial, a que la violación del derecho sea manifiesta, consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria y a que sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho conculcado 110

L

LEGITIMACION ADJETIVA

carece de legitimación el apoderado que con base en mandato conferido para actuar en un proceso penal presenta solicitud de amparo del derecho a la vida de su poderdante; ante este evento debe rechazarse la demanda 16

LIBERTAD PROVISIONAL

La dilación que excusa del otorgamiento de libertad provisional por la precisa causal del numeral 4° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, es únicamente la que provenga de causas atribuibles al sindicado o al defensor, la complejidad

Pág.

del asunto o el número de sindicados vinculados no permiten negar la concesión del beneficio 105

S

SEGURIDAD SOCIAL

La actualidad de la amenaza o de la vulneración del derecho fundamental se constituyen en condiciones para la procedencia de la acción de tutela. La terminación de la relación laboral hace cesar los efectos del no pago de los aportes por el empleador, los efectos de la acción arbitraria se consumaron a tal punto que no es posible restablecer a la solicitante el goce de los derechos conculcados 110

Mediante tutela no se puede obtener la orden de atención médica directa por el empleador cuando el trabajador se ha negado a afiliarse a una EPS so pretexto de la consagración de una mejor protección en la convención colectiva 28

INDICE CRONOLOGICO SENTENCIAS PUBLICADAS

INCIDENTE DE DESACATO: el beneficiario del amparo no está legitimado para impugnar la providencia que decide sobre el desacato, los intervinientes procesales se limitan al Estado y al ciudadano que no acata la orden.

El mecanismo adecuado de coerción frente al incumplimiento del fallo de tutela no puede ser diferente a uno que ostente características iguales al cual le sirve, requerimientos que cumple el trámite incidental, alejado del amplio debate de los procesos ordinarios con limitación de los intervinientes procesales, que no pueden ser diferentes al Estado que ejerce la facultad punitiva y al ciudadano que no acató la orden; de lo contrario, se obstaculizaría la agilidad de la protección preferente de los derechos fundamentales constitucionales. Por consiguiente, el silencio de la norma en torno al recurso de apelación dentro del incidente no es casual, dadas las características ya expuestas. De esta manera, en tanto que la intervención del demandado ha sido restringida al máximo, la del beneficiario del amparo ha sido excluida, en razón de que su interés no puede ir más allá del restablecimiento del derecho, e incumplido éste, corresponde al Estado imponer los correctivos de efectividad que deben ser revisados a través del grado jurisdiccional de consulta. En consecuencia, la carencia de legitimidad obra como razón suficiente para no acceder a la protección demandada por el accionante. *Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: JULIO 02 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Revoca Sanción. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Proceso 3675 - Penal*..... 3

DEBIDO PROCESO PENAL: no se vulnera el derecho cuando en procesos contravencionales regulados por la Ley 228 de 1995 se rechaza el recurso de apelación presentado después de la audiencia de juzgamiento.

La impugnación propuesta por la defensora de la accionante ha debido sustentarse como lo enseña el artículo 24 de la ley

228 de 1995, "antes de terminar la diligencia", y no como parece entenderlo la recurrente cuando dice que para ello "se cuentan los tres días hábiles siguientes a partir de la notificación última", pues como ya se anotó, dado el principio de oralidad aplicable a los procesos que se adelanten por las contravenciones a que se refiere la citada ley, la interposición y sustentación del recurso de apelación debe cumplirse hasta antes de finalizar la audiencia de juzgamiento, y no después. Si no se hizo, no corresponde inmiscuir al juez de tutela, quien no puede entrar a terciar en situaciones que han sido resueltas por los funcionarios judiciales competentes. *Magistrado Ponente Doctor Nilson E. Pinilla Pinilla. Sentencia. Fecha: JULIO 02 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Proceso 3679 - Penal* 9

LEGITIMACION ADJETIVA: carece de legitimación el apoderado que con base en mandato conferido para actuar en un proceso penal presenta solicitud de amparo del derecho a la vida de su poderdante; ante este evento debe rechazarse la demanda.

Aunque "en principio ha admitido la Corte la posibilidad de que el profesional que ejerce la defensa del procesado al interior de la investigación penal, instaure la acción de tutela a su nombre sin que requiera de poder para ello, también es cierto que ésta se circunscribe únicamente a las 'actuaciones o decisiones tomadas u omisiones en el asunto donde se actúa como apoderado de una de las partes ...' [T3696, M. P. Dr. Nilson Pinilla], situación que no se presenta en el caso en estudio, en el que la solicitud de amparo pretende proteger el derecho a la vida e integridad personal del poderdante—, que dice el accionante, se encuentra amenazado por la negativa del Director de la Cárcel..." a trasladarlo de la cárcel Modelo en donde está recluido en uno de los Cai adecuados para los ex miembros de la fuerza pública, a fin de procurar la seguridad que por su condición requiere. Así pues, la situación planteada no se deriva del trámite propio del proceso penal, y por ende no podía el Tribunal darle curso a la presente acción, pues el abogado accionante carece de legitimidad para actuar, imponiéndose la anulación de lo actuado y como consecuencia el rechazo de la acción. *Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: Julio 22 de 1997. Decisión: Anula. Rechaza. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Proceso 3728 Penal* 16

DERECHO A LA SALUD, DISCAPACITADOS, DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL: se vulnera el derecho cuando se ordena el traslado laboral con base en la facultad discrecional del nominador, olvidando las previsiones médicas que desaconsejan tal decisión debido al grave estado de salud del trabajador.

Con clara omisión de las evaluaciones de Salud Ocupacional y, prevalidos del criterio de la discrecionalidad legal, la Secretaría de Educación ignoró a los galenos para fijar otras pautas de conveniencia que tenían que ver con el funcionamiento administrativo, mas no con la protección a derechos tan prioritarios como la igualdad, la salud y la vida, que terminaron conculcados o amenazados con el acto de traslado, olvidando el ente oficial que acatando las prescripciones médicas era perfectamente posible aplicar el decreto 180 de 1992 sin transgredir el ordenamiento constitucional, sobre todo el artículo 13 que en su inciso final consagra la protección especial a aquellas personas "que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta...", por lo que su deber era armonizar la aplicación de ambos preceptos para cumplir los fines de la administración y los de protección dispuestos en la Carta Política, más aún cuando están en juego derechos fundamentales de indiscutible prioridad como el de la salud asociado al de la vida. *Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: JULIO 29 DE 1997. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Proceso 3757 - Penal* 22

SEGURIDAD SOCIAL: mediante tutela no se puede obtener la orden de atención médica directa por el empleador cuando el trabajador se ha negado a afiliarse a una EPS so pretexto de la consagración de una mejor protección en la convención colectiva.

La accionante, en su condición de beneficiaria de los servicios asistenciales, y pretextando la omisión por parte del trabajador de afiliarse con su familia a una EPS, pretende que la empresa demandada le preste directamente —como antes lo hacía—, los servicios a que tiene derecho por virtud de la convención colectiva de trabajo.

Tal actitud contraría abiertamente el mandato del artículo 153.2 de la ley 100 de 1993, el cual establece que "la afiliación al sistema general de salud es obligatoria para todos los habitantes de Colombia" (conc. Art. 156.b. *ejusdem*) La accionante pretende eludir por vía de tutela la obligación legal establecida como presupuesto para gozar de los servicios del POS, lo cual torna su reclamo abiertamente improcedente.

Magistrado Ponente Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: AGOSTO 12 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Proceso 3780 - Penal 28

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO DE DEFENSA: no se vulnera el derecho cuando se profiere calificación del mérito del sumario sin tener en cuenta, por extravío, los alegatos de conclusión elaborados por el procesado pues el sistema procesal colombiano exige la presencia de un defensor técnico, privilegiando su actuación en detrimento de aquel.

Aún en el evento de haberse extraviado los alegatos de conclusión de los procesados, por razón imputable a la Asesoría Jurídica de la cárcel, tal situación no afecta para nada la normal tramitación del proceso penal, por cuanto el sistema procesal colombiano exige la presencia de un defensor técnico, privilegiando su actuación en detrimento de la auto defensa del procesado, por lo que si bien es cierto se reconoce a éste el derecho de presentar escritos, impugnar, alegar, etcétera, en el caso concreto que reclaman, sus alegatos no son necesarios para la validez procesal del acto de calificación, basta simplemente la acreditación del enteramiento personal del acto del cierre de la instrucción al defensor y a los sindicados detenidos y el vencimiento del correspondiente traslado para presentar las solicitudes que considere necesarias con relación a la calificacion que deba adoptarse, para que el Funcionario Judicial pueda proceder al calificatorio en los términos de ley. *Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: AGOSTO 12 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Proceso 3783 - Penal* 33

DEBIDO PROCESO: no hay vulneración del derecho cuando el juez profiere sentencia en un plazo célere.

Lo que fija el legislador en el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil es un plazo máximo para el pronunciamiento, no puede constituir antiprocesalismo alguno el que el funcionario adopte la decisión en un lapso restringido, como tampoco viola el debido proceso el que la determinación se adopte sin el previo registro del proyecto, pues la razón de ser de este formalismo está en el alinderamiento del término que se le da al sustanciador para que elabore su proyecto, y el que le queda a la Sala para su estudio y decisión, lo que pierde razón de ser cuando la decisión se toma en un término breve muy inferior a los plazos mayores que señala la norma en comento.

Así las cosas, si el sustanciador produjo su proyecto, y la Sala decidió inmediatamente, ninguna vía de hecho ni acto arbitrario puede darse, menos cuando la decisión advierte que la ponencia se discutió y aprobó oportunamente, cuenta con el aval de cada firma, y sin corresponder a la definición de un tema particularmente complicado, lleva la decisión en sí una argumentación clara y suficiente, que deja ver el análisis de la situación objeto de la instancia. *Magistrado Ponente Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia. Fecha: AGOSTO 14 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Proceso 3792 - Penal* 38

CESACION DE LA ACTUACION IMPUGNADA: la cesación puede provenir de la voluntad del demandado o de un tercero / INDEMNIZACION EN TUTELA: establecida la relación causal entre el contenido de plomo en la sangre de los infantes y las emanaciones tóxicas de las chimeneas de la Empresa accionada, se condena por concepto de daño emergente al suministro de atención médica para los menores.

1. Débese advertir que resulta indiferente que la cesación de la actuación impugnada provenga de la voluntad del demandado en tutela o de un tercero, toda vez que lo trascendental es la efectiva culminación de la acción u omisión lesiva del derecho fundamental conculcado.

2. La condena en perjuicios será avalada por la Sala, en tanto se entienda como daño emergente derivado de la relación causal que puede inferirse entre el contenido de plomo en la sangre de los infantes y las emanaciones tóxicas de las chimeneas de la Empresa accionada, en razón de la cercanía de su residencia, la comprobada y aceptada manipulación de tal metal y su emisión a la atmósfera en cantidades superiores a los límites permitidos.

Entonces, la acción de tutela se declarará fundada solamente para efectos de la atención medica que se les debe prestar a los menores, la cual será la indispensable para lograr la recupe-ración su salud, de acuerdo con lo que dispongan los galenos y expertos correspondientes, luego de las valoraciones y dictámenes del caso. *Magistrado Ponente Doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda. Sentencia. Fecha: Agosto 19 de 1997. Decisión: Revoca. Concede Tutela Parcial. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Proceso 3793 - Penal* ... 48

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO DE PETICION : Se vulnera el derecho cuando el fiscal, en la etapa de investigación previa, con el

argumento que en ésta no existen sujetos procesales, no responde las peticiones formuladas por los afectados con medidas como la retención de vehículos.

Entender que por el hecho de que ante las peticiones elevadas el funcionario accionado, simulara responder con resoluciones ordenando la práctica de pruebas, y lo que es más censurable, que transcurrido un tiempo considerable, apenas, en auto de junio del año en curso se limitara a reconfirmar su conducta omisiva, en el sentido de que no daba respuesta a las solicitudes del aquí accionante, "máxime cuando todavía no ha sido sometido a versión libre", no es argumento válido para afirmar, que con tal proceder, se ha satisfecho el derecho de petición. Resulta francamente censurable que después de un año de iniciada la investigación previa, el Fiscal se haya enfrascado en una sin salida por considerar que siendo investigación previa no hay sujetos procesales, y por ende no puede responderles, ya que precisamente por esa razón es que siendo que el peticionario aún no tiene adquirida ninguna calidad dentro del proceso, está habilitado como cualquier otro ciudadano a elevar respetuosas peticiones, que, por supuesto, no impliquen la violación de la reserva sumarial. *Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: AGOSTO 19 DE 1997. Decisión: Revoca. Concede Tutela Parcial. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Notas Aclaratorias: Dr. Didimo Páez Velandia - Salvamento de Voto. Proceso 3811 - Penal* 55

IMPUGNACION - Sustentación.

Necesidad de sustentar la impugnación para proceder al estudio de la tutela en segunda instancia. *Magistrado Doctor: Didimo Páez Velandia. Salvamento de Voto. Fecha: AGOSTO 19 DE 1997. Proceso: 3811 - Penal* 55

CONFLICTO DE COMPETENCIA: el juez competente para conocer de la acción de tutela es el del lugar donde se debe responder la petición del accionante. COMPETENCIA TERRITORIAL: sólo las Corporaciones Nacionales están facultadas para devolver el escrito al interesado cuando consideran que no son competentes, las demás autoridades judiciales deben remitir el escrito al juez de la misma jerarquía en el lugar donde se comete la vulneración o amenaza.

1. El competente para conocer de la acción de tutela es el Juez de Bogotá, no por el hecho de que la sede principal de la entidad demandada esté radicada en esta ciudad, sino porque siendo en tales oficinas donde se debe responder la petición de la accionante, de cuya falta de respuesta se queja,

la vulneración a los derechos se está presentando aquí y no en Medellín.

2. No es correcta la apreciación en el sentido de que si el Juez de Medellín consideraba que no era el competente para avocar el conocimiento de dicha acción, podía devolver el escrito a la accionante para que la presentara ante los jueces de su elección, dentro de la jurisdicción territorial correspondiente, ya que tal posibilidad se predica cuando la acción de tutela se presenta directamente ante corporaciones judiciales con competencia en todo el territorio nacional, porque a diferencia de los demás jueces, no podría establecerse cuál es el Juez de elección del peticionario; por el contrario, cuando el Juez estima que no es competente para ello, debe remitirla de inmediato a otro de igual categoría de la jurisdicción en donde se cometió la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales respecto de los que se reclama el amparo. *Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Auto. Fecha: AGOSTO 21 DE 1997. Decisión: Dirime Conflicto. Procedencia: Juzgado 30 Penal Municipal de Medellín. Proceso 3878 - Penal. Nota de Relatoría: Las decisiones que se indican, ofrecen una solución distinta, Sala Laboral 2889, 04/09/1997; 2590, 11/02/1997; Sala Civil 3596,28/11/1996 entre otras* 65

DESISTIMIENTO DE IMPUGNACION EN TUTELA

Por no existir en el decreto 2591 norma expresa acerca de la posibilidad de desistimiento del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, como quiera que el artículo 26 atañe al desistimiento de la acción misma, debe acudirse al artículo 344 del C. de P.C. que señala como procedente tal eventualidad. *Magistrado Ponente Doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda. Auto. Fecha: AGOSTO 27 DE 1997. Decisión: Acepta Desistimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta. Proceso 3886 - Penal* 70

DERECHO AL BUEN NOMBRE: el Ejército Nacional no puede vulnerar derecho alguno cuando se producen informaciones periodísticas que amparadas en la reserva a su fuente se limitan a indicar que el dato fue suministrado por un alto funcionario de la Institución.

En modo alguno resulta posible atribuir al Mayor General en su condición de Comandante del Ejército Nacional, la vulneración de derecho constitucional alguno frente al origen de la noticia publicada por la revista "Semana", por el simple hecho de que ésta sostenga, amparada en el derecho de reserva a revelar sus fuentes, que la novedad noticiosa provino de un

alto funcionario del Ejército, toda vez que desde el momento en que ella fue difundida, este alto funcionario rechazó enfáticamente que se tratara de un informe oficial, o autorizado por el Ejército Nacional. *Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: SEPTIEMBRE 04 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Proceso 3856 - Penal* 72

ACTUACION TEMERARIA: 1. el vacío normativo sobre situaciones que pueden ser identificadas como actos temerarios y su sanción - multa - se soluciona a través de la integración normativa con los artículos 71 a 74 del Código de Procedimiento Civil./2. La naturaleza "simplista" de una interpretación jurídica, la errónea conceptualización de un precepto, o incluso la oposición de la tesis doctrinal a los derroteros jurisprudenciales trazados por los Jueces en sus fallos, no son, per se, argumentos sobre los que pueda sostenerse una sanción.

1. Dentro de los principios generales del derecho reconocidos como uno de los criterios auxiliares de la actividad judicial por la propia Constitución Política (artículo 230), está el de integración, que en su acepción más simple es la autorización para resolver las situaciones sobre las cuales haya vacío normativo dentro de un determinado ordenamiento, acudiendo a las normas de otro que regule el caso.

En tratándose de la temeridad dentro de la acción de tutela, el tema se encuentra contemplado en el inciso final del artículo 25 y en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, sin que en ninguno de los dos se regule el tema íntegramente, pues en la primera de las normas apenas se menciona el pago de costas a cargo del actor temerario y en la segunda solo se contempla una específica circunstancia de temeridad dejándose en el vacío otras situaciones que pueden ser identificadas como actuaciones temerarias en cuanto demuestran abuso del derecho e irrespeto contra los accionados o contra la justicia, como poder Estatal.

Identificado el vacío normativo, la solución del problema debe hacerse utilizando el principio de integración, de acuerdo con el cual ha de acudirse a las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil , estatuto en el que se contempla el tema en los artículos 71 a 74.

2. La naturaleza "simplista" de una interpretación jurídica, la errónea conceptualización de un precepto, o incluso la oposición de la tesis doctrinal a los derroteros jurisprudenciales trazados por los Jueces en sus fallos, no son, *per se*, argumentos sobre los que pueda sostenerse una sanción cuyo

presupuesto filosófico es la evidencia de la violación del principio constitucional de la buena fe que se presume de las actuaciones de los particulares ante la Administración Pública, a la cual se integra la Administración de Justicia como servicio público que es.

La Sala no encuentra que la primera causal del artículo 74 del Código de Procedimiento Civil pueda evidenciarse con la simple exposición retórica del pensamiento de un juez, debe estar soportada en pruebas que no solo demuestren, más allá de cualquier duda razonable la existencia de tales supuestos, sino que sostenga la imposición de la sanción en criterios objetivos y no en simples argumentaciones, que aunque razonables, no dejan de ser exposiciones de un criterio discrecional, que por lo menos en materia sancionatoria se revela inconstitucional.

Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: SEPTIEMBRE 17 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Notas Aclaratorias: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda ; Salvamento Parcial de Voto. Proceso 3894 - Penal 77

ACTUACION TEMERARIA: En atención al principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, no es posible aplicar al abogado una sanción distinta de la condena en costas, si era ésta la única que el legislador ha previsto dentro del trámite de la tutela para reprimir el comportamiento del accionante temerario (artículo 25 del decreto 2591 de 1991).

En atención al principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, no es posible aplicar al abogado una sanción distinta de la condena en costas, si era ésta la única que el legislador ha previsto dentro del trámite de la tutela para reprimir el comportamiento del accionante temerario [artículo 25 del Decreto 2591 de 1991].

No resulta ajustado al principio de legalidad variar esa precisa forma de represión normativa por otras de diferente índole, y mucho menos acumular a las primeras las segundas, porque de añadido podría contrariarse otro principio del mismo arraigo constitucional el de favorabilidad en materia de sanciones.

No es legítimo acudir a la analogía para dar al trámite de tutela un instituto como el indicado en los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil, porque la analogía es un mecanismo proscrito en el tema de sanciones, además, la figura está prevista para los procesos civiles donde los intereses son por lo general privados, de tipo económico y susceptibles de transacción o conciliación, la tutela por naturaleza es una acción pública y gratuita.

Finalmente, frente al principio de integración, este solo autoriza aplicar principios del Código de Procedimiento Civil en aquellas materias no reguladas expresamente en el Decreto que reglamenta la acción de tutela, pero jamás autoriza a desplazar las regulaciones expresamente contenidas en ese ordenamiento especial y preferente, donde para la actuación temeraria del accionante, única y exclusivamente se autoriza su condena en costas, no en multas. *Magistrado Doctor: Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento Parcial de Voto. Fecha: SEPTIEMBRE 17 DE 1997. Proceso: 3894 - Penal* 78

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO DE DEFENSA: constituye vía de hecho la providencia que difiere la decisión sobre una solicitud de libertad, formulada durante el juicio, para el momento de la audiencia pública.

No entiende la Sala cómo una solicitud de libertad pueda ser "diferida" aduciendo "incompetencia" por el término de traslado, en auto de sustanciación, contra el cual no procede recurso alguno, para el momento de la audiencia pública. Esta actuación por parte del juez constituye una clara vía de hecho vulneradora del derecho fundamental al debido proceso, pues al diferir la resolución de la petición de libertad —término que posteriormente se amplió para el momento de dictar sentencia, como quiera que el traslado venció y no se pronunció al respecto—, pretende imponer su voluntad omisiva por encima del mandato del artículo 454 del ordenamiento procesal penal, norma que, al regular el trámite de las solicitudes formuladas durante el juicio, contempla expresamente la de libertad como uno de los casos excepcionales de decisión no diferida y, por tanto, de solución inmediata. Han de tutelarse en consecuencia los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y a la defensa, ordenando al juez demandado, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de este proveído, resuelva mediante providencia interlocutoria contra la cual procedan los recursos de ley, la petición de libertad. *Magistrado Ponente Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: OCTUBRE 02 DE 1997. Decisión: Confirma, Concede Tutela, Modifica. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha. Proceso 3944 - Penal* 93

DEBIDO PROCESO PENAL: ningún quebranto al derecho se presenta cuando en curso el término para que el instructor imparta calificación al mérito de las probanzas, se difiere la solicitud de trámite incidental presentada por un tercero para el acto procesal que le ponga fin a la etapa sumarial.

Cuando la regla procesal determina que la proposición del incidente puede hacerse en cualquier momento, no resulta indiferente el estado en que se halle la actuación pues la disciplina misma del proceso impone un límite que no pueden rebasar los sujetos intervinientes, salvo que se trate de una petición de libertad, y es el dispuesto en el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en virtud del principio de integración previsto en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, y este no es otro que el momento en que el proceso pasa a despacho del funcionario para adoptar la decisión de fondo.

El proceso que se encontraba con la resolución que dispone el cierre de investigación debidamente ejecutoriada y en curso el término para que el instructor impartiera calificación al mérito de las probanzas, implicaba que cualquier solicitud que en ese momento se presentara, salvo las concernientes con la libertad, debían diferirse para el acto procesal que le iba a poner fin a la etapa sumarial, pues el proceso se adelanta en forma progresiva y marcado por fases preclusivas. En este orden de ideas, no hubo por parte del fiscal ningún quebranto a los derechos constitucionales fundamentales del accionante.

Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: OCTUBRE 15 DE 1997. Decisión: Rehoca. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Proceso 3981 - Penal 100

DEBIDO PROCESO PENAL, LIBERTAD PROVISIONAL: La dilación que excusa del otorgamiento de libertad provisional por la precisa causal del numeral 4º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, es únicamente la que provenga de causas atribuibles al sindicado o al defensor. La complejidad del asunto o el número de sindicados vinculados no permiten negar la concesión del beneficio.

La dilación que excusa del otorgamiento de la libertad provisional por la precisa causal del numeral 4º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, es únicamente la que provenga de causas atribuibles al sindicado o al defensor, las demás, como las que cita el Tribunal (complejidad del asunto o número de sindicados vinculados) no permiten negar la concesión del beneficio, pues el debido proceso supone no solo que existen funcionarios judiciales capaces de resolver cualquier problema jurídico, por complejo que él sea, sino que tienen los medios suficientes para enfrentar macroprocesos, que deriven tal calificativo del plural número de sindicados, máxime si se trata de una especialidad como la Regional que fue creada entre otras cosas, para el desmantela-

miento de las organizaciones criminales. *Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: OCTUBRE 15 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Proceso 3986 Penal* 105

SEGURIDAD SOCIAL: La actualidad de la amenaza o de la vulneración del derecho fundamental se constituyen en condiciones para la procedencia de la acción de tutela. La terminación de la relación laboral hace cesar los efectos del no pago de los aportes por el empleador, los efectos de la acción arbitraria se consumaron a tal punto que no es posible restablecer a la solicitante el goce de los derechos conculcados/ DEBIDO PROCESO DE TUTELA, INDEMNIZACION EN TUTELA: la orden en abstracto, de indemnizar por concepto del daño emergente causado está condicionada a que el afectado no disponga de otro medio judicial, a que la violación del derecho sea manifiesta, consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria y a que sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho conculcado.

1. La accionante dejó de trabajar para la entidad accionada en diciembre de 1996 y los efectos del no pago de los aportes cesaron. Hasta el punto de que lo que exclusivamente busca a través de la acción de tutela es que se le reintegren los valores que para salud le dedujo la empresa de su salario mensual.

Entonces si su salud y naturalmente su vida se vieron expuestas por la omisión de pago del empleador, eso fue en el pasado y tal era la oportunidad adecuada para intentar una acción de amparo de los mismos y no después, ya retirada de la empresa y sólo con la intención de lograr una orden judicial de indemnización de perjuicios, luego de varios intentos fallidos para que la sociedad le restituyera el valor de los aportes que le dedujo de su salario.

La actualidad de la amenaza o de la vulneración del derecho fundamental se constituyen en condiciones para la procedencia de la acción de tutela. (...) Pero cuando, como en el caso examinado, ningún derecho se encuentra amenazado y los efectos de la acción arbitraria se consumaron a tal punto que no es posible restablecer a la solicitante el goce de los derechos conculcados, carece de sentido declarar la procedencia de la acción, como lo reconoce el inciso 4º del Decreto2591de 1991.

El principio de oportunidad también tiene cabida frente a la acción de tutela.

Si la razón de ser del instrumento es evitar la violación de un derecho fundamental o impedir que una vez producida, los efectos perjudiciales se prolonguen, resulta evidente su

inoperancia ante la existencia de un daño consumado, frente al cual no sea posible volver las cosas a como se encontraban antes de la actuación arbitraria, para restablecerle al solicitante el goce del derecho conculcado.

2. Es cierto que la orden de prevención a la autoridad o al particular a que se refiere el artículo 24 del decreto 2591 de 1991, al igual que la decisión de proteger el derecho violado (artículo 23 *ibidem*), facultan al juez de tutela para ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado, de conformidad con el artículo 25 del mismo cuerpo normativo. Esta disposición, sin embargo, condiciona el pronunciamiento a que el afectado no disponga de otro medio judicial, a que la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria y a que sea necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho conculcado. *Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: OCTUBRE 22 DE 1997. Decisión: Revoca. No Tutela. Previene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Proceso 4045 - Penal* 110

DEBIDO PROCESO CIVIL: 1. Con la presentación en el juzgado de la renuncia al poder la única obligación en cabeza del abogado es la prevista en el artículo 71 numeral 8 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al juez enviar el telegrama informando al poderdante la decisión tomada. 2. Vulnera el derecho el juez que sólo notifica mediante estado la multa impuesta al abogado que ante la presentación de renuncia al poder no asiste a la audiencia de conciliación, se debió acudir al trámite previsto en el artículo 129 del Código de Procedimiento Civil.

Del contenido del artículo 69 en su inciso 4° Código de Procedimiento Civil, no se puede desprender deber alguno a cargo del abogado que renuncia al poder, quien solo está obligado a cumplir con lo dispuesto en el artículo 71 numeral 8°, esto es, dar a conocer de inmediato a su representado la renuncia al poder, acto que ninguna incidencia tiene para los efectos procesales contenidos en la primera de las normas citadas.

Era deber de la titular del juzgado, comunicar al profesional del derecho la sanción de la que iba a ser objeto para que este ejercitara la defensa. No resulta por tanto suficiente con que el funcionario judicial se limite a dar cumplimiento a simples formalidades para entender amparado el derecho fundamental, sino que debe agotar los mecanismos necesarios para garantizar la oportuna intervención del afectado con un acto o decisión judicial de tal manera que pueda controvertirlo materialmente.

Dentro de la normatividad procesal civil existe la obligación para los jueces de aplicar las leyes que regulen situaciones semejantes cuando no haya ley exactamente aplicable al caso, (artículo 37 numeral 8º) Ante esta eventualidad el juez debió acudir al artículo 129 del Código de Procedimiento Civil que regula el trámite a seguir en caso de que las partes o apoderados se hagan acreedores de una multa cuando retengan los expedientes. *Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: NOVIEMBRE 05 DE 1997. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Notas Aclaratorias: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda - Salvamento de Voto. Proceso 4030 - Penal.* 117

DEBIDO PROCESO CIVIL: 1. Las expensas para obtener el enteramiento de la renuncia al poder de conformidad con el artículo 389 -1 del Código de Procedimiento Civil, corresponden al abogado por ser de su interés. 2. el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil que trata de las notificaciones personales no incluye la del auto que impone la multa por inasistencia a la audiencia de conciliación, pero en cambio el artículo 321 ibidem, asume la notificación por estado como legal y válida para "la notificación de los autos que no deba hacerse personalmente ...". Así, la conducta del juez al notificar por estado no puede calificarse de arbitraria o caprichosa.

1. El principio de gratuidad que consagra el artículo 1º del Código de Procedimiento Civil tiene su limitante en las expensas señaladas en el arancel judicial para determinados actos de secretaría, y uno de ellos indica (artículo 389 -1 del Código de Procedimiento Civil) que "Cada parte deberá pagar los gastos y honorarios que se causen en la práctica de las diligencias y pruebas que solicite ...", siendo claro que en este caso el enteramiento no eran del interés de la justicia ni de la contraparte, sino del abogado dimitente y de la parte que se afectaba con su retiro.

Pero es que ni siquiera admitiendo que el costo del telegrama tuviera que asumirlo la juez o el Estado, podría entenderse al abogado saliente relevado de su representación ni del cuidado del interés que había asumido antes de la terminación de su mandato, pues el citado artículo 69 del Código de Procedimiento Civil no hace esa clase de diferenciaciones, así que si el Juzgado olvidó de cumplir con el discutible deber de costear el telegrama, era de cargo del togado verificar que el trámite fuera agotado, antes de deshacerse de sus deberes profesionales.

La imposición, entonces, de la sanción al abogado por no comparecer a la conciliación, tampoco puede calificarse de acto arbitrario o constitutivo de abuso de poder, o vía de

hecho, porque ella está contemplada en el artículo 101 parágrafo 2², numeral 3° del Código de Procedimiento Civil. 2. En cuanto al trámite que hizo efectiva la sanción, es la ley la que le da a las notificaciones por estado el carácter de actos válidos de enteramiento o notificación, y era esa, a mi modo de ver, la notificación pertinente para la sanción.
Así lo entiendo porque el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil que trata de las notificaciones personales no incluye la del auto que impone la multa que se comenta, pero en cambio el artículo 321 ibidem, asume la notificación por estado como legal y válida para "la notificación de los autos que no deba hacerse personalmente ...". *Magistrado Doctor: Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento de Voto. Fecha: NOVIEMBRE 05 DE 1997. Proceso: 4030 - Penal* 117

IMPUGNACION: el cese parcial de actividades del poder judicial no puede emplearse como pretexto para justificar la presentación de impugnación por fuera del término.

Dada la fuerza mayor presentada con ocasión del cese parcial de actividades del poder judicial a nivel nacional , bien pudo el accionante enterado de la decisión del Tribunal, acudir a cualquiera de los medios autorizados por la ley inciso 2², artículo 14 Decreto 2591 de 1991, sin costo alguno de su parte, "para manifestar al Tribunal su inconformidad con la sentencia, es decir, mediante comunicación telegráfica, bien a través del fax, ora de manera telefónica, ya que[...]" la Secretaria de la Sala Penal laboró "durante los días de paro y, por lo tanto, no solamente atendió el trámite de los asuntos urgentes —la acción de tutela lo es—, sino también los medios de comunicación ya referidos y que en ningún momento fueron suspendidos, de los cuales no hizo uso el impugnante." El apoderado contaba con otra posibilidad para impugnar oportunamente la sentencia, esto es, a través de la "[...] presentación personal del escrito ante cualquier funcionario del orden nacional, departamental o municipal, o ante uno de los Notarios[...], para que una vez normalizada la actividad judicial hiciera entrega del mismo al Tribunal." *Magistrado Ponente Doctor Didimo Páez Velandia. Sentencia. Fecha: NOVIEMBRE 19 DE 1997. Decisión: Rechaza por extemporánea. Previene. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Proceso 4108 - Penal* 133

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: la providencia que determina falta de legitimación del accionante es un auto y por tanto, no puede ser objeto de impugnación.

"[...] una decisión judicial que limita su contenido, tanto considerativo como declarativo, a determinar la falta de legitimación del actor para que en los términos del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 pueda tenerse como una persona que puede ejercer la acción de tutela, porque está siendo vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, no es un fallo de tutela, es un auto, y es por tanto inimpugnable según las normas del debido proceso de esa actuación judicial, pues no decide sobre la procedencia o no de la acción, sino sobre la legitimidad del actor, lo que ni siquiera es, en estricto sentido, una calificación jurídica, sino la verificación objetiva de la falta de unos requisitos en cabeza de quien pretende la acción.

La íntegra regulación procesal que el Decreto 2591 de 1991 hace del trámite de la acción de tutela en cuanto al tema de las impugnaciones, no deja vacío alguno que haya menester llenar haciendo uso del principio de integración.

Como la Sala [...] del Tribunal [...] , decidió en el auto negar la tutela y conceder la impugnación, se impone la anulación de lo actuado y en su lugar se rechazará la acción por inexistencia de legitimidad para actuar [...]". *Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto. Fecha: DICIEMBRE 10 1997. Decisión: Anula. Rechaza por falta de legitimidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafè de Bogotá. Proceso 4155 - Penal* 139


NACIONAL